

От автора

Приведенные сведения, полученные подчас опытным путем, подсказали, что эмпирия иногда важнее распространенных среди юристов представлений о «должном». Данный тезис соответствует духу правового реализма, который один способен дать правильное понимание действительного права — того, как судьи разрешают дела.

Соответственно этой идее ниже приводится социологическое исследование, направленное на выявление в отечественной правовой системе *stare decisis*.

Представляется, что полученные результаты полностью доказывают верность высказанных взглядов и необходимость исправления сложившейся доктрины, всячески отторгающей прецедент как релевантное для нашей правовой системы юридическое явление. Напротив, практика мыслит прецедентным правом, можно сказать, дышит им, с чем наука должна не просто считаться — она должна отталкиваться от этого обстоятельства как от непреложного факта. Только так наука будет двигаться в правильном направлении, да и двигаться вообще, раз для всякого движения нужна твердая отправная точка.

Приходится с сожалением признать, что роль прецедента недооценивается, а существующие исследования относятся к вопросу либо чересчур поверхностно (создается впечатление, что большинство авторов скорее проповедуют, нежели делятся результатами, к которым пришли на основании строгого научного анализа или практического опыта), либо с недостаточным вниманием к его практической стороне. Характерно, что еще несколько лет назад чуть ли ни один номер периодики не оставался без статьи по данной теме. Теперь же работ стало совсем мало, тема перестала быть модной.

На наш взгляд, мода должна подстегивать исследователей, но не может быть единственной причиной интереса к тематике. В этом плане прецедент заслуживает еще самого пристального внимания. Что и говорить, если в странах общего права, где прецедент является обыденностью, он продолжает привлекать внимание авторов.

Упразднение Высшего Арбитражного Суда РФ в 2014 г. является, безусловно, печальным событием для отечественного правопорядка. Страна лишилась государственной структуры, где среди традиционных форм находилось место для прогрессивного. Подчас неуверенно, негласно, почти исподтишка, но всегда верно. К сожалению, манера

оформления судебных актов вряд ли позволит оценить весь масштаб деятельности его судей¹.

Опыт ВАС РФ, однако, даже в том виде, в каком его сохранила для нас история, не должен оставаться в небрежении. В особенности для отечественных работ по прецедентному праву ВАС РФ дал значительное количество материала, из которого пытливым исследователем обязательно получит оригинальное, заслуживающее внимания и учета в практической деятельности знание.

Надеемся, что эта книга не только будет освежать в памяти юристов светлый образ смелой инновационной власти, но и откроет многим хорошо помнящим ВАС РФ, а также сохранит для многих, кто не успеет столкнуться со всем массивом его практики, далеко не самое очевидное в деятельности ВАС РФ, что легко исчезнет от пренебрежительного отношения к прошлому и легкомысленной увлеченности очередными модными проблемами, но что составляет подлинный памятник отечественной юриспруденции последних, в остальном, не многим выдающихся лет.

¹ Роман Бевзенко прекрасно проиллюстрировал, как выглядело бы идеальное постановление Президиума ВАС РФ: Летопись несбывшихся достижений // Макет постановления Президиума ВАС РФ по делу (https://zakon.ru/blog/2015/12/15/letopis_nesbyvshixsya_dostizhenij__maket_postanovleniya_prezidiuma_vas_rf_po_delu).

Введение

Целью настоящей работы является ответ на вопрос, из чего вытекает признание актов высших судов источниками права. На сегодняшний день не подлежит сомнению, что в любом правовом порядке, в частности в России, единообразии судебной практики — столь важное для правовой определенности — возникает не только и даже не столько вследствие деятельности законодателя, сколько усилиями судов.

В пользу такого вывода говорят следующие соображения.

1. Требование правовой определенности (как необходимое следствие принципов верховенства права, равной защиты прав человека и равного доступа к правосудию, равенства перед законом и судом), в частности стабильность регулирования и предсказуемость официальных правовых решений, предполагает единообразное толкование и применение законов всеми судами.

