

## К ВОПРОСУ О ПРИЗНАНИИ СУДЕБНОГО ПРЕЦЕДЕНТА ИСТОЧНИКОМ ПРАВА В ОТЕЧЕСТВЕННОЙ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЕ

© 2013 г. Игорь Михайлович Дивин<sup>1</sup>

Вопросы прецедентного характера решений высших судов в последнее время волнуют многих исследователей. В целом все споры ученых сводятся к поиску ответа на проблему о возможности признания судебных решений как источников современного российского права. Дилемма: кем должен быть судья – “устаами закона” или “творцом права”, – до сих пор остается нерешенной<sup>2</sup>. Однако представляется, что подобный аспект ее рассмотрения неуклонно утрачивает актуальность, поскольку правовая действительность свидетельствует о фактическом ее (судебной практики) оформлении в анализируемом качестве, несмотря на отсутствие формального закрепления. Такой в определенной степени категоричный вывод сформировался в результате изучения правовых реалий и анализа многочисленной судебной практики, выводы которой в результате пристального внимания всего юридического сообщества оказывают весьма существенное влияние на принимаемые судебные акты.

Подобный интерес к судебной практике, во-первых, является доказательством того, что “полноправное место” среди источников отечественного права она уже заняла, а во-вторых, свидетельствует о том, что необходимо упорядочение юридической терминологии, а именно: легального истолкования “судебный прецедент” как ключевого понятия анализируемой проблемы и соотношения его с содержанием термина “судебная практика”.

Надобность такого разграничения порождена существующим многообразием форм уяснения обоих понятий, нередко сопровождающихся их отождествлением. Как справедливо замечает исследователь, надо определить место судебного прецедента в российской правовой действительности<sup>3</sup>.

Формирование обоснованной позиции по этим вопросам требует детального анализа известных на сегодня юридической науке и практике причин усиления значения судебной практики и прецедента, их содержания и дальнейших перспектив развития в рамках отечественной правовой системы.

В большинстве случаев наши единомышленники возрастающую роль судебной практики, а вместе с ним и судебного прецедента связывают с глобализацией. Видимо, это оправданно, поскольку именно в результате интеграции российская правовая система начинает вбирать в себя новые, доселе не присущие ей черты.

Вместе с тем, полагаем, что рассматривать глобализацию в качестве единственного катализатора происходящих перемен, не совсем правильно. Помимо “внешних” факторов не стоит забывать и о “внутренних”, связанных и с состоянием отечественного законодательства, и с масштабными государственными переменами. Иными словами, оформление судебной практики в качестве источника права есть результат объективной необходимости восполнения пробелов и разрешения коллизий между нормативными правовыми актами.

Последнее десятилетие XX в. для отечественной правовой системы стало временем стремительного развития законодательства. За этот период было разработано и принято огромное число законов. Но, к сожалению, количественное увеличение этого массива не всегда соответствовало улучшению качества принимаемых актов. Зачастую вынужденная необходимость скоротечного обновления законодательства становилась причиной принятия не в полной мере проанализированных актов с точки зрения законодательной техники и логики.

Однако даже столь быстрое развитие законодательства не всегда успевало отразить молниеносные изменения в общественной жизни, происходившие в указанный период. И в это время именно на суды легло бремя упорядочения достаточно разрозненного законодательного массива посредством его правильного толкования. Принимаемые судебные акты разрешали противоречия в законах, устраняли неясности в законодательных текстах. За этот период судами была проведена большая работа по систематизации нормативных актов в целях формирования системы законодательства. Огромное количество принятых высшими судебными инстанциями постановлений пленумов, информационных писем и разъяснений – яркое тому подтверждение. На это неоднократно обращает внимание Председатель Высшего Арбитражного Суда А.А. Иванов. Подводя итог многолетней правотворческой деятельности Высшего Арбитражного Суда РФ, он совершенно справедливо указывает, что результатом подобного кропотливого труда выступают достигнутые на сегодня стабильность и предсказуемость судебной практики и, как следствие, реализация принципа правовой определенности<sup>4</sup>.

