

СУДЕБНЫЙ ПРЕЦЕДЕНТ КАК ИСТОЧНИК ПРАВА В СВЕТЕ СОВРЕМЕННЫХ ТЕНДЕНЦИЙ В РОССИИ

© 2017 г. Маргарита Алексеевна Гицу¹

Аннотация: в статье рассматриваются теоретические и практические аспекты института судебного прецедента: определение понятия судебного прецедента; его разновидности; отличие нормотворческого судебного прецедента как результата судебного правотворчества от прецедента судебного толкования; соотношение понятий судебного прецедента и судебной практики. По мнению автора, российская правовая наука до сих пор не сформировала однозначного понимания доктрины судебного прецедента применительно к российской правовой системе. В результате сравнительно-правового исследования автор приходит к выводу, что в действующем российском законодательстве нашел свое закрепление лишь прецедент судебного толкования, формируемый решениями высших судебных органов. При обосновании правовой природы постановлений Европейского суда по защите прав человека автор статьи относит их также к прецедентам судебного толкования, гарантирующим единообразную практику применения норм, регламентирующих соблюдение прав человека.

Abstract: the article deals with theoretical and practical aspects of the institution of judicial precedent including a definition of the concept of judicial precedent; its kinds; differentiation between a precedent as law making by court and a precedent of judicial interpretation of a statute; and a correlation between judicial precedent and judicial practice. In the author's opinion Russian legal science has not yet formatted a clear and uniform understanding of the nature of judicial precedent pertinently to Russian legal system. As a result of her legal studies the author comes to a conclusion that current Russian legislation has adopted only a concept of precedent of judicial interpretation, which is being established by the decisions of the highest judicial bodies. Based on the analysis of the legal nature of the judgments of the European Court of Human Rights the author of the article also considers such rulings of the European Court to be precedents of judicial interpretation, which are designed to guarantee a uniform practice of the implementation and application of the rules governing the observance of human rights.

Ключевые слова: источник права, судебный прецедент, судебная практика, правоприменение, правотворчество, конкретное судебное решение, судебный нормотворческий прецедент, судебная правовая позиция, прецедент судебного толкования, конституционный контроль.

Key words: source of law; judicial precedent; judicial practice; law enforcement; law-making; court decision on specific law case; judicial regulatory precedent; judicial legal position; precedent of judicial interpretation; constitutional control.

Проблема судебного прецедента как источника права издавна была и остается одной из дискуссионных в российской доктрине. В последние годы все чаще в качестве судебного прецедента рассматриваются решения высших судебных органов, включая постановления Конституционного Суда РФ, Верховного Суда РФ (и в недавнем прошлом – Высшего Арбитражного Суда РФ), Пленума Верховного Суда РФ, постановления Европейского Суда по защите прав человека. Некоторые авторы (С. К. Загайнова) идут еще дальше, полагая, что качество судебного прецедента (наряду с актами высших судебных органов) присуще также решениям по искам в защиту неопределенного круга лиц (ст. 45, 46 ГПК РФ), а также судебным решениям судов общей юрисдикции по гражданским делам о признании недействующими

нормативных правовых актов (гл. 24 ГПК РФ, гл. 23 АПК РФ)².

Более того, С. К. Загайнова солидарна с мнением В. В. Яркова и И. В. Решетниковой, считающих, что в качестве судебного прецедента правомерно рассматривать также решения краевых, областных и приравненных к ним судов при осуществлении ими функций контроля за актами органов государственной власти субъектов Федерации и органов местного самоуправления³. Наконец, к числу судебных прецедентов сторонники фактического наличия в Российской Федерации системы прецедентного права относят также решения судов, вынесенные по аналогии закона и права.

Одновременно существует целый ряд специальных исследований по проблемам источниковедения, где на правовую природу решений указанных судебных органов отстаивается противоположная точка зрения.

¹ Доцент Российского государственного университета нефти и газа им. И. М. Губкина, кандидат юридических наук (E-mail: gitsu.m@mail.ru).

Margarita Gitsu, associate Professor of the Russian state University of oil and gas named I. M. Gubkin, PhD in Law (E-mail: gitsu.m@mail.ru).

² См.: Загайнова С. К. О прецедентно-правоприменительной природе судебных актов в гражданском и арбитражном процессе // Гос. и право. 2009. № 10. С. 15.

³ См.: там же. С. 20.

Однако до того как перейти к конкретному анализу существующих позиций, представляется необходимым рассмотреть по крайней мере два вопроса, которые, на наш взгляд, являются принципиально важными для уяснения сути данной проблематики. Прежде всего необходимо определить соотношение понятий “судебный прецедент” и “судебная практика”. Нередко в российской доктрине при обсуждении спорных вопросов источниковедения основной акцент делается именно на судебную практику, а не на судебный прецедент. “Признание судебной практики в качестве источника международного частного права, — отмечает М. М. Богуславский, — характерно не только для стран англосаксонской системы права, но и для многих государств так называемой романо-германской (европейской континентальной) системы права, причем не только в Европе”⁴. В этом же плане можно сослаться на мнение В. В. Долинской, В. М. Жуйкова, Р. З. Лившица и многих других авторов, обозначивших собственную позицию даже в названии своих работ⁵.

В условиях дискуссии встает вопрос: что следует понимать под судебной практикой и каково содержание понятия “судебный прецедент”; правомерно ли их отождествление; каково соотношение понятий “судебная практика”, “судебный прецедент” и источник права? Рассматривая эти понятия сквозь призму источника права, многие российские авторы справедливо констатируют, что термин “судебная практика” едва ли удачен⁶. Как явствует из общей теории права, судебная практика представляет собой многоаспектную категорию. Прежде всего “судебная практика” понимается как судебная деятельность по применению правовых норм при осуществлении правосудия. Другими словами, судебная практика и судебная деятельность используются как синонимы. Одновременно “судебная практика” означает и результат правоприменительного

процесса⁷, причем одни авторы используют понятие судебной практики в широком смысле, включая сюда всю совокупность рассмотренных дел, в том числе оставленные в силе, отмененные или измененные решения⁸, а другие — лишь определенную их часть, так называемую единообразную судебную практику⁹.

Но так или иначе, независимо от смысловых значений, придаваемых различными специалистами, судебная практика использовалась и используется как собирательное понятие. Что же касается понятия “судебный прецедент”, явившегося порождением англосаксонской системы права, то независимо от его современной модели, английской, американской, европейской, сегодня единодушно признается, что судебный прецедент — это судебное решение по **конкретному делу**, а не множественность аналогичных решений по определенной категории дел¹⁰. Более того, судебный прецедент — это результат деятельности только высших судебных инстанций. Совершенно очевидно, что судебная практика и судебный прецедент — два различных правовых явления. Судебный прецедент можно рассматривать лишь как часть судебной практики, и, следуя в русле классического его понимания, надлежит признать, что адекватной формой выражения юридических норм, т.е. источником права в формальном смысле, служит не судебная практика в целом, а именно судебный прецедент. Аналогичную по существу позицию занимает и представитель доктрины стран общего права Г. Ламонд (США), отметивший, что вместе с тем судебной практике фактически в любой современной правовой системе принадлежит вспомогательная роль в определении содержания права¹¹.

