

УДК 340.14

Леонтьева Наталия Евгеньевна

Национальный исследовательский университет

«Высшая школа экономики»

Факультет права

Россия, Москва

[leontyevanathalie@gmail.com](mailto:leontyevanathalie@gmail.com)

Leontyeva Nataliya

National Research University

Higher School of Economics

Faculty of Law

Russia, Moscow

### **ЯВЛЯЕТСЯ ЛИ ПРЕЦЕДЕНТ ИСТОЧНИКОМ ПРАВА В РОССИИ?**

**Аннотация:** в статье обосновывается тезис о наличии в российской правовой системе такого источника права, как судебный прецедент. Исследуется наличие в актах высших судов всех признаков источника права в формально-юридическом смысле. Рассматривается нормотворческая функция судебной власти, ее роль в создании, изменении и упразднении правовых норм.

**Ключевые слова:** прецедент, источник права, правовая норма, нормотворчество, континентальная правовая семья.

### **IS THE JUDICIAL PRECEDENT A SOURCE OF LAW IN RUSSIA?**

**Annotation:** in the article the author substantiates that there is such a source of law as a judicial precedent in the Russian legal system. The presence of all signs of the source of law in the formal legal sense in acts of higher courts is investigated. The rule-making function of the judiciary, its role in creating, changing and abolishing legal norms is considered.

**Key words:** judicial precedent, source of law, legal regulations, rule-making, continental law system.

Прежде всего, следует определиться со значениями двух ключевых для обозначенной темы терминов – «прецедент» и «источник права».

Классическое определение термина «прецедент» было сформулировано в странах общего права, где под прецедентом понимается акт высшего суда по конкретному делу, в котором наряду с разрешением спора формулируется ранее не существовавшая правовая норма, становящаяся обязательной для этого же суда и для нижестоящих судов при последующем разрешении аналогичных дел [3, с. 322-323].

Не прекращающаяся до настоящего времени дискуссия о существовании в российской правовой действительности такого явления, как прецедент, обусловлена тем, что в континентально-правовых системах, к которым относится и российская, традиционно считается, что суды выносят решения на основе уже существующих правовых норм, сформулированных в законе или подзаконном акте. При этом суды не вправе сами формулировать новые нормы права, а лишь могут толковать уже существующие [3, с. 329-333].

Что понимать под термином «источник права»? Традиционно источник права рассматривается в трех смыслах: идеологическом, социологическом и формально-юридическом. В данной статье источник права будет рассматриваться в формально-юридическом смысле, а именно как «форма выражения государственной воли, направленная на признание факта существования права, на его формирование, изменение или констатацию факта прекращения существования права определенного содержания» [2, с. 35].

С учетом сформулированных значений терминов «прецедент» и «источник права» можно сформулировать вопрос, поставленный в теме статьи, следующим образом: существуют ли в российской правовой действительности такие акты высших судов, которые: 1) выражают государственную волю, 2) наряду с разрешением спора по существу содержат в себе формулировку ранее не существовавшей правовой нормы, 3) содержат такие нормы, которые

обладают общеобязательным характером (обеспечены государственным принуждением)?

Под актами высших судов понимаются при этом принятые по конкретным делам судебные акты Конституционного Суда Российской Федерации (далее – КС РФ) и Верховного Суда Российской Федерации (далее – ВС РФ), постановления Пленума и обзоры судебной практики ВС РФ, а также сохраняющие свою силу разъяснения Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (часть 1 статьи 3 Федерального конституционного закона «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «Об арбитражных судах в Российской Федерации» и статью 2 Федерального конституционного закона «О Верховном Суде Российской Федерации» от 04.06.2014 № 8-ФКЗ [8]). Относимость к исследуемому феномену обзоров судебной практики и постановлений Пленума обосновывается их производной от решений по конкретным делам природой – первые являются простыми компиляциями по тематическим критериям судебных актов по конкретным делам с деперсонифицированными фабулами, а вторые являются доведенными до максимального обобщения формулировками, выработанными ранее при рассмотрении конкретных дел.

1. Все суды в Российской Федерации осуществляют государственную власть (статья 11 Конституции Российской Федерации [5]; далее – Конституция), а значит, их акты выражают государственную волю. Это имеет и внешний символический атрибут, ведь и постановления КС РФ, и решения ВС РФ принимаются «именем Российской Федерации», что позволяет говорить о наличии у них первого признака источника позитивного права.

2.1. Отметим, что вопрос о фактическом наличии в актах высших судов сформулированных ими правовых норм необходимо отграничить от вопроса о наличии у судов полномочий на такую нормотворческую деятельность.

2.2. Что касается первого вопроса, то среди существующих судебных актов без труда можно обнаружить такие, в которых высшие суды создают новые правовые нормы, причем всеми возможными способами: посредством

упразднения существующей нормы, посредством изменения существующей нормы, посредством установления ранее не существовавшей нормы.

