

О некоторых теоретических вопросах прецедентной революции в России

М.В. Антонов,

доцент кафедры теории и истории права и государства
юридического факультета НИУ «Высшая школа экономики»,
кандидат юридических наук

В данной статье автор рассматривает теоретические проблемы, связанные с попытками ввести в российский правовой порядок принципы прецедентного права. Основная проблема, по мнению автора, состоит в различном понимании нормативности права в англо-американской и романо-германской правовых традициях. В рамках английского прецедентного права регулирование осуществляется преимущественно через создание казуальных правил; во втором случае правовое регулирование осуществляется через введение общезначимых норм. Некритическое использование термина «прецедент» для характеристики судебного правотворчества в России может привести к поверхностным аналогиям между российским и английским правом. Для описания такого правотворчества в теоретическом правоведении есть более корректные схемы и термины.

Ключевые слова: прецедент, общее право, прецедентная революция, нормативность.

В настоящей работе мы попробуем вкратце выявить те теоретические основания, на которых зиждутся суждения о необходимости преобразования российского судопроизводства по прецедентной модели англо-американской правовой семьи¹. Нормативность судебных актов как теоретическая проблема была изучена в ряде недавних работ отечественных правоведов², где проведены интересные и поучительные параллели между общим правом и современным российским правом, сделаны выводы о наличии элементов «прецедентного права» в России. Несомненно, в российском судопроизводстве можно найти общие правила и принципы, которые создают судьи в процессе разрешения дел и которые нередко определяют поведение лиц, не являющихся сторонами судебного спора, в рамках которого эти правила и принципы были провозглашены. На уровне профессионального юридического словоупотребления нет никаких препятствий к тому, чтобы эти нормы и принципы называть «прецедентами»³. Вместе с тем применение термина «прецедент» к разнородным правовым явлениям может привести как к ложным аналогиям, так и к ошибочным законодательным решениям.

Вошедшее в моду увлечение «прецедентами», на наш взгляд, обнаруживает нежелание заниматься серьезным теоретическим анализом сложнейшей проблемы, которую представляет нормативный характер судебных актов. Более легким путем кажется

использование броского термина «прецедент» с призывом полностью реформировать то, что кажется отсталым и неудачным в отечественной судебной системе. Однако между концепцией прецедента, лежащей в основе общего права, и концепцией нормативно-правового акта как основного источника права в романо-германской правовой традиции лежит огромное расстояние. И вопрос даже не в том, причислить ли прецедент к источникам права (с точки зрения юридической техники нет препятствий к этому — достаточно принять соответствующий нормативно-правовой акт наподобие законопроекта «О нормативно-правовых актах в Российской Федерации», включив в него соответствующую статью). Вопрос гораздо глубже — в различном понимании нормативности.

Норма в том понимании, которое принято в России и в других странах континентального права, предполагает аксиоматическую определенность содержания и условий применения правового предписания, вытекающих из него юридических последствий. Прецедентное мышление в странах англо-американского права строится на ином понимании правового предписания, которое рассматривается скорее как источник аргументации, как общая смысловая основа для нахождения конкретных правил разрешения споров⁴. Если принять предлагаемую А.В. Кашаниным и С.В. Третьяковым терминологию, то можно говорить о различии риторического,

¹ Логика этих суждений отражена в рамках наиболее громкого манифеста в защиту прецедентного права в России — речи А.А. Иванова на Третьих Сенатских чтениях, которая впоследствии была облечена в форму статьи (Иванов А.А. Речь о прецеденте // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2010. № 2). В этой речи сформулирована та ось, вокруг которой строятся суждения защитников и противников прецедентного права в России, хотя проблематика, очевидно, выходит за пределы, обозначенные в выступлении Председателя Высшего Арбитражного Суда России.

² Среди таких работ можно отметить: Загайнова С.К. Судебный прецедент: проблемы правоприменения. М., 2002; Верещагин А.Н. Судебное правотворчество в России: сравнительно-правовые аспекты. М., 2004; Марченко М.Н. Судейское правотворчество и судейское право. М., 2007.