⁴ См.: Богуславский М. М. Курс международного частного права. Учеб. М., 2009. С. 80.

⁵ Долинская В. В. Судебная практика как источник гражданского права // *Гражданин и закон*. 2007. № 2. С. 37–42; Жуйков В. М. К вопросу о судебной практике как источнике права // *Судебная практика как источник права*. М., 2000. С. 82, 87; Лившиц Р. З. Судебная практика как источник права // *Журнал рос. права*. 1997. № 6. С. 49–57; Гук П. А. Судебная практика как форма судебного нормотворчества в правовой системе России: общетеоретический анализ. Автореф. дисс. ... доктора юрид. наук. М., 2012; Крыжан В. А. Правовой обычай и судебная практика как источники трудового права (на фоне интеграции отраслей российского права и интеграции Российской Федерации в мировое сообщество государств). Дисс. ... канд. юрид. наук. Пермь, 2006.

⁶ См.: Белкин А. А. Источники права и судебная практика Российской Федерации // *Вопросы правоведения*. 2009. № 1. С. 7.

⁷ См.: Братусь С. Н., Венгеров А. Б. Понятие, содержание и форма судебной практики // *Судебная практика в советской правовой системе* / Отв. ред. С. Н. Братусь. М., 1975. С. 10.

⁸ См.: Придворова М. Н. Судебная практика в правовой системе Российской Федерации. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Тамбов, 2003.

⁹ См.: Иоффе О. С. Советское гражданское право. Л., 1958. С. 44; Гук П. А. Судебный прецедент как источник права. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2002. С. 6.

¹⁰ См.: Нерсесянц В. С. Теория государства и права. М., 2007. С. 134; Алексеев С. С. Право: азбука — теория — философия. Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 78; Маркин С. В. Судебный прецедент как источник международного частного права. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2005. С. 16; Саидов А. Х. Сравнительное правоведение и юридическая география мира. М., 1993. С. 4; и др.

¹¹ См.: Lamond G. “Precedent and Analogy in Legal Reasoning” // *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2008) / E. N. Zalta (ed.) // <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/legalreas-prec/>

Сторонники квалификации судебной практики в качестве источника права нередко приходят к выводу, что источником права являются решения всех судебных органов. Характерна в этом отношении позиция О. П. Сауляка, считающего, в частности, что коль скоро правом на ликвидацию пробелов в правовом регулировании наделяются все российские суды, включая и нижестоящие, то это является основанием, достаточным для утверждения, что «вся судебная практика (в полном объеме, включая деятельность судов первой инстанции) является источником права в современной России»¹². Между тем существующим системам права известны лишь следующие основные виды источников: нормативно-правовой акт, правовой обычай, нормативный договор (внутрифедеральный и международный), юридическая доктрина (так называемое право юристов), религиозные тексты. И в этот исчерпывающий классический ряд судебная практика не входит¹³.

Второй вопрос, требующий конкретизации, касается уяснения содержания самого понятия «судебный прецедент». Отсутствие единообразного определения судебного прецедента в российской правовой науке со своей стороны также является причиной широкого разброса мнений по вопросу наличия/отсутствия прецедентного права в России.

Определенную сложность в уяснение сущности судебного прецедента привносит различная трактовка понятия «судебное толкование» как необходимого условия реализации существующей нормы в контексте конкретных фактических обстоятельств дела¹⁴. Рассматривая толкование как форму применения права, осуществляемого отечественными судебными органами, часть авторов сводит любое толкование к простому **разъяснению** содержания действующих норм, «нацеленному на правильное применение закона в со“ответствии с его логическим смыслом”, при котором не вырабатывается никаких новых норм»¹⁵.

Аналогия закона и аналогия права равным образом рассматриваются при этом как акт применения, ибо суд, используя аналогию, руководствуется нормами и принципами уже существующего, действующего права. «Аналогия, — с точки зрения К. И. Комиссарова, — является способом восполнения пробелов не в законе, а в круге фактов, в круге общественных отношений, подлежащих правовому регулированию»¹⁶.

Другая часть авторов, признающая **нормативный** характер толкования действующих законов высшими судебными инстанциями, в конечном счете приходит к заключению, что и нормативное толкование осуществляется исключительно в рамках правоприменительного процесса, ибо результаты такого толкования, так называемые интерпретационные нормы, предписывающие понимание той или иной существующей нормы, не должны содержать нормативной новизны. Отдельные случаи «приспособления» законов к жизни могут рассматриваться, по мнению, например, А. Ф. Черданцева, в силу теории разделения властей лишь как аномалия, исключение, подтверждающее общее правило. Вместе с тем в исключительных случаях (при разрешении дел по аналогии при пробеле в праве) допускается возможность делегированного правотворчества высших судебных инстанций, когда сформулированное ими правило, рассчитанное на факты, не урегулированные правом, «фактически начинает функционировать как норма права, изданная законодателем»¹⁷.

И наконец, целый ряд авторов полагают необходимым разграничивать казуальное судебное толкование и глубокое толкование высшими судебными инстанциями, предполагающее конкретизацию¹⁸ и детализацию содержания закона, конечным результатом которого является изменение либо прекращение существующей правовой нормы, либо создание по сути новой нормы права. Элемент правотворчества признается при этом и при решении пробела в праве.

¹² Сауляк О. П. Судебная практика как источник российского права (Материальный и формальный аспекты проблемы) // Гос. и право. 2009. № 11. С. 6.

¹³ См.: Иванов С. А. Источники права Российской Федерации. Лекция. М., 2000. С. 6.

¹⁴ Об актуальности проблемы толкования и конкретизации права свидетельствуют материалы международных симпозиумов (см.: Конкретизация законодательства как технико-юридический прием нормотворческой, интерпретационной, правоприменительной практики. Материалы Междунар. симпозиума. (Геленджик, 27–28 сентября 2007 г.) / Под общ. ред. В. М. Баранова. Н. Новгород, 2008; Конкретизация права: теоретические и практические проблемы. Материалы IX Междунар. науч.-практ. конф. (Москва, 21–25 апреля 2014 г.) М., 2015.

¹⁵ См.: Нерсесянц В. С. Общая теория права и государства. М., 1999. С. 500.

¹⁶ Комиссаров К. И. Судебное усмотрение в советском гражданском процессе // Сов. гос. и право. 1969. № 4. С. 55.

¹⁷ Черданцев А. Ф. Толкование права и договора. М., 2003. С. 166, 189, 190.

¹⁸ Справедливости ради следует отметить, что ряд авторов разграничивают толкование права и конкретизацию права как отдельные процессы (см.: Еришов В. В. Конкретизация права: теоретические и практические проблемы // Конкретизация права: теоретические и практические проблемы. Материалы IX Междунар. науч.-практ. конф. (Москва, 21–25 апреля 2014 г.). С. 49, 50; Дроздова А. М. Некоторые аспекты дискуссионных проблем, связанных с конкретизацией права // Там же. С. 97, 98; Вопленко Н. Н. Понятийные аспекты толкования и конкретизации правовых норм // Там же. С. 117).