2. Единообразие судебной практики не может быть обеспечено одним только требованием законности, поскольку это требование лишь запрещает выходить за пределы закона (суду, как и всем публично-властным субъектам, запрещено все, что прямо не разрешено законом). Абстрактный характер закона оставляет возможность выбирать между различными альтернативами при толковании, делая его недостаточным для достижения правовой определенности. Другими словами, закону имманентно присуща та или иная степень неопределенности. Конкретизация закона органами исполнительной власти не может быть нормативной, поскольку может быть оспорена заинтересованными лицами в суде. Следовательно, необходимая для правовой определенности нормативная конкретизация закона обеспечивается в конечном счете судебной властью.

3. Единообразие судебной практики обеспечивается постольку, поскольку высший суд (высшие суды в пределах подсудности) добивается от нижестоящих судов определенного толкования и применения закона. Соответственно, оно достигается через следование прецедентным толкованиям закона нижестоящими судами (вертикальное *stare decisis*).

4. Там, где первичным источником права признается закон, прецеденты толкования следует рассматривать как вторичные по отношению к закону источники права. Это должны признавать судьи и с этим должна согласиться доктрина, противное приводило бы к отрицанию

необходимости единообразной судебной практики и правовой определенности.

Достижение указанной цели определяется следующими предположениями.

1. Независимо от того, к какой правовой семье относится национальная правовая система, какие в ней традиции, судебная власть вырабатывает свои механизмы, обеспечивающие правовую определенность¹. Следует ожидать, что и в современной России такие механизмы есть.

2. Следует ожидать, что в России в силу традиции континентального права решения высших судов фактически играют роль вторичных, конкретизирующих закон источников права и воспринимаются в этом качестве судьями и практикующими юристами. Если эта гипотеза подтверждается, то можно будет сделать вывод о правотворческом компоненте судебной практики.

3. Если предположить, что эти судебные источники права в равной мере действуют в России применительно к гражданским, административным и иным делам, то допустимо ограничить исследование практикой арбитражных судов по гражданским делам.

4. Полученные данные и их теоретическая интерпретация предположительно позволят опровергнуть теоретические положения, отвергающие правоустановительную роль судебной практики в России.

Материалом для работы выступают судебные акты арбитражных судов, в которых сформулированы нормативно-правовые позиции (прежде всего, Президиума ВАС РФ). Эти акты, имеющие последствия *erga omnes*, интерпретируются на предмет их функции обеспечения правовой определенности посредством анализа других актов арбитражных судов (прежде всего, федеральных окружных арбитражных судов Российской Федерации).

Настоящая работа состоит из двух частей – теоретической и практической.

Теоретическая часть работы состоит из четырех глав. В первой главе обосновывается конституционно-правовое значение единообразного применения и толкования норм права и вместе с тем рассматри-

¹ Сразу стоит отметить, что прецедент – явление сугубо национальное, со своими особенностями в каждом правовом порядке. Прецедент в Англии отличается от прецедента в США или в Германии: *Иванов А.А.* Речь о прецеденте // *Право. Журнал Высшей школы экономики.* 2010. № 2. С. 3–11.

вается проблема имманентной неопределенности законодательства как препятствие на пути единообразного правоприменения. Вторая глава сосредотачивает свое внимание на объяснении правотворческого компонента в судебной практике через различение первичных и вторичных источников права и нормативно-правовое позиционирование судебной власти. Вторичный источник права представляет собой нормативно-правовую позицию суда, образованную в результате интерпретации судом первичного источника права. В третьей главе анализируется содержание доктрины *stare decisis*. В четвертой главе описывается функционал высшей судебной инстанции при формировании единообразной судебной практики.

Практическая часть работы содержит в себе полевое исследование — нормативно-правовые позиции ВАС РФ проверяются на предмет их способности обеспечивать правовую определенность.

ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ ЧАСТЬ

Глава 1. КОНСТИТУЦИОННЫЙ ПРИНЦИП ПРАВОВОЙ ОПРЕДЕЛЕННОСТИ И ИММАНЕНТНАЯ НЕОПРЕДЕЛЕННОСТЬ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

§ 1. Конституционно-правовое обоснование необходимого для правовой определенности единообразия судебной практики

Значение для индивида предсказуемости юридических последствий собственных решений и действий само по себе несомненно. Такое предвидение позволяет быть уверенным в неизменности приобретенных прав и обязанностей, способствует вступлению в сделки, что, в свою очередь, происходит в интересах гражданского оборота, потому что это поддерживает кредит, кредит развивает экономику, а развитие экономики влечет рост благосостояния общества. Экономисты часто утверждают, что условием функционирования рыночной экономики выступают ясные, всем понятные и общие для всех «правила игры».