³ См.: Зорькин В.Д. Современный мир, право и Конституция. М., 2010. С. 159–171; Галжиев Г.А. Феномен судебного прецедента в России // Судебная практика как источник права. М., 2000.

⁴ См.: Дворкин Р. О правах всерьез. М., 2004. С. 35 и далее. М.Н. Марченко небезосновательно отмечает, что «прецедент относится к весьма сложным и многогранным правовым явлениям, в значительной степени зависящим от исторических, социальных, политических и иных традиций, специфических условий существования правовой среды» (Марченко М.Н. Судебный прецедент: разнообразие понятий и многообразие форм проявления // Журнал российского права. 2006. № 6. С. 97).

проблемно-ориентированного стиля юридической аргументации в открытых правопорядках англо-американского типа, которому противопоставлен ориентированный на аксиомы стиль закрытых правопорядков романо-германского типа (это, разумеется, веберовские идеальные типы, поскольку в реальности правовые порядки разных стран содержат элементы обоих типов). В этом смысле «логика закрытой и аксиоматичной правовой системы в традиционном юридическом позитивизме отводит суду скромную роль учреждения, пассивно применяющего установленные законодателем правила, т.е. дедуцирующего конкретные предписания на основании общих норм»⁵.

Чтобы перестроить эту схему и в этом смысле совершить «прецедентную революцию», нужно изменить традиционную догматическую схему описания процесса правоприменения (как формально-логического процесса дедуцирования конкретных правоприменительных решений из общих норм), господствующую в умах большинства отечественных юристов. При этом нет особой разницы, кто создает эти общие нормы — законодатель или сами судьи: в обоих случаях задачей судьи, рассматривающего дело, является подведение конкретных фактических обстоятельств под общее правило (оно может быть закреплено как в законодательстве, так и в виде руководящих указаний на правовые позиции вышестоящих судебных инстанций). Эта правовая ментальность складывалась в нашей правовой культуре веками; заменить ее казуистичной техникой сходств и отличий, что характерно для мышления юристов на родине прецедентного права⁶, представляется задачей малореалистичной. Поэтому разговоры о прецедентах в России носят по большей части аллегорический характер. Опасение внушает тот факт, что эти аллегории используются для обоснования расширения правомочий высших судебных инстанций создавать нормы права. Само по себе такое расширение, возможно, и полезно в условиях низкого качества результатов деятельности законодательной власти в России, но обсуждение вопроса о целесообразности такого расширения лучше вести, не используя аллегории и безосновательные аналогии с англо-американским правом, не обращаясь к обсуждению достоинств и недостатков прецедента как такового⁷.

В этом аспекте используемый в современных дискуссиях в России термин «прецедент» предстает как своего рода идеологема, через которую транс-

лируется множество разнообразных смыслов — свобода судейского усмотрения, правомочие вышестоящих судов давать обязательные директивы нижестоящим, выведение нормы из аналогии с предшествующими решениями, правомочие судей создавать нормы права, средство обеспечения единообразия судебной практики и т.п. Использование этой и прочих идеологем при реформировании правового порядка представляется достаточно опасным делом, которое может принести вред, если здесь — как это и принято в идеологических спорах — исследование будет заменено обоснованием с точки зрения потребностей практики, запросов социальной жизни, удачного опыта других стран. Как справедливо подчеркивает Г.А. Гаджиев, «продолжать «прецедентную революцию», начавшуюся в России еще в середине 1990-х годов, без пополнения методологического багажа просто опасно»⁸. С трудом можно ожидать, что само по себе сравнение пределов судейского усмотрения и правомочий судей на нормотворчество в России и в других странах, вкупе с рассуждениями о том, если ли на Руси прецедентное право, принесет сколько-нибудь значимый теоретический результат⁹. Если таковым считать тщательное изучение источников обязывающей силы судебных актов, особенностей нормативного обязывания через судебные акты, пределов общеобязательности сформулированных в таких актах правил, границ судейской свободы при формулировании нормативных высказываний.