Соответственно, трем существующим доктринальным взглядам на понятие судебного толкования к настоящему времени сложились три основных подхода касательно судебного правотворчества в нашей стране. Авторы, квалифицирующие толкование существующих правовых норм исключительно как применение закона, как уяснение его содержания и смысла и при этом характеризующие судебный прецедент как результат правотворчества, отрицают качество прецедента применительно к решениям отечественных судов всех инстанций, в том числе и высших судебных органов, не обладающих, по их мнению, в соответствии с *de lege lata* функцией правотворчества¹⁹. Одновременно сторонники данного подхода, придавая гипертрофированное значение теории разделения властей²⁰, исключают и возможность наделения каких бы то ни было судебных инстанций правотворческими функциями в будущем.

К диаметрально противоположному выводу относительно правовой природы актов судебной власти приходят авторы – сторонники понимания судебного толкования как проявления правотворческой деятельности высших судебных органов. Это позволяет им констатировать, что уже сегодня (и не только сегодня) в России фактически сложилась система прецедентного права. Характерным в этом отношении является категоричное мнение Т. Н. Нешатаевой, что “в российской правовой системе, как и в континентальной системе права, в той или иной форме прецедент всегда существовал в качестве источника права”, например “применение закона или права по аналогии”²¹.

В свою очередь частью авторов, являющихся сторонниками **нормативного (обязательного) толкования** законов высшими судебными инстанциями, но отрицающих его **правотворческий характер**, признается наличие в отечественной системе права лишь прецедента судебного толкования, понимаемого ими как интерпретация вышестоящими инстанциями существующих норм, конкретизация их смысла с учетом фактических обстоятельств дела²².

Итак, возникают вопросы: что же следует понимать под судебным прецедентом? правомерно ли отнесение результатов толкования к категории “судебный прецедент”?

Представляется, что при решении этого вопроса отправным моментом могло бы служить убедительное, на наш взгляд, мнение авторов, считающих, что толкование может быть сопряжено как с правоприменительным, так и с правотворческим процессом, ибо все зависит от пределов судебского усмотрения. Вряд ли вызывает сомнение тот факт, что судебное толкование по сути своей является неотъемлемой частью любого правоприменительного процесса, в том числе и со стороны нижестоящих инстанций, осуществляющих так называемое казуальное толкование. Раскрытие смысла абстрактно сформулированного закона (нормы), разъяснение существующего текста, выполненное высшей судебной инстанцией, имеющее обязательный характер для нижестоящих судов, позволяет говорить о наличии прецедента толкования, также являющегося результатом правоприменительной деятельности. Однако уточнение смысла существующих правовых норм высшими судебными органами, их конкретизация, привносящая в толкуемые нормы существенные новации, подпадают уже под понятие правотворческой деятельности. По мнению Н. В. Варламовой, в странах, тяготеющих к романо-германской правовой семье, именно такого рода “нормативное толкование и составляет содержание судебного прецедента как вторичного источника права”²³. В свете сказанного правомерно утверждение А. Н. Головистиковой и Ю. А. Дмитриева, что прецедентное право “позволяет суду осуществлять правотворческие функции как в случае отсутствия соответствующего закона, так и при его наличии”²⁴.

Примечательно, что классическая англо-американская модель исходит из нескольких разновидностей судебного прецедента, классифицируемого с учетом его содержания и юридической силы²⁵.

и практические проблемы. Материалы IX Междунар. науч.-практ. конф. (Москва, 21–25 апреля 2014 г.). С. 366, 367.

¹⁹См.: Нерсесянц В. С. У российских судов нет правотворческих полномочий // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 81; Гук П. А. Судебный прецедент как источник права. Дисс. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2002. С. 62.

²⁰Современное понимание концепции теории разделения властей уже не предполагает “чистого” разделения власти на законодательную, исполнительную и судебную (см.: Спектор Е. И. Судебный прецедент как источник права // Журнал рос. права. 2003. № 5. С. 13).

²¹Нешатаева Т. Н. Международный гражданский процесс. Учеб. пособие. М., 2001. С. 65.

²²См.: Варламова Н. В. Конкретизация права в процессе судебного толкования: проблемы нормативности и юридической силы // Конкретизация права: теоретические

и практические проблемы. Материалы IX Междунар. науч.-практ. конф. (Москва, 21–25 апреля 2014 г.). С. 366, 367.

²³См.: там же. С. 367.

²⁴Головистикова А. Н., Дмитриев Ю. А. Теория государства и права. М., 2005. С. 432.

²⁵Американской доктрине и практике известны пять разновидностей судебного прецедента. Первоначальный (*original*) прецедент, т.е. прецедент, создающий новую правовую норму. Второй разновидностью прецедента является обязательный (*binding*) прецедент, т.е. прецедент, которому надлежит следовать, например, в ситуации, когда суд низшей инстанции связан применимым решением суда высшей инстанции. Третий вид судебного прецедента, так называемый деклараторный (*declaratory*) прецедент, который является простым применением уже существующего прецедента. Четвертая разновидность – убеждающий (*persuasive*) прецедент,

В российской доктрине дифференцированный подход к понятию судебного прецедента находит все большее признание. В отличие от судебного прецедента, представляющего собой результат создания высшими судебными инстанциями новой нормы права, в отечественной юридической литературе признается также наличие прецедента толкования как результата их правоприменительной деятельности²⁶. Впервые понятие “судебный прецедент толкования” было введено в научный оборот С. Н. Братусем и А. Б. Венгеровым при определении ими правовой природы “принципиальных постановлений и определений высших судебных органов по конкретным делам”. Отличие такого прецедента от судебного прецедента — явления, не свойственного советской правовой системе, авторы усматривали в том, что «судебный прецедент ведет к созданию судами новой нормы права..., прецедент же толкования связан с разъяснением уже существующей нормы права, с выработкой определенного, “устоявшегося” положения о применении нормы права по аналогичным делам», причем “прецедент толкования” воспринимается судебными органами не потому, что он носит обязательный характер, но в силу его убедительности²⁷. При таком понимании сущности прецедента толкования в советский период, естественно, он (прецедент толкования) не мог рассматриваться как источник права.

Современное доктринальное понимание прецедента толкования как имеющего нормативный характер коррелирует с действующим отечественным законодательством. По смыслу ст. 304 АПК РФ, арбитражный суд при вынесении судебного решения должен учитывать толкование законодательства, которое дается высшими судебными инстанциями, чтобы впоследствии его решение не было отменено как противоречащее единообразному толкованию и применению. В соответствии с Федеральным

которому суд может либо последовать, либо отклонить его, но который заслуживает самого внимательного рассмотрения в случае, например, если дело было решено в соседней юрисдикции; суд может проанализировать и взвесить аргументацию ранее вынесенного решения, не будучи им связанным. И наконец, прецедент *subsilento*, означающий “по умолчанию”, т.е. предыдущий прецедент, молчаливо отвергнутый новым прецедентом без обсуждения (декларирования) этого факта (см.: Black’s Law Dictionary / Ed. by B. A. Garner. St. Paul, 1999. P. 1195).

²⁶ См.: Венгеров А. Б. Теория государства и права. М., 2000. С. 353. Кстати, В. В. Лазарев различает три вида прецедента: прецедент толкования, прецедент конкретизации и правовой прецедент (при пробеле в праве). См.: Лазарев В. В. Нормативная природа судебного прецедента // Журнал рос. права. 2012. № 4. С. 94, 95.