Нормы законов и других нормативных правовых актов могут упраздняться КС РФ в случае их противоречия Конституции (статья 79 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» от 21.07.1994 № 1-ФКЗ [6]; далее – ФКЗ «О КС РФ»), нормы подзаконных актов могут упраздняться ВС РФ в случае их противоречия федеральным законам (пункт 1 статьи 21 КАС РФ [12]). В постановлении, в котором признается неконституционным положение закона или в котором признается несоответствующим закону положение подзаконного акта, суд фактически формулирует норму: «Не применять норму X».

Изменение высшими судами ранее существовавшей нормы происходит, как правило, в процессе толкования уже существующей правовой нормы, в результате которого результат толкования может оказаться радикально отличающимся от истолкованного судом первоисточника. Примером может служить судебное толкование части 9 статьи 17.1 Федерального закона «О защите конкуренции» от 26.07.2006 № 135-ФЗ [13], первоначально обнаружившим себя в актах Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (абзац второй пункта 4.1 Постановления Пленума ВАС РФ от 17.11.2011 № 73 (в редакции от 25.12.2013) «Об отдельных вопросах практики применения правил Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре аренды» [17], а затем получившее поддержку ВС РФ при рассмотрении конкретных дел и утвердившееся в пункте 25 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 4 за 2017 год [18]. В результате данного толкования посредством замены содержащегося в законе словосочетания «договора аренды, указанного в частях 1 и 3» словами «договор аренды, заключенный в порядке, предусмотренном частями 1 и 3» суды радикально изменили смысл части 9 статьи 17.1, исключив из сферы ее действия договоры аренды, заключенные хоть и в соответствии с ранее действовавшим законодательством, но без проведения торгов. Для возврата

этой норме ее изначального смысла потребовалось внесение специальных изменений в часть 9 статьи 17.1, подтверждающих изначально заложенный в нее смысл (Федеральный закон «О внесении изменений в статью 17.1 Федерального закона «О защите конкуренции» от 27.12.2018 № 572-ФЗ [14]).

В ряде случаев суды в своих актах фактически создают новые нормы права. Примером может служить постановление КС РФ от 31.10.1995 № 12-П «По делу о толковании статьи 136 Конституции РФ» [16], в котором суд, толкуя статью 136 Конституции, вывел правило, что поправки к Конституции должны приниматься «в форме особого правового акта – закона Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации», хотя об этом законе в статье 136 не говорилось. Это постановление закрепило новую норму, на основе которой и были внесены все поправки к действующей Конституции.

2.3. Что касается вопроса о наличии у судов полномочий на осуществление нормотворческой деятельности, то основным аргументом противников признания таких полномочий выдвигается основанное на доктрине разделения властей отсутствие в российской правовой системе нормативно закрепленных полномочий судов осуществлять нормотворческую функцию [3, с. 320; 4, с. 171].

Однако давно доказано, что доктрина разделения властей в чистом виде не работает [3, с. 320-321]. Так, у исполнительной власти есть права издавать нормативные акты, у Президента – вершить правосудие, вынося решения о помиловании. У судов же можно наблюдать элементы нормотворческой функции.

При этом нельзя согласиться и с тем, что для таких полномочий не имеется нормативных оснований. Так, полномочия по признанию незаконными или неконституционными нормативных правовых актов прямо возложены на ВС РФ и КС РФ (см. выше). Кроме того, ВС РФ предоставлено право дачи разъяснений по вопросам судебной практики (статья 126 Конституции [5]), а КС РФ – право толкования Конституции (статья 125 Конституции [5]). Учитывая, что невозможно установить четкую границу между разъяснением

(толкованием) правовых норм и их изменением или формулировкой новых (а также отсутствие органа, компетентного констатировать переход такой границы ВС РФ или КС РФ), то при осуществлении указанных конституционных полномочий высшие суды вполне могут осуществлять и нормотворческую функцию. Представляется, что нельзя забывать и о таких институтах, как аналогия закона и аналогия права (ст. 6 ГК РФ [10]), используя которые, высшие суды также создают фактически новые правовые нормы.

3. Другим аргументом противников признания за судебными актами высших российских судов качеств прецедентов служит отсутствие правовых норм, предусматривающих обязательность актов высших судов при рассмотрении нижестоящими судами аналогичных дел. Дополнительным аргументом здесь также будет исключение из действующего законодательства ранее существовавших статьи 56 Закона РСФСР от 08.07.1981 «О судостроительстве РСФСР» [15], согласно которой «Руководящие разъяснения Пленума Верховного Суда РСФСР обязательны для судов, других органов и должностных лиц, применяющих закон, по которому дано разъяснение», а также части 2 статьи 13 Федерального конституционного закона от 28.04.1995 № 1-ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации» [7], согласно которой «по вопросам своего ведения Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации принимает постановления, обязательные для арбитражных судов в Российской Федерации».