Такое изучение предполагает анализ нормативности права и нормативного содержания правоприменительных актов — анализ, которому уже были посвящены многие тома произведений ведущих правоведов XX в., среди которых можно назвать Г. Кельзена, Г. Харта, Р. Дворкина, М. Тропера. Содержание этих произведений, к сожалению, редко отображается на страницах дискуссий о прецедентах¹⁰, где делается акцент либо на идеологическом обосновании прецедентной революции в России, либо на сравнительно-правовом анализе «прецедентов» в разных странах, либо на изучении разрозненных положений прошлого и настоящего российского (и советского) законодательства о правомочии высших судов издавать указания, обязательные для нижестоящих судов.

Если согласиться с тем, что прецедент суть «решение суда, которому придается сила нормы права и им руководствуются при разрешении схожих дел»¹¹, то есть основания полагать, что вопросы,

⁵ Кашанин А.В., Третьяков С.В. Общетеоретические основания исследования проблем правоприменения // Правоприменение: теория и практика / отв. ред. Ю.А. Тихомиров. М., 2008. С. 42.

⁶ Мы не будем обсуждать вопрос о наличии прецедентного права в Древнем Китае, в средневековой России, в других странах и цивилизациях. Вопрос о прецедентном характере актов высших судебных инстанций России ставится преимущественно в аспекте внедрения институтов англо-американского права (соответствующим образом пропущенных через российские «фильтры»), что избавляет нас от необходимости исследования аналогичных феноменов в других правовых культурах.

⁷ К примеру, пользуясь категорией «правовой принцип». См.: Зорькин В.Д. Современный мир, право и Конституция. М., 2010. С. 113–158; Гаджиев Г.А. Конституционные принципы рыночной экономики (развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации). М., 2004.

⁸ Выступление Г.А. Гаджиева на международной научно-практической конференции «Модернизация правовых институтов: вызовы времени», 11.10.2012. URL: <http://www.hse.ru/news/avant/63634940.html>

⁹ См.: Петров К.В. «Прецедент» в средневековом русском праве (XVI–XVII вв.) // Государство и право. 2005. № 4. С. 78–83.

¹⁰ Разумеется, есть и счастливые исключения. Ср.: Ярославцев В.Г. Нравственное правосудие и судебное правотворчество. М., 2007.

¹¹ Марченко М.Н. Основные источники англосаксонского права: понятие прецедента // Вестник МГУ. Серия 11. Право. 1999. № 4. С. 26.

которые в отечественном правоведении сегодня обсуждаются под рубрикой «прецедентного права», более плодотворно могут исследоваться в ракурсе изучения специфических особенностей нормативности судебных актов¹², а не через полемику о том, стоит ли называть судебные акты высших инстанций прецедентами, судебским правом или как-то по-другому. Рассмотрение данной проблематики в контексте различных подходов к пониманию нормативности права позволяет уйти от малопродуктивных теоретических схем и от ошибочных аллегорий, навеянных некритическим использованием термина «прецедент».

По мнению его российских защитников, прецедентное право (понимаемое в смысле судебного нормотворчества) имеет множество преимуществ (большая свобода и независимость судей, большая предсказуемость судебных решений и т.п.), и при этом «нет серьезных теоретических возражений против реализации системы прецедентного права в России, поскольку достоинства прецедентов значительно превышают их недостатки»¹³. Рассуждения о теоретической состоятельности трансплантации прецедентов в российское право в чисто утилитаристской перспективе вызывает некоторое недоумение. Нет смысла спорить с тем (или, наоборот, принимать в качестве аксиоматической истины то), что современная система организации судопроизводства в России не является эталоном совершенства. Можно согласиться и с тем, что независимость судебной власти в России недостаточно обеспечена, а качество деятельности законодательной власти как на федеральном, так и на региональном уровнях оставляет желать лучшего. Но само по себе это фактическое положение дел не доказывает истинности суждений о пользе расширения пределов судебного нормотворчества. Да и не может доказать, если вспомнить закон Юма (запрет выведения суждений о должном из суждений о фактах).