Очевидно, что предсказуемость юридических последствий совершения своих действий предполагает, что такие последствия, приобретенные права и обязанности будут стабильны, что, в свою очередь, означает недопустимость частого или произвольного изменения установленных «правил игры». В частноправовых отношениях идея «прочности гражданского оборота» подразумевает недопустимость резких, революционных изменений в регулировании. Предвидение последствий своих действий возможно при условии ясных и недвусмысленных «правил игры», таких, чтобы с ними можно было соотносить свое поведение¹.

Стабильность регулирования и предсказуемость официальных правовых решений являются составляющими принципа правовой определенности в практике Европейского Суда по правам человека.

¹ Несоблюдение данных требований к нормотворчеству грозит вообще уничтожить правопорядок. См.: *Fuller L.L. Morality of Law. New Haven and London, 1969. P. 63–81.*

Хотя в Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года (далее также Конвенция) принцип правовой определенности прямо не закреплен, он выводится Европейским Судом по правам человека как одна из важнейших составляющих принципа верховенства права¹. Следует отметить, что принцип правовой определенности проявляется в практике Европейского Суда по правам человека многоаспектно. Мы будем рассматривать только те его проявления, которые относятся к качеству права, к стабильности регулирования и предсказуемости официальных правовых решений.

Так, Европейский Суд по правам человека в решении по делу *The Sunday Times v. United Kingdom* (1979) указал, что одним из требований к качеству закона является конкретность его предписаний. Норма не может считаться «законом», если она не сформулирована с достаточной степенью точности, позволяющей лицу сообразовывать с ней свое поведение: лицо должно иметь возможность, получив при необходимости соответствующую консультацию, предвидеть в разумных пределах и применительно к конкретным обстоятельствам те последствия, которые может повлечь за собой данное поведение.

Вместе с тем предвидеть с абсолютной точностью соответствующие последствия не обязательно; опыт показывает, что это и невозможно. Хотя определенность формулировок весьма желательна, необходимо избегать чрезмерной жесткости, так как право должно оставаться способным подстраиваться под меняющиеся обстоятельства. Поэтому во многих законах используются термины, которые в большей или меньшей мере являются неопределенными, расплывчатыми. Их толкование и применение — задача судебной власти². В дальнейшем Европейский Суд по правам человека использовал эту позицию, в частности, в делах *Olsson v. Sweden* (1988), *Larissis and Others v. Greece* (1998).

Нужно сказать, что Конституционный Суд Российской Федерации зачастую обращается к европейскому стандарту качества закона для подтверждения, обоснования универсальности собственных правовых позиций в отношении правовой определенности. Так, в постановлении от 27 ноября 2008 г. № 11-П Конституционным Судом РФ был сделан вывод, что гарантированное Конституцией Российской Федерации равенство всех перед законом и судом, а также равноправие могут быть

¹ Eur. Court H.R. *Brumarescu v. Romania*, Judgment of 28 October 1999. Reports. 1999-VII. Para. 61; Eur. Court H.R. *Marckx v. Belgium*, Judgment of 13 June 1979. Ser. A. No 31. Para. 58.

² *Варламова Н.В.* Принцип правовой определенности в практике Европейского Суда по правам человека // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 2002. № 4 (41). С. 95.

обеспечены лишь при условии единообразного понимания и толкования нормы всеми правоприменителями; нарушение принципа формальной определенности норм, напротив, открывает неограниченное усмотрение в процессе правоприменения и неизбежно ведет к произволу, а значит — к нарушению принципа равенства при осуществлении конституционных прав и свобод, верховенства Конституции РФ и закона¹. При этом Конституционный Суд РФ отметил, что на необходимости соблюдения принципа правовой определенности настаивает в своих решениях и Европейский Суд по правам человека: закон во всяком случае должен отвечать установленному Конвенцией о защите прав человека и основных свобод стандарту, требующему, чтобы законодательные нормы были сформулированы с достаточной четкостью и позволяли лицу предвидеть, прибегая в случае необходимости к юридической помощи, с какими последствиями могут быть связаны те или иные его действия.