Все это, на наш взгляд, является свидетельством того, что постоянное увеличение нормативной базы и принимаемых на ее основе подзаконных нормативных актов неприемлемо и невозможно. Представляется, что история уже доказала невозможность сиюминутного реагирования со стороны законодателя на происходящие изменения в обществе. В условиях развивающихся информационных технологий, происходит усложнение общественных отношений – это процесс

<sup>4</sup> См.: Выступление Председателя Высшего Арбитражного Суда РФ А.А. Иванова на итоговом совещании председателей арбитражных судов России // <http://www.arbitr.ru>

<sup>1</sup> Председатель Арбитражного суда Республики Адыгея, кандидат юридических наук.

<sup>2</sup> См.: [http://www.diplom.krsk.info/ur\\_got11.htm](http://www.diplom.krsk.info/ur_got11.htm)

<sup>3</sup> См.: Боннер А.Т. Судебный прецедент в российской правовой системе // Росс. ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2004. № 3.

постоянный и непрерывный. Соответственно, не исключена возможность возникновения ситуаций, когда спорные правоотношения не будут урегулированы действующим законодательством. И именно судебная практика в подобных случаях: судебные прецеденты, а при их отсутствии – посредством оперативного формирования правовой позиции, – способна разрешить спор. Полагаем, что в такие моменты суд выступает гарантом и непосредственно реализует право граждан на своевременную судебную защиту.

Доводы о более “быстрой реакции” суда на происходящие в обществе изменения имеются и в трудах дореволюционных ученых. В частности, С.Е. Десницкий писал, что “всех приключений ни в каком государстве законами не ограничить, того ради необходимость требует в таких непредвиденных случаях дозволить судьям решить и судить дела по совести и справедливости.....”<sup>5</sup>. Позже эти идеи нашли свое отражение в трудах известного русского цивилиста Т.М. Яблочкова, указывавшего, что “в настоящее время усложняющихся социальных отношений закон не может послать один за всеми потребностями жизни. На судебную практику возлагается своим творчеством восполнить те пробелы в праве, которые не невозможны иным образом”<sup>6</sup>. И сегодня вряд ли у кого-то вызовет сомнение, что процесс разрешения “доселе невиданного спора” посредством судебного правотворчества будет более быстрым, чем длительное оформление “новых” форм взаимоотношений в нормативных правовых актах.

Мы часто говорим о необходимости стабильного законодательства, в котором не будет такого массового количества поправок, как сейчас. Зачастую столь большое количество последующих изменений в уже принятых актах связывают с первоначальными упущениями при их разработке. Наверное, подобные выводы не лишены действительности. Однако рассматривать это в качестве единственной причины отсутствия постоянства в законодательстве не совсем верно. Нередки и “вынужденные” изменения, порожденные отсутствием стабильности именно в хозяйственных отношениях, что является результатом появления новых форм экономического сотрудничества. В этой связи не всегда верна посылка С. Пепеляева о том, что для нашей системы права прецедент есть результат разьянения судом не совсем “удачных законодательных норм”<sup>7</sup>.

Вместе с тем, процесс внесения поправок в уже существующие нормативные правовые акты довольно трудоемкий и долгий. Судебной практике гораздо легче отразить подобные изменения. Поэтому считаем верным указание на то, что формирование права судами есть скорее исключение, чем правило. Создание судом правовой нормы – это доказательство отсутствия любого другого источника права<sup>8</sup>. Весьма справедливо в этой связи отмечает В.М. Жуйков, что отказ от подобного “вынужденного” правотворчества может привести к уменьшению эффективности деятельности суда и, как следствие, утрате доверия к нему со стороны населения”<sup>9</sup>.

При этом рассматривать и судебную практику, и прецедент исключительно как средство восполнения пробела нам

кажется не совсем верным. Они имеют гораздо большее значение, и это некоторые исследователи обозначают в качестве руководящего начала<sup>10</sup>, а именно: выступая как ориентир, они помогают разобраться в довольно сложном законодательном массиве.

Кроме того, как указывается в юридической литературе, еще одним “плюсом” судебного прецедента является то, что, формируя норму права, он одновременно и объясняет ее, что существенно облегчает его восприятие и уяснение в отличие от довольно специфичного законодательного текста<sup>11</sup>.

Рассматриваемая проблема, как указывалось выше, усложняется отсутствием четкого разграничения понятий “судебная практика” и “судебный прецедент”. Исследуя раннее теоретический аспект судебной практики, мы пришли к заключению, что под ней следует понимать вывод, а именно: правовую позицию по определенной категории споров, – сформулированный в акте высшей судебной инстанцией по результатам теоретического обобщения судебных решений индивидуального характера на основе выявленного типичного, повторяющегося единообразия, влияющий на уже сложившиеся и будущие правоотношения и являющийся обязательным для неопределенного круга лиц.