Здесь нет нужды останавливаться на общих местах дискуссии о месте прецедентного права в России — насколько оно совместимо с принципом разделения властей, грозит ли оно обрушением иерархии источников права, заменима ли доктрина прецедента теорией толкования права, разработанной в советской и постсоветской правовой доктрине, приведет ли оно к судебскому произволу¹⁴. В данном отношении дебаты опять-таки ведутся преимущественно в сфере правовой идеологии («какое право нам нужно?», «нужно ли нам чужое право?», «плохо ли наше собственное право?»), что и нашло

отражение в полемике А.А. Иванова и Ю.К. Толстого на Третьих Сенатских чтениях. Основанная на возражениях Ю.К. Толстого критика прецедентного права представляется неубедительной: система разделения властей без проблем уживается с прецедентным правом на родине теории «сдержек и противовесов»; концепция источников права должна описывать существующую систему нормативно-правового регулирования, а не предписывать идеализированную структуру¹⁵; основанная на этатистских стереотипах советская и постсоветская теория толкования права не дает объяснения феноменам судебного и административного нормотворчества, да и по большей части не ставит перед собой такой задачи; судебский произвол весьма вероятен в странах, где закон считается основным источником права. Основанные на идеологических предпочтениях споры, как правило, не имеют особой теоретической ценности — это распространяется и на дебаты о том, хорошо или плохо для России прецедентное право, как нужно называть руководящие указания вышестоящих судебных инстанций. Такие вопросы отнюдь не лишены интереса, но имеют производное значение — они ценны лишь при условии, что уяснена та методологическая и терминологическая основа, на которой ведутся соответствующие дебаты. В этом отношении встает вопрос о том, правилен ли тот теоретический контекст, в котором начался и продолжается спор о российском прецедентном праве.

А.А. Иванов так определяет прецедентную проблематику: «Все зависит от отправной точки, начиная с которой исследователи определяют роль судебных актов во влиянии их на общественные отношения. Само слово «прецедент» или «непрецедент» не имеет принципиального значения»¹⁶. Аналогичная линия рассуждений содержится и во многих других работах сторонников «российских прецедентов». Трудно согласиться с логикой этих рассуждений. Если ключевые термины научного исследования столь аморфны, что выбор между ними не имеет «принципиального значения», можно усомниться в корректности такой терминологии. А правильная терминология — одна из важнейших основ методологии научного поиска, без которой такой поиск остается на уровне интуитивных догадок. Если нет разницы в том, как назвать правовые позиции и разъяснения высших судебных инстанций, то нет особого смысла тратить чернила на дебаты о «прецедентном праве» в России и вообще использовать в полемике о нормативной силе судебных актов термин «прецедент», столь плохо понят-

¹² Это не совсем то же самое, что «судейское нормотворчество», поскольку наличие у судебного решения нормативного эффекта еще не означает того, что выносящий решение судья творит норму, — такой эффект решение может обрести благодаря последующему использованию аргументов этого решения в других судебных делах либо вследствие доктринального толкования данных аргументов. Первоначальный судья в этом случае, строго говоря, творцом нормы не является, поскольку наделение вводимых им аргументов признаками нормативности осуществляется не самим этим судьей.

¹³ Иванов А.А. Указ. соч. С. 9.

¹⁴ Эти и некоторые другие моменты были озвучены в критическом ответе Ю.К. Толстого на цитируемое выступление А.А. Иванова в рамках Третьих Сенатских чтений.

¹⁵ См. замечательный анализ природы постановлений высших судебных инстанций России как «скрытых источников права»: Бурков А.Л. Статус Постановлений Пленума ВС РФ в законодательстве и судебной практике // Правоведение. 2011. № 5. С. 172–186, особенно С. 186.

¹⁶ Там же. С. 3.

ный юристам романо-германской правовой традиции¹⁷.