²⁷ Братусь С. Н., Венгеров А. Б. Указ. соч. С. 58, 64, 65; Венгеров А. Б. Роль судебной практики в развитии советского права. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 1966. С. 13.

законом “Об арбитражных судах в Российской Федерации” от 28 апреля 1995 г. постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ по вопросам судебной практики обязательны для отечественных арбитражных судов. Равным образом нарушение единства судебной практики в соответствии со ст. 389 ГПК РФ служит основанием для пересмотра судебных постановлений в порядке надзора Президиумом Верховного Суда РФ. Как указал Президиум Верховного Суда РФ, нарушением единства судебной практики “может считаться вынесение определений, противоречащих постановлениям Пленума Верховного Суда Российской Федерации, содержащим разъяснения по вопросам судебной практики; постановлениям Президиума Верховного Суда Российской Федерации, определениям Судебной коллегии по гражданским делам и Кассационной коллегии Верховного Суда Российской Федерации по конкретным делам, содержащим толкование норм материального и процессуального права; материалам официально опубликованных Верховным Судом Российской Федерации обзоров судебной практики и ответов на возникшие у судов вопросы в применении законодательства”²⁸.

Существующие ныне в российской правовой доктрине определения сущности **судебного прецедента** обычно содержат четыре характерных для него признака²⁹:

представляет собой конкретное судебное решение;

вынесенное высшими судебными органами;

обязательное для судов той же или низшей инстанции при разбирательстве аналогичных дел;

подлежащее обязательному опубликованию.

Думается, что в числе отличительных особенностей судебного прецедента с учетом классической (английской) доктрины судебного прецедента, явившейся результатом длительного исторического развития, с учетом основополагающих принципов современной теории права надлежало бы отметить ряд дополнительных сущностных признаков. Прежде всего судебный прецедент представляет собой результат правообразующей деятельности

²⁸ Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 23 марта 2005 г. // СПС “КонсультантПлюс”.

²⁹ См.: Большой юридический энциклопедический словарь / Авт. и сост. А. Б. Барихин. М., 2000. С. 615; Гук П. А. Судебный прецедент как источник права. Дисс. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2002. С. 62; Нерсесянц В. С. Общая теория права и государства. С. 40; Мозолин В. П. О дальнейших путях развития гражданского права // Журнал рос. права. 2007. № 3. С. 19; Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судебское право. М., 2006. С. 128; Маркин С. В. Указ. соч. С. 16.

и как легитимная форма выражения норм права должен быть санкционирован государством в качестве источника права, ибо именно законодателем определяются пределы судейского усмотрения. В иерархии источников правосудный прецедент формально занимает подчиненное положение по отношению к закону; в случае необходимости обеспечивается принудительным исполнением. Приведенные признаки судебного прецедента в своей совокупности независимо от его национальных особенностей позволяют признать рассматриваемый правовой феномен источником права.

Предлагаемые в современных научных публикациях определения понятия судебного прецедента нередко кардинально отличаются друг от друга. В «Юридической энциклопедии» (1997), дословно копирующей определение французского автора Р. Давида, судебный прецедент определяется как решение по конкретному делу, являющееся обязательным для судов той же или низшей инстанции при решении аналогичных дел либо служащее **примерным образом** толкования закона, не имеющим обязательной силы³⁰. В данной трактовке понятия прецедента отдельные исследователи усматривают определенное противоречие. По мнению, например, судьи Конституционного суда Республики Дагестан Х. У. Рустамова, противоречие заключается в том, что данное определение звучит неоднозначно, ибо непонятно, имеет ли судебный прецедент обязательную силу или нет³¹. Соответственно, аналогичная критика со стороны российских авторов звучит и в адрес определения Р. Давида, с чем, на наш взгляд, учитывая неоднородную природу судебного прецедента в странах общего права, согласиться нельзя³². Дело в том, что приводимое автором определение отражает специфику прецедентного права Великобритании, где прецеденты в зависимости от характера их императивности подразделяются на обязательные (*binding*) и убеждающие (*persuasive*)³³, т.е. прецеденты, которые судьи не могут не принимать во внимание, но следовать которым не обязаны (все решения нижестоящих судебных инстанций; решения судов Шотландии; решения, принимаемые судами других государств, на которые распространяется

юрисдикция общего права; прецеденты и мнения, изложенные в классических юридических трудах; все решения судов Европейского Союза и др.).

Обращаясь к специфике судебного прецедента, нашедшего свое отражение в российской доктрине, прежде всего хотелось бы остановиться на стереотипных дефинициях (представляющих собой подавляющее большинство), характеризующих судебный прецедент как **решение, вынесенное судом по конкретному делу**, имеющее при рассмотрении аналогичных дел обязательную силу для данного суда и судов нижестоящей инстанции. В противовес данному определению отдельными современными авторами под судебным прецедентом понимается не все судебное решение (приговор), а лишь его часть, только «сердцевина» дела, правило (В. В. Диаконов), нормы, сформулированные судьями (В. В. Лазарев), суть правовой позиции судьи, на основе которой выносится судебный акт нормативного характера (Н. В. Витрук)³⁴. Оспаривая данный подход к определению сущности судебного прецедента, В. В. Джурова основной акцент в своей аргументации делает на существующую взаимосвязь всех составных частей судебного решения, в связи с чем, по его мнению, «под судебным прецедентом необходимо понимать решение в целом виде (целостность всех его частей)»³⁵. Представляется, что подобный подход к определению понятия судебного прецедента не отвечает его доминирующему классическому пониманию. В английском праве под судебным прецедентом, строго говоря, понимается не все решение высшего английского суда, но лишь его часть, именуемая *ratio decidendi*, т.е. правило, формирующее правовую норму. Остальная часть решения — *obiter dictum* (попутно сказанное) не является обязательной для судей. Более того, данное правило прецедента полностью совпадает и с разработанным в последние годы в России понятием **судебной правовой позиции**, определяемой теоретиками конституционного права и процесса как представляющая собой адаптированную в решении суда норму права, мотивировочную часть судебного решения, содержащую указания на окончательный вывод суда и его обоснование³⁶.

³⁰ См.: Юридическая энциклопедия / Под ред. М. Ю. Тихомирова. М., 1997. С. 358; см. также: Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1976. С. 301.

³¹ См.: Рустамов Х. Судебный прецедент в правовой системе России: теория и практика. 2015 // <http://www.proza.ru/2015/07/01/2046>

³² См.: Васильева Т. А. Понятие и признаки судебного прецедента как источника права // Вектор науки Тольяттинского гос. ун-та. Сер. «Юридические науки». 2010. № 3 (№ 13). С. 294.

³³ См.: Маркин С. В. Указ. соч. С. 20; Кросс Р. Прецедент в английском праве. М., 1985.

³⁴ См.: Диаконов В. В. Теория государства и права. Учеб. пособие. М., 2004. С. 103; Лазарев В. В. Общая теория государства и права. Учеб. М., 2001. С. 176; Витрук Н. В. Правовые позиции Конституционного Суда РФ: понятие, природа, юридическая сила и значение // Конституционное правосудие в меняющихся правовых системах. М., 1999. С. 89.