Полагаем возможным сквозь призму взглядов и суждений дать унифицированное толкование сущности судебного прецедента.

По мнению Т.А. Васильевой, судебный прецедент есть решение суда по конкретному делу, который впоследствии в результате оформления его в качестве правовой нормы приобретает обязательный характер “для судов той же или низшей инстанции”<sup>12</sup>.

В.А. Туманов рассматривает судебный прецедент в качестве судебного акта по конкретному делу, которое становится обязательным при разрешении аналогичных дел<sup>13</sup>. Представляется, что подобное толкование лишено определенной доли конкретности, поскольку автор не указывает, кем должен приниматься акт, который будет иметь впоследствии прецедентный характер.

Это “упущение” восполняет В.П. Мозолин, указывая, что под судебным прецедентом следует понимать решения по определенной категории юридических дел, выносимые высшими судебными инстанциями<sup>14</sup>.

Г.А. Гаджиев под судебным прецедентом помимо решений Конституционного Суда РФ понимает также акты арбитражных судов и судов общей юрисдикции<sup>15</sup>.

Л.Б. Алексеева судебный прецедент характеризует как “выработанный судебной практикой и подтвержденный авторитетом высшего судебного органа страны образец применения закона”<sup>16</sup>. Полагаем, что в подобном случае исследователь исходит из того, что прецедент – это и есть тот

<sup>10</sup> См.: *Стюфеева И.* Судебная практика в лице своих прецедентов // Адвокатская практика. 2008. № 3.

<sup>11</sup> См.: *Анисимов А.П., Мельничко Р.Г.* Судебный прецедент: от теории к практике // Росс. судья. 2009. № 3.

<sup>12</sup> *Васильева Т.А.* Понятие и признаки судебного прецедента как источника права // Вектор науки ТГУ. 2010. № 3.

<sup>13</sup> См.: *Клишин А.А., Шугаев А.А.* К вопросу о прецеденте в российской правовой системе // <http://klishin.ru>

<sup>14</sup> См.: *Мозолин В.П.* О дальнейших путях развития гражданского права // Журнал рос. права. 2007. № 3.

<sup>15</sup> См.: *Гаджиев Г.А.* Феномен судебного прецедента в России // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 100.

<sup>16</sup> *Алексеева Л.Б.* Судебный прецедент: произвол или источник права? // Сов. юстиция. 1991. № 14.

<sup>5</sup> *Десницкий С.Е.* Представление о учреждении законодательной, судительной и наказательной власти в Российской Империи. СПб., 1905. С. 10.

<sup>6</sup> *Яблочков Т.М.* Практический комментарий на устав гражданского судопроизводства. Т. 1. 1914. С. 143.

<sup>7</sup> <http://www.pravo.ru>

<sup>8</sup> См.: *Васильева Т.А.* Понятие и признаки судебного прецедента как источника права // Вектор науки ТГУ. 2010. № 3.

<sup>9</sup> *Жуйков В.М.* К вопросу о судебной практике как источнике права // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 16.

правовой вывод, который формируется высшими судебными инстанциями. Однако при подобном толковании возникает весьма закономерный вопрос: что понимать под судебной практикой, на основании которой, по мнению автора, вырабатывается этот вывод? Если следовать изложенной логике, то скорее всего она рассматривается как совокупность определенного количества судебных решений. Но подобное понимание очень суженное и представляется не совсем верным, поскольку судебная практика имеет большое значение в регулировании общественных отношений.

Представляется, что, соотнося определенное число судебных актов индивидуального и обязательного характера для определенного круга лиц, высшие судебные инстанции формируют общеобязательное для всех правило – судебную практику. Ее составляющим является судебный прецедент – решения судов по конкретным делам. Следовательно, считаем уместным говорить о соотношении прецедента и судебной практики как частного и общего, поскольку формирование практики есть результат анализа определенного числа прецедентов. В этой связи правомерен вывод Г.А. Жилина о том, что «понятие “судебный прецедент” уже понятия “правоположение судебной практики”»<sup>17</sup>.