Рассуждения сторонников прецедентного права в этом аспекте строятся примерно по следующему алгоритму: (1) в России есть судебные решения, которые оказывают влияние на другие решения и на правовые отношения в целом; (2) неважно, как называть эти решения, прецедентами или нет; (3) нужно признать, что нормы права могут создаваться не только законами, но и судебными решениями; (4) признание таких «нормативных» решений полезно для судебной и правовой системы; (5) поэтому нам нужно признать прецедентное право в России; (6) и способствовать его распространению. Но если в суждении (2) отрицается необходимый характер термина «прецедент» для России, то появление в суждениях (5) и (6) «прецедентной» терминологии логически обосновательно¹⁸, а рассуждения вполне могли остановиться на пункте (4). Но весьма легко понять склонность правоведов к «прецедентной» терминологии. Если бы рассуждения остановились на вполне банальном пункте (4), то получилось бы не программное утверждение, а простой трюизм («судебные решения имеют авторитет, заставляющий судей и иных лиц считаться с изложенными в таких решениях аргументами»), с которым никто не стал бы особо и спорить. Не исключено, что туманность содержания и границ термина «прецедент» (и производных от него терминов наподобие «прецедента толкования») в немалой степени объясняет то, что данный термин составляет неизменную принадлежность аргументации, с помощью которой предлагается расширить полномочия судей, эксплицитно наделив их нормотворческой властью.

Попробуем вкратце разобраться, а что же в английской правовой доктрине означает это магическое слово, к которому неудержимо тянет сторонников судебных реформ в нашем отечестве. В наиболее доступном виде концепция прецедента проявляется в правиле «стоять на решенном» (*stare decisis*), т.е. в требовании держаться ранее принятого решения, точнее — тех норм и принципов, что ранее были созданы и применены судьями в процессе вынесения ими решения¹⁹. Каков же характер нормативности прецедентных решений английских судов? Известный советский теоретик права С.С. Алексеев удачно подмечает, что в «англосаксонском общем праве нормы в виде прецедентов вырастают непосредственно из судебных решений, причем судьи ориентируются не только на существующий прецедент... но и непосредственно на

неправовые критерии — разумность, справедливость и др.»²⁰. Англичанин Р. Кросс еще более определенно подмечает отсутствие юридической обязательности за решениями высших судов — обязанность следовать ранее принятым решениям вытекает из правовой доктрины, из давления общественного мнения представителей судейского корпуса²¹.

Кроме прочих особенностей английского прецедента можно указать то, что он не создает правовой обязанности для других судей, поскольку судья может не руководствоваться *ratio decidendi* по ранее решенному делу, если будет доказано, что это решение вынесено ошибочно, либо что между фактическими обстоятельствами по решаемому делу и по прецедентному решению есть такие различия, которые покажут судью существенными. Имея связывающую (*binding*) силу, правило прецедента обязывает судей лишь выявить, принять во внимание и оценить применимость *ratio decidendi* прецедентных решений к рассматриваемому делу, но не обязывает разрешить дело согласно с этим *ratio decidendi*: «Каждое судебное решение должно читаться применительно к конкретным фактам, указанным или предположительно указанным в этом деле, поскольку общеупотребительные выражения, которые можно найти в решении, относятся не ко всему праву, а вызваны и оправданы конкретными обстоятельствами конкретного дела»²².

Наиболее существенным элементом в решении является изложение аргументов (*ratio decidendi*), примененных к правовым вопросам, вытекающим из конкретных обстоятельств дела²³. В этом смысле правовая аргументация судьи и образует прецедент. Но эта аргументация мало напоминает то, что континентальный юрист привык понимать под нормой (общеобязательное правило поведения), поскольку она казуистична и не содержит общих правил, распространяющихся на неопределенный круг случаев. Поэтому присутствующие в судебном акте правовые аргументы не устанавливаются с той же механической однозначностью, с которой формулируются абстрактные правовые положения законов в континентальном праве; такие аргументы не извлекаются из судебного решения средствами дедуктивной логики по подобию приемов толкования права в романо-германской правовой традиции. Искусство нахождения *ratio decidendi* достаточно сложно, и до настоящего времени в среде английских юристов нет единогласия о том, как нужно извлекать правовые аргументы из судебного решения и как их переформулировать в общие понятия²⁴.