³⁵ Джурова В. В. О судебном прецеденте в Российской Федерации // Сибирский юрид. вестник. 2005. № 2. С. 11.

³⁶ См.: Власенко Н. «Тревожные» вопросы по поводу судебных правовых позиций // Новая юстиция. 2008. № 1. С. 25.

Второй аспект, обращающий на себя внимание, касается определений, авторы которых включают в понятие судебного прецедента результаты любого толкования, игнорируя при этом отмечаемые специалистами различия между “правотворческим” и “правоприменительным” толкованием, в связи с чем возникают противоречия и терминологическая путаница. Характерным в этом отношении может служить определение судебного прецедента С. В. Маркина как решения высших судебных органов по конкретному делу, результатом которого является создание либо **толкование** существующей нормы права, являющееся обязательным для них самих и всех **нижестоящих** судов, и подлежащее официальному **опубликованию**, которое делает его общеизвестным.

В соответствии с авторским определением Н. А. Подольской “судебный прецедент – это решение суда высшей инстанции по конкретному делу, вынесенное по первой, апелляционной или кассационной инстанции или в процессе нормативного или казуального толкования правовых норм, опубликованное в периодическом издании, не только являющееся актом применения права, но и содержащее норму(ы) права, обязательную для применения как этим же судом, так и судом равной юрисдикции и нижестоящим судом”³⁷. В предложенное определение, таким образом, включены наряду с нормативными решениями, вынесенными высшими судебными инстанциями в процессе, так называемого казуального толкования. Как представляется, с подобным подходом в принципе согласиться нельзя, поскольку это идет вразрез прежде всего с самим понятием казуального толкования. В соответствии с общей теорией права казуальное толкование, в отличие от нормативного, обязательно только для данного случая или дела и не влечет юридических последствий для сходных дел, хотя и может служить примером для других инстанций. Вместе с тем отнесение результатов казуального толкования к понятию судебного прецедента не соотнобразуется с пониманием сущности самого судебного прецедента, квалифицируемого как результат создания новой юридической нормы при **правотворческом** процессе, включая и соответствующее (правотворческое) толкование, а равно с сущностью **прецедента толкования**, являющегося результатом **правоприменительной** деятельности, но имеющего **нормативный** (обязательный) характер.

³⁷ Подольская Н. А. К вопросу о понятии прецедента как источника права (общетеоретический аспект) // Судебная практика как источник права. Сб. ст. М., 2000. С. 152.

В этом же плане наглядным примером может служить определение В. И. Анишиной, понимающей под **судебным прецедентом** “эквивалент правоположения (прообраз нормы), сформулированного судом в конкретном решении и используемого судами в силу отсутствия законодательной нормы, ее противоречивости, неясности”³⁸. Другими словами, под судебным прецедентом автор понимает как результат нормотворческого процесса, создания новой нормы права, так и результат интерпретации существующей правовой нормы.

Думается, причиной подобного диссонанса в этих и подобных им многочисленных научных определениях является отсутствие в российской доктрине единой концептуальной основы судебного прецедента: то ли это родовое понятие (т.е. судебный как отличный от административного прецедента), охватывающее две его разновидности – собственно судебный (нормотворческий) прецедент и прецедент толкования; то ли судебный прецедент наряду с прецедентом толкования представляет собой разновидность **юридического прецедента**.

Приведенные определения фактически исходят из отождествления двух различных правовых категорий. Однако судебный (нормотворческий) прецедент при наличии общих с прецедентом толкования признаков, также являющегося результатом рассмотрения конкретного дела высшими судебными органами, вместе с тем представляет собой качественно отличный правовой институт. Во-первых, судебный прецедент и прецедент толкования имеют различную правовую (процессуальную) природу. Во-вторых, судебный прецедент как результат правотворчества представляет собой новую норму права, тогда как прецедент толкования является результатом конкретизации существующей нормы в тех границах, которые определены соответствующими правовыми предписаниями. В-третьих, судебный прецедент как форма выражения нормы права, в отличие от прецедента толкования, представляет собой формально юридически признаваемый источник права³⁹. Результатом же прецедента толкования

³⁸ Анишина В. И. Решения российских судов в системе право-регулирования: некоторые проблемы теории и практики // Гос. и право. 2007. № 7. С. 57.

³⁹ Кстати, формально-юридическим источником права служит именно судебный прецедент, а не судебное решение, как утверждают отдельные авторы. В частности, ошибочной представляется точка зрения А. Б. Золотаревой, считающей основным источником права для стран англосаксонской правовой системы “судебные решения (или прецеденты)” (см.: Золотарева А. Б. Роль судебных актов среди источников российского права в прошлом и настоящем. М., 2013. С. 42).

являются не нормы права, а в соответствии с удачной терминологией С. С. Алексеева⁴⁰, С. Н. Братуся⁴¹ и др. “правоположения”, которые в будущем при определенных условиях могут стать правовой нормой. Думается, что в комплексном определении при использовании судебного прецедента в качестве родового понятия во избежание противоречий и разночтений в понимании его сущности необходимо выделять по крайней мере две его разновидности — судебный **нормотворческий** прецедент и судебный прецедент **толкования**, подобно тому как в английской доктрине и практике по содержанию различаются *original precedent*, т.е. креативные судебные прецеденты, создающие новую правовую норму, и *declaratory precedent*, т.е. прецеденты толкования, интерпретирующие уже существующую статутную или прецедентную норму права⁴².

С учетом приведенных критических замечаний судебный нормотворческий прецедент можно было бы определить как правовую позицию высших судебных органов, служащую обоснованием решения по конкретному делу, обладающую качеством санкционированной государством легитимной формы выражения нормы права, обязательной при рассмотрении аналогичных дел для всех нижестоящих судов и судов той же инстанции. Под прецедентом же толкования “следует понимать судебное решение высшего судебного органа, создавшее наиболее точную формулировку смысла, содержащегося в законе (норме права), и имеющее обязательную силу”⁴³.

Как свидетельствуют многочисленные примеры, сегодня, несмотря на отсутствие со стороны Российского государства признания судебного прецедента в качестве источника права, высшие судебные органы достаточно часто при конкретизации существующих норм права (независимо от того, идет ли речь о расширительном или же об ограничительном толковании) выходят за рамки простого правоприменения. Весомый, на наш взгляд, аргумент в пользу правообразующего характера современной деятельности высших судебных органов в России

содержится в постановлении Пленума Верховного Суда РФ “О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации” от 10 октября 2003 г.⁴⁴ В соответствии с положениями п. 8 постановления в случае коллизии норм международного договора и национального закона преимущественную силу имеют только нормы **ратифицированного** международного договора. Что касается нератифицированных международных договоров, то приоритет их зависит от того, на каком уровне был заключен договор (межгосударственный, межправительственный, межведомственный): межгосударственный договор имеет приоритет относительно указов Президента РФ и нормативных актов более низкого уровня; межправительственный договор обладает приоритетом по отношению к актам Правительства РФ, а также нормативным актам более низкого уровня; межведомственный договор пользуется преимуществом применительно к актам ведомств. В отличие от постановления Пленума ч. 4 ст. 15 Конституции РФ предусматривает примат норм любого международного договора Российской Федерации независимо от наличия ратификации и уровня его заключения.