Вместе с тем постановлениям КС РФ по делам о толковании статей Конституции законодательно придан обязательный характер (ст. 106 ФКЗ «О КС РФ» [6]). Получается, что если в таком постановлении фактически формулируется новая норма, то она получает общеобязательный характер. Постановления, признающие неконституционными положения законов и иных нормативных актов, являются общеобязательными, так как «неконституционные положения» законов и нормативных актов «утрачивают силу», следовательно, никто не может их применять.

Обязательный характер получили не только постановления КС РФ. Так, статья 311 АПК РФ [9] закрепляет, что определение или изменение практики применения правовой нормы в постановлении Пленума ВС РФ или Президиума ВС РФ являются основаниями для пересмотра дела по новым обстоятельствам. Аналогичная норма закреплена в статье 392 ГПК РФ [11]. Тем самым законодательно было закреплено положение о том, что толкование закона ВС РФ становится неотъемлемой частью правовой нормы [1, с. 96]. Учитывая, что ВС РФ в процессе формирования практики применения правовой нормы зачастую формулирует новую норму права, то такая норма также окажется обязательной в силу положений статьи 311 АПК РФ [9] и статьи 392 ГПК РФ [11].

Обязательность сформулированных в актах высших судов правовых норм обеспечивается и государственным принуждением. Согласно статье 11 Конституции [5] государственная власть в Российской Федерации осуществляется в том числе судами Российской Федерации. Значит, и государственное принуждение тоже может осуществляться государственными судами. При этом формой такого принуждения выступает возможность отмены ВС РФ судебных актов, принятых без учета сформулированных им правовых норм. В свою очередь КС РФ косвенным образом также осуществляет государственное принуждение, так как может признавать противоречащей Конституции ту или иную норму с учетом смысла, придаваемого ей «официальным и иным толкованием или сложившейся правоприменительной практикой» (статья 74 ФКЗ «О КС РФ» [6]).

Отвечая на вопрос, поставленный в теме статьи, следует констатировать, что в Российской Федерации существуют такие акты высших судов, которые обладают всеми признаками прецедента и источника права в формально-юридическом смысле, поэтому нет причин не признавать их в качестве источника права.

#### **Список литературы:**

1. Верещагин А. Н. Рывок к прецеденту: о постановлении КС РФ от 21.01.2010 № 1-П // Закон. – 2010. – № 3. – С. 89-96.
2. Общая теория права и государства: Учебник / Под ред. В. В. Лазарева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 1996. – 472 с.
3. Рожкова М. А. Судебный прецедент и судебная практика // Иски и судебные решения: Сборник статей. – М.: Статут, 2009. – С. 320-353.
4. Четвернин В. А., Юрко Г. Б. Судебные источники права // Ежегодник либертарно-юридической теории. – 2007. – № 1. – С. 154-184.
5. Конституция Российской Федерации // Справочная Правовая Система КонсультантПлюс.
6. Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» от 21.07.1994 № 1-ФКЗ // Справочная Правовая Система КонсультантПлюс.
7. Федеральный конституционный закон «Об арбитражных судах в Российской Федерации» от 28.04.1995 № 1-ФКЗ // Справочная Правовая Система КонсультантПлюс.
8. Федеральный конституционный закон «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «Об арбитражных судах в Российской Федерации» и статью 2 Федерального конституционного закона «О Верховном Суде Российской Федерации» от 04.06.2014 № 8-ФКЗ // Справочная Правовая Система КонсультантПлюс.
9. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации // Справочная Правовая Система КонсультантПлюс.
10. Гражданский кодекс Российской Федерации // Справочная Правовая Система КонсультантПлюс.
11. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации // Справочная Правовая Система КонсультантПлюс.
12. Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации // Справочная Правовая Система КонсультантПлюс.



13. Федеральный закон «О защите конкуренции» от 26.07.2006 № 135-ФЗ // Справочная Правовая Система КонсультантПлюс.

14. Федеральный закон «О внесении изменений в статью 17.1 Федерального закона «О защите конкуренции» от 27.12.2018 № 572-ФЗ // Справочная Правовая Система КонсультантПлюс.

15. Закон РСФСР «О судоустройстве РСФСР» от 08.07.1981 // Справочная Правовая Система КонсультантПлюс.

16. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации «По делу о толковании статьи 136 Конституции РФ» от 31.10.1995 № 12-П // Справочная Правовая Система КонсультантПлюс.

17. Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации «Об отдельных вопросах практики применения правил Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре аренды» от 17.11.2011 № 73 (в редакции от 25.12.2013) // Справочная Правовая Система КонсультантПлюс.

18. Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 4 за 2017 год, утвержденный Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 15.11.2017 // Справочная Правовая Система КонсультантПлюс.