¹⁷ См. удачную попытку такого исследования без использования «прецедентной» терминологии: Мадьярова А.В. Разъяснения Верховного Суда Российской Федерации в механизме уголовно-правового регулирования. СПб., 2002 (там же в § 3 главы 1 см. удачную критику этой терминологии применительно к правовой системе России).

¹⁸ См.: «Просто суды выбрали определенную модель работы, и такая модель с неизбежностью влечет за собой прецедентность их правовых позиций» (Иванов А.А. Указ. соч. С. 7).

¹⁹ Кросс Р. Прецедент в английском праве. М., 1985. С. 25; Богдановская И.Ю. Прецедентное право. М., 1993. С. 22–23.

²⁰ Алексеев С.С. Право: азбука — теория — философия: Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 48.

²¹ Кросс Р. Указ. соч. С. 29.

²² Там же. С. 59.

²³ Уолкер Р. Английская судебная система. М., 1980. С. 206.

²⁴ См. об этом: Загайнова С.К. Указ. соч. С. 17 и далее. Не меньше трудностей поиск *ratio decidendi* представляет и для российских юристов (см. об этом: Гаджиев Г.А. *Ratio decidendi* в постановлениях Конституционного Суда Российской Федерации // Конституционное правосудие. 1999. № 2).

Тут важна не только и не столько неопределенность содержания прецедентного правила, невозможность объективного установления его значения (поскольку каждый последующий судья на основании своего субъективного усмотрения будет выводить из этого *ratio decidendi* то правило, которое по аналогии будет применимо или не применимо к рассматриваемому им делу), сколько отсутствие императивной нормы, которая обязывала бы судью применять тот или иной прецедент, да и вообще применять прецеденты как таковые. Хороший пример трансплантации «прецедентной философии» на континентальную почву дает практика Европейского Суда по правам человека, который не подчинен норме, обязывающей его следовать ранее принятым решениям, но «в интересах законной определенности, прогнозируемости и равенства перед законом Суд соглашается не отклоняться без достаточной на то причины от прецедентов, заложенных в предыдущих делах»²⁵.

Если мы попробуем изложить такое видение нормативного эффекта судебных актов в терминах отечественной теории механизма правоприменения (правового регулирования), то результат будет плачевным. В рамках командной (этатистской) теории права («право есть созданное или санкционированное государством общеобязательное правило поведения...»), являющейся оплотом большинства трудов о нормативности права советских и постсоветских правоведов, реализация права напоминает выполнение управленческих директив (с той лишь разницей, что они исходят от государства). Реализация права отграничивается от самого права как совокупности норм, санкционированных государством, и от правотворчества как процесса создания указанных норм. В рамках данной теории правоприменение по определению не может вести к созданию норм права, которые априорно заданы до начала процесса правоприменения²⁶. Если называть вещи своими именами (теми именами, которые для этих вещей предназначены юридической догматикой), то применительно к судебному праву речь идет не о чем другом, как о делегированном правотворчестве (в тех случаях, когда подобное правомочие судей на создание правовых норм выводимо из законодательства). Случаи, когда судьи сами формулируют для себя правомочия создавать нормы²⁷, с точки зрения этой теории вообще не находят себе никакого объяснения (если не брать во внимание попытки А.А. Белкина возвести судебное решение в ранг нормативно-правового акта через категорию «преюстициарности» и схожие попытки обойти проблему нормативности через введение новых терминов).

Те, кто смущается столь грубым, но последовательным выводом, предпочитают обращаться к более образной «прецедентной» терминологии («прецеденты толкования» и проч.), где под видом прецедента все равно фигурируют директивы высших судебных инстанций, которые по своей природе мало чем отличаются от обычных подзаконных актов. Так, Л.В. Лазарев полагает, что «...прецедентный характер акта конституционной юрисдикции означает, что выраженная в нем правовая позиция относительно конституционности конкретного акта или нормы является образом (правилом), которым должны руководствоваться законодательные, судебные и иные органы, должностные лица при решении вопросов в рамках своей компетенции»²⁸. Правовое должествование здесь мыслится на остиновский манер как обязанность совершать или не совершать действия под угрозой санкции. Поэтому неудивительно, что вопрос о том, входит ли судебная практика в число источников права в России, сводится к вопросу о наличии государственно-организованных санкций за нарушение зафиксированных в судебных актах правил поведения²⁹. Ключевым в данном ракурсе становится вопрос о том, можно ли наказать судей и других лиц за нарушение норм судейского (прецедентного) права³⁰, — вопрос, совершенно нерелевантный в современных западных теориях нормативности.