Как весомый довод в деле утверждения в России доктрины судебного прецедента в научной литературе приводится постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 14 “О внесении дополнений в Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 12 марта 2007 года № 17” от 14 февраля 2008 г.⁴⁵, характеризующее отдельными авторами как “революционное постановление” (А. Т. Боннер), “революционный пример официального признания судебного прецедента источником арбитражного процессуального права” (И. В. Воронцова)⁴⁶. Конкретно речь идет о положении, согласно которому правовая позиция, сформированная Высшим Арбитражным Судом РФ в Постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ или в Постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ по результатам рассмотрения дела в порядке надзора, является достаточным основанием для возможного пересмотра вступившего в силу судебного акта по **новым обстоятельствам**. Не разделяя восторженных отзывов

⁴⁰ По мнению С. С. Алексеева, под правоположениями, представляющими собой специфические правовые явления, следует понимать объективированные правоконкретизирующие суждения, которые нельзя рассматривать как нормы права, ибо они не закреплены в нормативном акте, лишены строгой определенности по содержанию и не могут служить самостоятельным основанием возникновения прав и обязанностей (см.: Алексеев С. С. Теория права. М., 1995. С. 264).

⁴¹ См.: Братусь С. Н., Венгеров А. Б. Указ. соч. С. 66.

⁴² См.: Маркин С. В. Указ. соч. С. 20.

⁴³ Гук П. А. Судебный прецедент как источник права. Дисс. ... канд. юрид. наук. С. 78.

⁴⁴ См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 12. К сожалению, рамки настоящей статьи не позволяют привести и другие “свидетельства” современной правотворческой деятельности высших судебных инстанций.

⁴⁵ См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2008. № 3.

⁴⁶ См.: Судебный акт как источник права. О Постановлении Пленума ВАС РФ от 14.02. 2008 № 14 // Закон. 2008. № 4. С. 19, 20; Воронцова И. В. Судебный прецедент в науке и практике // Росс. судья. 2008. № 11. С. 13.

относительно Постановления № 14, целый ряд авторов в свою очередь считают данную точку зрения достаточно спорной. В частности, М. Ш. Пацация расценивает подобное нововведение как “придание неоправданно большого значения актам казуального, а не нормативного толкования правовых норм”⁴⁷. Более того, некоторые исследователи⁴⁸ полагают, что, принимая комментируемое Постановление, Высший Арбитражный Суд менее всего заботился о формировании прецедентной системы в России. Истинная причина, мотивы принятия указанного Постановления Пленумом Высшего Арбитражного Суда РФ, как следует из содержания самого Постановления, кроются в обеспечении узковедомственных интересов: в желании разгрузить Президиум, поскольку пересмотр судебных решений в порядке надзора осуществляет именно Президиум, а пересмотр по новым (а равно и вновь открывшимся) обстоятельствам – суды, принявшие соответствующее решение (ст. 310 АПК РФ).

Не вдаваясь в детальное рассмотрение правовой природы постановлений Пленума высших судебных инстанций, следует заметить, что понимание судебного прецедента как правовой позиции по конкретному судебному решению не позволяет даже по чисто формальному признаку согласиться с бытующим ныне мнением целого ряда специалистов, склонных рассматривать подобные правовые акты в качестве судебных прецедентов. Пленум Верховного Суда РФ (как и ранее существовавшего Высшего Арбитражного Суда) не осуществляет правосудия, а во исполнение возложенных на него задач по обобщению судебной практики обеспечивает правильное и единообразное применение законов судами и дает разъяснения и толкования норм права посредством выражения судебных правовых позиций в форме постановлений⁴⁹. Убедительна, на наш взгляд, точка зрения А. Ф. Черданцева, полагающего, что постановления Пленумов представляют особые интерпретационные нормативные акты. Как таковые, “не будучи направлены на установление, изменение или отмену норм права, они не являются

источниками права и не должны содержать нормативной новизны”⁵⁰. “В этом смысле, – вторит в унисон А. Ф. Черданцеву И. А. Приходько, – можно говорить не о прецедентном праве, а о прецеденте толкования закона, а такие прецеденты ВАС РФ может и должен создавать, это его прямая функция, вытекающая в том числе из п. 1 ст. 304 АПК РФ”⁵¹.

Многие российские юристы (А. А. Белкин, Б. С. Туманов, Н. В. Витрук, М. В. Кучин и др.) занимают компромиссную позицию, отводя роль источника права лишь решениям Конституционного Суда РФ, полагая, что им присуща материально-правовая сила закона, поскольку согласно ст. 6 Федерального закона “О Конституционном Суде Российской Федерации” они обязательны на всей территории России для всех ветвей власти, органов местного самоуправления, организаций, граждан и их объединений⁵². Суд, по мнению сторонников правотворческой роли Конституционного Суда, отменяя правовую норму, фактически создает новую, и, следовательно, конституционное судебное решение является источником права. Однако вряд ли можно согласиться с подобным утверждением.

Уяснению правовой природы решений Конституционного Суда РФ, на наш взгляд, способствует Федеральный конституционный закон «О внесении изменений и дополнений в Федеральный конституционный закон “О Конституционном Суде Российской Федерации”» от 15 декабря 2001 г., где прямо предусмотрено, что в случае, “если решением Конституционного Суда РФ нормативный акт признан не соответствующим Конституции РФ полностью или частично, либо из решения Конституционного Суда вытекает необходимость устранения пробела в правовом регулировании, государственный орган или должностное лицо, принявшие этот нормативный акт, рассматривают вопрос о принятии нового нормативного акта, который должен, в частности, содержать положения об отмене нормативного акта, признанного не соответствующим Конституции РФ полностью, либо о внесении необходимых изменений и (или) дополнений в нормативный акт,

⁴⁷ Пацация М.Ш. О новом аспекте надзорной процессуальной деятельности Высшего Арбитражного Суда РФ: промежуточные итоги // Закон. 2009. № 8. С. 51.

⁴⁸ См.: Золотарева А. Б. Указ. соч. С. 36, 37. Как пояснил Председатель Высшего Арбитражного Суда РФ, цель постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 14 в том, чтобы избавить Президиум от рассмотрения стереотипных дел и таким образом высвободить возможности для рассмотрения наиболее сложных и важных для формирования практики дел (цит. по: Приходько И. Постановление Пленума ВАС РФ от 14 февраля 2008 года № 14: подходы и тенденции судебной практики // Закон. 2008. № 4. С. 30).

⁴⁹ См.: Власенко Н. Указ. соч. С. 26.

⁵⁰ Черданцев А. Ф. Указ. соч. С. 189. В соответствии со ст. 170 АПК РФ в мотивировочной части решения могут содержаться ссылки по вопросам судебной практики на постановления существовавшего Пленума Высшего Арбитражного Суда, а также на постановления Президиума Высшего Арбитражного Суда, а после объединения высших судов – и коллегиальных органов Верховного Суда РФ.

⁵¹ См.: Судебный акт как источник права. О Постановлении Пленума ВАС РФ от 14.02. 2008 № 14. С. 20.