Анализ приведенных суждений свидетельствует о том, что в подавляющем большинстве случаев общеобязательный акт высшего суда исследователями именуется судебным прецедентом. Понимаем при этом, что в основе подобных воззрений лежит именно его “классическое”, сформированное в рамках системы общего права понимание. Однако, учитывая исторические и национальные особенности отечественного государства, подобное буквальное перенесение его содержания вряд ли возможно. Согласимся с исследователем, отмечаящим, что “российское прецедентное право не может, да и не должно как капля воды повторять все черты англосаксонской системы”<sup>18</sup>. Поэтому не совсем верным представляется указание на то, что судебный прецедент – это решение высшего судебного органа по конкретному делу, выступающее в последующем в качестве образца, а судебная практика есть результат единообразного применения закона. Соответственно, делается вывод о том, что судебный прецедент создается не любым судом, а только лишь высшей судебной инстанцией<sup>19</sup>. Но не стоит забывать о значимости именно судебной практики для отечественной системы права. Поэтому считаем наиболее верным в развитие изложенного выше понимания судебной практики прецедент рассматривать в качестве тех “судебных решений индивидуального характера”, на основании которых и формируется общеобязательная позиция высшей судебной инстанции.

Следовательно, считаем более корректным новый источник права именовать исключительно судебной практикой, а не прецедентом, поскольку именно практика есть тот обобщенный вывод, сформированный из нескольких прецедентов.

В подобном аспекте вывод М.А. Рожковой о том, что общеобязательной юридической силой обладает только позиция высшей судебной инстанции, представляется верным<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Жилин Г.А. Правосудие по гражданским делам: актуальные вопросы. М., 2010.

<sup>18</sup> Волпенко Н.Н. Источники права. Волгоград, 2004. С. 72.

<sup>19</sup> См.: Гук П.А. Судебный прецедент как источник права. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук // <http://law.edu.ru>

<sup>20</sup> См.: Рожкова М.А. Судебный прецедент и судебная практика // <http://rozhkova-ma.narod.ru>

При таком разграничении рассматриваемых понятий мы максимально приближаемся к обозначенной ранее идее создания “смешанной” правовой системы, где “творцами права” будут и законодательная, и судебная ветви власти. При этом отчетливо понимаем, что доминантная роль при формировании права все-таки должна принадлежать законодательному органу. Ведь, как справедливо замечает исследователь, судебный прецедент не заменит закон и не повлияет на ведущую роль закона<sup>21</sup>. Он позволяет сделать судебную практику стабильной и предсказуемой, не нарушая при этом “распределения полномочий” в рамках системы разделения властей<sup>22</sup>.

В целом конвергенция в отечественную правовую систему элементов общего права в юридической среде обсуждается достаточно давно. И, пожалуй, наиболее пристальное внимание исследователей уделено позиции Конституционного Суда РФ. Оживление обсуждений относительно формирования прецедентного права в России был вызван Постановлением Конституционного Суда РФ от 21 января 2010 г. № 1-П, хотя и до его оглашения многие сторонники имплементации прецедента в современную правовую систему в первую очередь ссылались именно на судебные акты Конституционного Суда РФ. В частности, Н.Н. Витрук в решениях высшего суда находит оформление “нового законодательного регулирования” и построение “моделей” новых правовых норм<sup>23</sup>.

По мнению Л.А. Морозовой, акты Конституционного Суда РФ являются источником права, поскольку “они выступают основанием для изменения, отмены или принятия нового акта или новой нормы права”<sup>24</sup>.

Говоря о значимости вышеуказанного постановления, А.Н. Верещагин отмечает, что оно именно де-юре признает судебную практику в качестве источника права, поскольку де-факто она в рассматриваемом аспекте уже существует<sup>25</sup>.

Неоднократно высказывались мнения о том, что, по сути, Конституционный Суд РФ легализовал судебный прецедент как источник права<sup>26</sup>. В частности, по мнению К. Сасова, данным постановлением Конституционный Суд РФ наделил Высший Арбитражный Суд РФ “правом формулировать обязательные для всех арбитражных судов правовые позиции...”<sup>27</sup>.

Вместе с тем считаем настолько категоричные выводы несколько успешными. Столь значимые для российской государственности перемены нельзя связывать с единовременным волеизъявлением высшей судебной инстанции. Одним судебным актом нельзя изменить создаваемую многими годами правовую систему.

Призывает воздерживаться от поспешных выводов и Председатель Конституционного Суда РФ В.Д. Зорькин,

<sup>21</sup> См.: Мкртумян А.Ю. Судебный прецедент в гражданском праве России и Армении. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук // [http://discollection.ru/article/23052011\\_mkrtumyanau](http://discollection.ru/article/23052011_mkrtumyanau)

<sup>22</sup> См.: там же.