Закрепленный в ст. 19 Конституции РФ универсальный принцип юридического равенства (равенство всех перед законом и судом) и логически обусловленный им общеправовой принцип формальной определенности права предполагают, что закон должен быть понятным, точным и недвусмысленным. Иное означало бы возможность неоднозначного понимания и истолкования закона и, по сути, произвольного его применения, что сделало бы иллюзорным вытекающее из ст. 19 Конституции РФ во взаимосвязи со ст. 46 Конституции РФ равное право на справедливое правосудие, на эффективную и полную судебную защиту².

Итак, подход Конституционного Суда РФ также многоаспектен.

Во-первых, как уже отмечалось, принцип справедливости требует одинакового применения закона к лицам, находящимся в сходных ситуациях. В этом смысле принцип справедливости противостоит юридическому произволу. В связи с этим Конституционный Суд РФ неоднократно отмечал, что из конституционных принципов равенства и справедливости вытекает требование определенности, ясности, недвусмысленности правовой нормы, поскольку иное не может обеспе-

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 27 ноября 2008 г. № 11-П «По делу о проверке конституционности части второй статьи 5 Федерального закона «О минимальном размере оплаты труда» в связи с жалобами граждан А.Ф. Кутиной и А.Ф. Поварничиной» // СЗ РФ. 2008. № 51. Ст. 6205.

² Постановление Конституционного Суда РФ от 27 ноября 2008 г. № 11-П «По делу о проверке конституционности части второй статьи 5 Федерального закона «О минимальном размере оплаты труда» в связи с жалобами граждан А.Ф. Кутиной и А.Ф. Поварничиной».

чить ее единообразное применение, не исключает неограниченного усмотрения в правоприменительной практике и, следовательно, неизбежно ведет к произволу.

Другой аспект правовой определенности связан с недопустимостью произвольного изменения установленных «правил игры» и призван гарантировать стабильность правового статуса участников общественных отношений. Правовая определенность необходима для того, чтобы участники соответствующих отношений могли в разумных пределах предвидеть последствия своего поведения и быть уверенными в неизменности своего официально признанного статуса, приобретенных прав и обязанностей.

Так, Конституционный Суд РФ исходит из следующего. «Общеправовой критерий определенности, ясности, недвусмысленности правовой нормы вытекает из конституционного принципа равенства всех перед законом и судом, поскольку такое равенство может быть обеспечено лишь при условии единообразного понимания и толкования правовой нормы всеми правоприменителями»¹. «Из конституционных принципов равенства и справедливости вытекает требование определенности, ясности, недвусмысленности правовой нормы, поскольку иное не может обеспечить ее единообразное применение, не исключает неограниченное усмотрение в правоприменительной практике и, следовательно, неизбежно ведет к произволу»².

Из этих правовых позиций легко сделать вывод о том, что единообразное толкование и применение норм права охватывается понятием правовой определенности. Принцип правовой определенности имеет цель обеспечить участников соответствующих отношений возможностью точно спрогнозировать результат своих действий и в том числе дать надежду, что права данных лиц будут защищены, что при разрешении спора действия правоприменителя будут прогнозируемы и предсказуемы и не будут меняться от случая к случаю и от региона к региону. Этот принцип призван гарантировать стабильность. Судебная система, стремящаяся выполнять стабилизирующую функцию, создавать уверенность в справедливости и надежности законов, объективности и предсказуемости правосудия, также работает на принцип

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 25 апреля 1995 г. № 3-П «По делу о проверке конституционности частей первой и второй статьи 54 Жилищного кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданки Л.Н. Ситаловой».

² Постановление Конституционного Суда РФ от 13 декабря 2001 г. № 16-П «По делу о проверке конституционности части второй статьи 16 Закона города Москвы «Об основах платного землепользования в городе Москве» в связи с жалобой гражданки Т.В. Близинской».

правовой определенности, который, в свою очередь, является элементом принципа верховенства права¹.

И отдельно стоит отметить постановление Конституционного Суда РФ от 21 января 2010 г. № 1-П, ознаменовавшее новый этап в развитии отечественной юридической науки и практики. Конституционный Суд РФ этим своим знаменитым постановлением подтвердил возможность Высшего Арбитражного Суда РФ создавать обязательные для нижестоящих судов правовые позиции, аргументируя это в том числе со ссылкой на те же самые принцип равенства (равным должно воздаваться по-равному), правовую определенность и справедливость.