⁵² При этом в качестве наглядного примера нередко приводится решение Конституционного Суда РФ от 4 февраля 1992 г. о признании неконституционной нормы КЗоТ о возможности увольнения работников по основанию достижения ими пенсионного возраста.

признанный неконституционным в отдельной его части”⁵³. В результате законодателем было признано, что так называемое негативное нормотворчество Конституционного Суда РФ, его решения не создают новых норм права, не заменяют законодательные акты, но лишь “сигнализируют” о необходимости изменения правового регулирования путем прекращения действия конкретной нормы или закона в целом. К тому же решения Конституционного Суда, в отличие от закона, не ориентированы на принудительное их исполнение. Законодательством не регламентирован вопрос об ответственности государственных органов власти и управления за неисполнение решений Конституционного Суда РФ. Ответственность за неисполнение, ненадлежащее исполнение либо за воспрепятствование исполнению решения, по мнению специалистов, носит декларативный характер⁵⁴. И наконец, до сих пор остается открытым вопрос о том, вправе ли законодатель не согласиться с решением Конституционного Суда, тем более, как свидетельствует практика, в отдельных случаях Конституционным Судом, несмотря на высокий профессионализм судей, допускаются ошибки в толковании Конституции РФ и некоторых законов с точки зрения их соответствия Конституции, причем такого рода факты имеют место не только в области конституционного, но и других отраслей права (уголовного, уголовно-процессуального)⁵⁵. При таких условиях резким диссонансом звучит утверждение В. Д. Зорькина, полагающего, что “юридическая сила итоговых решений Конституционного Суда превышает юридическую силу любого закона, а соответственно практически равна юридической силе самой Конституции”⁵⁶.

Представляется, что ключевым при определении правовой природы решений Конституционного Суда РФ служит положение, зафиксированное ныне в ст. 79 Федерального конституционного закона “О Конституционном Суде Российской Федерации”

(с изм. на 8 июня 2015 г.), согласно которому до принятия соответствующими государственными органами либо должностными лицами нового нормативного акта взамен не соответствующего Конституции либо устраняющего пробел в правовом регулировании непосредственно применяется Конституция РФ. Именно данное обстоятельство не позволяет квалифицировать в качестве судебного прецедента позицию Конституционного Суда РФ, которому государством делегированы лишь функции по осуществлению конституционного контроля, но никак не функция правотворчества. Что касается позиций Конституционного Суда при осуществлении им толкования, то Федеральный конституционный закон “О Конституционном Суде Российской Федерации” относит к его компетенции только толкование Конституции РФ. Положения прочих нормативных актов в случае их противоречия Конституции Конституционный Суд уполномочен только отменять, но не вправе изменять их или дополнять. Несмотря на это, отмечает А. Б. Золотарева, Конституционный Суд своими решениями приписал себе еще один вид полномочий, прямо не предусмотренный законом, — “выявление конституционно-правового смысла” тех или иных нормативных актов, то есть по сути их общеобязательное толкование⁵⁷.

Ряд авторов, исходя из обязательного (нормативного) характера, присущего постановлениям Европейского Суда по правам человека, также относят их к категории судебного прецедента, к источникам права⁵⁸.

Бесспорно, в силу ст. 46 Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г., а также ст. 1 Федерального закона от 30 марта 1998 г. № 54-ФЗ о ратификации указанной Конвенции и Протоколов к ней, постановления, принимаемые Европейским Судом в отношении Российской Федерации, являются обязательными⁵⁹. Что касается постановлений, принимаемых в отношении иных

⁵³ См.: *Собрание законодательства РФ*. 2001. № 51. Ст. 4824.

⁵⁴ См.: *Яценко И. С., Яценко А. И., Шеломенцев В. Н.* Конституционное право Российской Федерации. М., 2005. С. 462.

⁵⁵ В частности, Конституционный Суд трижды рассматривал вопрос о возможности применения нулевой ставки НДС при осуществлении расчетов по экспортным сделкам в неденежной форме и каждый раз приходил к разным выводам (см.: *Постановление Конституционного Суда РФ от 20 февраля 2001 г. № 3-П; Определение Конституционного Суда РФ от 8 апреля 2004 г. № 169-О и Определение Конституционного Суда РФ от 4 ноября 2004 г. № 324-О*). См. также: *Байтин М. И.* О юридической природе решений Конституционного Суда Российской Федерации // *Гос. и право*. 2006. № 1. С. 5).

⁵⁶ См.: *Зорькин В. Д.* Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации // *Журнал рос. права*. 2004. № 12. С. 3—9.

⁵⁷ См.: *Золотарева А. Б.* Указ. соч. С. 28.

⁵⁸ “В российскую правовую систему, — считает Д. В. Зверев, — инкорпорирован новый источник права — прецеденты Европейского Суда по правам человека” (см.: *Зверев Д. В.* Новые источники гражданского процессуального права в свете Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод // *Европейская интеграция и развитие цивилистического процесса в России*. Сб. М., 2006. С. 22; см. также: *Маркин С. В.* Указ. соч.).

⁵⁹ В соответствии с постановлением Конституционного Суда РФ “По делу о проверке конституционности положений статьи 1 Федерального закона о ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней” от 14 июля 2015 г. не может быть исполнено Постановление ЕСПЧ, основанное на толковании Конвенции, лишь в части, противоречащей Конституции РФ (см.: <http://www.parvo.gov.ru>).

государств – участников Конвенции 1950 г., то мнение юристов здесь не столь однозначно. Данные судебные акты не могут не учитываться в российской практике. Принимая постановление по конкретному делу, Европейский Суд, как правило, руководствуясь принципом справедливости и обеспечения единообразия судебной практики, ссылается на ранее принятые им судебные акты по так называемым делам-клонам. Вместе с тем Европейский Суд отказывает в принятии жалобы со ссылкой на ранее рассмотренные им аналогичные дела. Именно поэтому при применении Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. правоприменительные органы Российской Федерации должны следовать практике Европейского Суда в целом, а не только по делам с участием России.

В качестве логически вытекающего при этом вывода, на наш взгляд, можно признать, что постановления Европейского Суда по своей правовой природе представляют собой тот самый прецедент судебного толкования, который гарантирует единообразную практику применения норм, регламентирующих соблюдение прав человека, что отвечает целям и задачам данного судебного органа.

Весьма оригинальную позицию касательно юридической природы постановлений Европейского Суда занимает В. А. Канашевский: «Регулирующее действие международных норм, в том числе сформировавшихся в практике Европейского Суда, на территории России, позволяет характеризовать их в качестве правовых регуляторов, но не источников российского права». Категория «правовой регулятор», по определению автора, – обозначает все объективное право, все действующие на территории государства правовые нормы (национальные, иностранные, международные), то есть уже конституированные в качестве таковых в рамках соответствующих правовых систем»⁶⁰.