<sup>23</sup> См.: Витрук Н.В. Конституционный Суд Российской Федерации и законотворчество // Современное состояние российского законодательства и его систематизация. М.; Тула, 1999.

<sup>24</sup> Морозова Л.А. Еще раз о судебной практике как источнике права // Гос. и право. 2004. № 1.

<sup>25</sup> См.: Верещагин А.Н. О значении Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 21 января 2010 г. № 1-П для судебной системы России // Вестник гражданского права. 2010. № 3.

<sup>26</sup> См.: Плешанова О., Пушкарская А. Судебный прецедент стал конституционным // <http://www.kadis.ru>

<sup>27</sup> Сасов К. “Кестроевская” проверка на прецедентоспособность // ЭЖ-Юрист. 2010. № 4.

высказываясь о принятом постановлении для формирования прецедентного права<sup>28</sup>.

Считаем более логичным предполагать, что принятое постановление есть планомерная реализация “заданного курса” по конвергенции судебного прецедента в отечественную систему права.

Поддерживая подобное направление развития, С.А. Софронова указывает, что суд есть полноценный субъект правотворческой деятельности, поскольку выносимые судебные акты влияют на изменения в действующем законодательстве<sup>29</sup>.

Сходных воззрений придерживается В.В. Ярков, считая, что “суды путем прецедентного регулирования способны оказать позитивное воздействие на становление новой правовой системы, выработку единых общих правил поведения в конкретных фактических ситуациях”<sup>30</sup>.

По мнению С.С. Алексеева “придание решениям высших судебных инстанций страны функций судебного прецедента представляется делом назревшим, вполне оправданным”<sup>31</sup>.

Идеи о необходимости правотворчества судебных органов были высказаны еще в трудах классиков отечественной правовой мысли. В частности, И.А. Покровский писал, что “закон и суд – не две противоборствующие силы, а два одинаково необходимых фактора юрисдикции. Оба они имеют

одну и ту же цель – достижение материально справедливого; закон для этого достижения нуждается в живом дополнении и сотрудничестве судьи...”<sup>32</sup>.

В современной литературе также указывается, что “отрицать значение прецедента как источника современного права – значит не видеть реальных изменений, происходящих в сфере правосудия”<sup>33</sup>.

Правомерен и вывод о независимости деятельности судебных органов. В противном случае, если суд зависит от исполнительной власти, говорить о судебном правотворчестве невозможно<sup>34</sup>.

Столь пристальное внимание и практикующих юристов, и теоретиков к рассматриваемой проблеме подтверждает сформулированный в юридической среде вывод о том, что “прецедент все более настойчиво пробивает себе дорогу в российской правовой системе”<sup>35</sup>. И, как представляется, наша задача состоит в том, чтобы в максимальной степени сократить это путь, признав судебную практику в качестве источника права, поскольку это, как справедливо замечает исследователь, “есть правомерный итог развития российского общества и будет способствовать максимальной реализации прав и свобод граждан”<sup>36</sup>.

<sup>28</sup> См.: Плешанова О., Пушкарская А. Указ. соч.

<sup>29</sup> См.: Софронова С.А. Понятие судебной практики как источника и формы российского права // [http://www.vipe-fsin.ru/journal\\_bulletin\\_of\\_the\\_institute/archive/magazine/05/09.pdf](http://www.vipe-fsin.ru/journal_bulletin_of_the_institute/archive/magazine/05/09.pdf)

<sup>30</sup> Ярков В.В. Юридические факты в механизме реализации норм гражданского процессуального права. Екатеринбург, 1992. С. 173, 174.

<sup>31</sup> Алексеев С.С. Теория права. М., 1994.

<sup>32</sup> Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права М., 1916.

<sup>33</sup> Пряхина Т.М., Розанова Е.В. Решения Европейского Суда по правам человека в правовой системе России // Вестник МГПУ. Серия “Юридические науки”. 2010. № 2. С. 83.

<sup>34</sup> См.: Мкртумян А.Ю. Указ. соч.

<sup>35</sup> См.: Гранат Н.Л. Источники права // Юрист. 1998. № 9.

<sup>36</sup> Смирнов Л.В. Деятельность судов Российской Федерации как источник права // <http://www.jurprofs.ru>