§ 2. Проблема неопределенности законодательства

К настоящему времени в зарубежной и отечественной науке утвердился бесспорный факт, что законодательное регулирование является имманентно неопределенным. Во-первых, это означает, что норма права может допускать несколько способов истолкования, применение которых может привести к разным или даже противоположным результатам. Во-вторых, это проявляется в коллизиях — противоречиях нескольких нормативных актов или правовых норм. В-третьих, это проявляется и в пробельной зоне — в отсутствии законоположения, которое можно было бы применить для защиты нарушенного субъективного права.

Проблема неопределенности законодательства имела со времен Юстиниана разные подходы к ее разрешению. Основной вопрос — это степень свободы суда интерпретировать текст закона. Известно, что Юстиниан запретил судам как-либо толковать его кодификацию вовсе, а в случае возникновения неясностей предписал обращаться непосредственно к нему. Аналогичный запрет существовал во Франции и в Германии до середины XIX в. А.Г. Карапетов применительно к Франции пишет: «...Сразу после Революции (в 1790 г.) французские суды были обязаны при возникновении вопроса, прямо не урегулированного в законе, каждый раз обращаться за разъяснениями к законодателю (система *référé*)... А это, по сути, означало лишение судов прав самостоятельного толкования и заполнения пробелов в революционных законах»². «Центральной точкой в этой системе взглядов являются

¹ Султанов А.Р. Правовая определенность в надзорном производстве ГПК РФ и практика Конституционного Суда РФ. М., 2007.

² Карапетов А.Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М., 2011. С. 11.

формализм и дедуктивизм, фиксирующие судебную функцию как чистое правоприменение. Судье не нужно решать, что будет являться лучшим решением, а нужно лишь определить, какая статья оказывается применимой, и, соответственно, какова воля закона¹.

С развитием капитализма в XIX в. становились все разнообразнее и сложнее общественные отношения, которые старое законодательство могло либо вовсе не предусматривать, либо не давать однозначного ответа о правильном их регулировании. Рано или поздно суды сталкиваются с фактическими ситуациями, которые не подпадали под существующие нормы. Формальное правоприменение становится затруднительным. Судебная методология, которая возможна при примитивных общественных отношениях, оказалась непригодной в бурно развивающихся экономических отношениях. Стало невозможным суду механически решать дела, используя формулу простого категорического силлогизма, где бóльшая посылка — норма права, а меньшая посылка — совокупность фактов из конкретных жизненных ситуаций (трафаретное приложение закона к фактическим обстоятельствам).

Все чаще у суда возникали вопросы, насколько применима и применима ли вообще та или иная норма права к той или иной совокупности фактов. Неизбежно появление так называемых, по выражению Дж. Раза², или «трудных дел», по выражению Р. Дворкина³, т.е. таких дел, в которых возникают вопросы, на «которые право не дает один-единственный допустимый ответ. Существует несколько законных решений, открытых для судьи, каждое из которых может быть оправдано в свете существующих правовых норм, моральных принципов или ценностей»⁴. Вместе с тем и само законодательство в силу ограниченных возможностей юридической техники либо неверного использования юридической техники или иных причин могло содержать неясности⁵ или противоречия двух или нескольких нормативных предписаний (коллизии).

Таким образом, сама практика доказала и подтвердила, что законодательное регулирование носит неопределенный характер, не может предусмотреть всех жизненных ситуаций и всегда будет опаздывать за развитием и усложнением общественных отношений. В такой ситуа-

¹ Каранетов А.Г. Указ. соч. С. 21.

² Raz J. The Authority of Law: Essays on Law and Morality. Oxford; New York, 1979. P. 183.

³ Dworkin R. Hard cases // Philosophy of Law and Legal Theory / Anthology ed. by D. Patterson. Blackwell Publishing Ltd, 2003. P. 148.

⁴ Вещцагин А.Н. Судебное правотворчество в России: сравнительно-правовые аспекты. М., 2004. С. 72.

⁵ То, что ясно, не нуждается в толковании (латинская поговорка).