С подобным обоснованием правовой природы постановлений Европейского Суда, являющегося контрольным механизмом Конвенции о защите прав человека и основных свобод, трудно согласиться. Дело в том, что акты международных судов, как правило, представляют собой не нормы международного права, но лишь результат их применения. В соответствии с общепризнанной доктриной международно-правовая норма – это продукт согласования воли основных субъектов международного права, т.е. государств. Суд при рассмотрении

переданных ему дел должен действовать на основании международного права; не будучи уполномочен на внесение изменений в действующее международное право, обязан им руководствоваться⁶¹. В отдельных случаях, правда, при отсутствии необходимых договорных и обычно-правовых норм, непосредственно регулирующих спорные отношения, акт международного суда может содержать **самостоятельные, сформулированные судом правовые позиции**⁶². Но даже в таких случаях, на наш взгляд, не может идти речь о создании судебного прецедента, подобно тому как выработка судебных постановлений, которые восполняют пробелы в национальном праве, не образует правотворчества. Как вполне резонно отмечают С. А. Дробышевский и Е. Ю. Тихонравов применительно к национальным судам, судьи при восполнении пробелов «пытаются разрешить рассматриваемые ими дела, а не сконструировать юридическое правило общего действия»⁶³. Естественно, такого рода правовые позиции в последующем могут рассматриваться в качестве **обязательных** только для тех судов, которые их сформулировали, а все другие судебные органы могут либо их принять и последовать им, либо отклонить⁶⁴.

Коль скоро компетенция Европейского Суда ограничивается лишь контрольными функциями за соблюдением действующих норм Конвенции 1950 г. и Протоколов к ней, то вряд ли правомерно говорить о новых «международных нормах, сформировавшихся в практике Европейского Суда» и действующих на территории России как «правовой регулятор».

Итак, можно резюмировать, что в действующем российском законодательстве нашел свое закрепление лишь прецедент судебного толкования, формируемый решениями высших судебных органов, имеющих общеобязательный характер⁶⁵. Возможности признания судебного нормотворческого прецедента на современном этапе препятствуют формально-правовые основания. Государство официально не санкционировало признания судебного

⁶¹ См.: Международное право. Учеб. для вузов / Под ред. Г. И. Тункина. М., 1994. С. 56, 68, 69.

⁶² См.: Международное право. Учеб. для вузов / Отв. ред. Г. В. Игнатенко, О. И. Тиунов. М., 2006. С. 126.

⁶³ Дробышевский С. А., Тихонравов Е. Ю. Способы восполнения пробелов в праве. М., 2014. С. 126.

⁶⁴ В подобной ситуации напрашивается аналогия с *persuasive* прецедентом, когда суд может проанализировать и взвесить аргументацию ранее вынесенного решения, не будучи им связанным.

⁶⁵ В соответствии с Федеральным законом «Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в Российской Федерации» от 22 декабря 2008 г. решения всех судов подлежат обязательному обнародованию в сети Интернет (см.: Собрание законодательства РФ. 2008. № 52 (Ч. 1). Ст. 6217).

прецедента как источника российского права, фактически нет правовых гарантий обеспечения его применения. Кроме того, российская правовая наука и практика до сих пор не сформировали однозначного понимания доктрины судебного прецедента.

В последние годы многие российские авторы, как теоретики, так и практики, ставят вопрос о необходимости официального признания за судебными органами права на создание правовых норм. В частности, весьма категоричен в этом вопросе С. С. Алексеев, считающий, что “придание решениям высших судебных инстанций страны функций судебного прецедента представляется делом назревшим, вполне оправданным”⁶⁶. Аналогичное мнение прозвучало и в докладе экс-председателя Высшего Арбитражного Суда РФ А. А. Иванова, убежденного, что “движение в сторону окончательного перехода к прецедентной системе – это движение в правильном направлении”, ибо “в прецедентной системе есть много достоинств”⁶⁷.

Авторы, ратующие за признание судебного нормативного прецедента источником российского права, по мнению многих специалистов, явно преувеличивают его практическую значимость, недооценивают целый ряд возможных отрицательных последствий, сопряженных с введением этого института в нашей стране. Одним из укоренившихся ложных стереотипов является взгляд на прецедент как на средство, значительно ускоряющее и облегчающее рассмотрение дел в правоприменительных органах. Дело в том, что при наличии системы прецедентного права суд должен выявить всю возможную цепочку прецедентов, относящихся к рассматриваемому делу; определить их действие во времени (закон не указывает отменяемых им прецедентов), с тем чтобы исключить вероятность ситуации, когда состоявшийся ранее судебный прецедент к моменту рассмотрения дела изменен решением вышестоящего суда или отменен законом. Достаточно сложной проблемой считается вычленение из судебного решения собственно прецедента, обязательной части (*ratio decidendi*), особенно при последующей существенной ее модификации, поскольку в судебных решениях отсутствуют какие-либо конкретные указания на сей счет. При попытке выделить *ratio decidendi* разные судьи могут прийти к различным

выводам и вынести противоположные решения. По свидетельству британского юриста Р. Кросса, для решения этой задачи судьи и правоведы стран общего права в течение столетий предлагали множество методик, ни одна из которых не может считаться исчерпывающей⁶⁸. Как и законодательные акты, судебные прецеденты при применении требуют своего толкования. Судья в силу своей недостаточной квалификации либо особой заинтересованности в определенном исходе дела может отвергнуть существующий судебный прецедент, сославшись на недостаточность аналогии, на якобы имеющие место различные обстоятельства дела. При таких условиях, как опасаются многие правоведы, реально будет открыта широкая возможность для судебного произвола, в связи с чем возникают сомнения относительно целесообразности введения в России, по крайней мере сегодня института судебного нормотворческого прецедента.

Последовательно выступая против введения в России института судебного прецедента в качестве источника права, акад. РАН Ю. К. Толстой в интервью, озаглавленном “Важно обеспечить единообразие судебной практики”, в очередной раз акцентировал внимание на необходимости активизировать законотворческую деятельность⁶⁹.

Сегодня, как справедливо отмечает А. Д. Бойков, “возведение судебного прецедента в ранг формального источника права в любом случае будет шагом назад от статутного, систематизированного, официально установленного правового режима”⁷⁰. Кстати, в странах общего права в последние годы взят курс на кодификацию национального права. Современное прецедентное право в основном развивается в англосаксонской семье посредством прецедентов толкования как актов, основанных на законе, а не “чистых” прецедентах⁷¹.

“*Non exemplis sed legibus judicandum est*” (“Нужно судить на основании не примеров, а законов”) – думается, что в наши дни данный постулат не утратил своей актуальности.

⁶⁸ См.: Кросс Р. Прецедент в английском праве. М., 1985. С. 55–99.

⁶⁹ См.: Закон. 2009. № 11. С. 15.

⁷⁰ Бойков А. Д. Третья власть в России. Продолжение реформ. М., 2002. С. 131.

⁷¹ Богдановская И. А. Судебный прецедент – источник права? // Гос. и право. 2000. № 12. С. 18. На основе закона решаются 9 из 10 дел, рассматриваемых в апелляционном суде и Палате лордов Великобритании (см.: Богдановская И. Судебный прецедент и его эволюция // Законность. 2007. № 3. С. 45).

⁶⁶ Алексеев С. С. Теория права. М., 1994. С. 219.

⁶⁷ Иванов А. А. Речь о прецеденте (Доклад в рамках Третьих Сенатских чтений. 19 марта 2010 г., Санкт-Петербург) // <http://www.gosbook.ru/node/21714>