Каковы же альтернативы? Их, как было отмечено, в западной правовой теории немало. В качестве примера (одного из множества возможных) приведем чистое учение о праве, где сформулирована одна из наиболее влиятельных концепций нормативности права. Если понимать нормативность через призму динамического раскрытия правового порядка, как это предлагал Г. Кельзен, то отсылка к наличию прямых или косвенных санкций оказывается излишней для определения нормативного характера судебных актов. По мысли Кельзена, как правоприменители, так и обычные субъекты права, заключающие между собой сделки, участвуют в создании права. Степень такого участия может варьироваться в зависимости от меры автономии, предоставляемой общей нормой, из которой выводится компетенция правоприменителей или сторон сделки. Подобная автономия является неотъемлемой чертой права, поскольку содержание индивидуальной нормы не может быть полностью определено общей нормой, которая есть лишь рамка, заполняемая конкретным содержанием на стадии правоприменения. А это означает, что общие правовые тексты (конституция, законы и т.п.) не обладают заранее заданным, фиксированным значением, которое судье предстоит логически вывести из нормы и применить к конкретному делу.

²⁵ Де Сальвиа М. Прецеденты Европейского Суда по правам человека. СПб., 2004. С. 46.

²⁶ Наиболее внятно эта доктрина изложена: Черданцев А.Ф. Толкование права и договора. М., 2003.

²⁷ Как, например, решение Верховного Суда США по делу Мэрбери против Мэдисона либо решение Верховного Суда Израиля по делу банка *Mizrahi* против поселения *Migdal* (см. по этому вопросу: Барак А. Судейское усмотрение. М., 1999; Тропер М. Маршалл, Кельзен, Барак и конституционный софизм // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4).

²⁸ Лазарев Л.В. Правовые позиции Конституционного Суда России. М., 2003. С. 53.

²⁹ Лившиц Р.З. Судебная практика как источник права // Судебная практика как источник права. М., 1997.

³⁰ Соответственно можно ли считать «санкцией» отмену решения вышестоящей инстанцией, неблагоприятное решение против лица, которое руководствовалось законом и не принимало во внимание разъяснения судебной практики, прочие схоластические вопросы.

Кельзен утверждает, что «конкретное действие получает свой специфически юридический смысл, свое собственное правовое значение в силу существования некоторой нормы, которая по содержанию соотносится с этим действием, наделяя его правовым значением, так что акт может быть истолкован согласно этой норме. Норма функционирует в качестве схемы истолкования»³¹. Для Кельзена это подтверждается еще и тем, что судья или иной субъект права, применяющий общую правовую норму, всегда сохраняет свободу решить, подходит ли общая рамка правовой нормы для данного конкретного факта. В любом случае (находит ли судья такую правовую норму подходящей или неподходящей для данного факта) имеет место процесс правоприменения — само то, что судья расценивает некий факт как не связанный с условиями действия общего правового положения, означает создание индивидуальной нормы и одновременно применение этой нормы.

С этой точки зрения содержание решения суда невозможно дедуцировать из закона, равно как содержание конкретного закона невозможно дедуцировать из конституции — на каждой ступени правоприменения продолжается творческое конструирование норм права, причем акторы остаются свободны в конкретизации содержания норм. Так, Кельзен замыкает циркулярную схему описания действия права — в силу своей нормативной структуры право постоянно порождает себя само. Эта динамичная черта любого правового порядка означает единство процессов правотворчества и правоприменения — любой акт применения вышестоящей общей нормы одновременно означает создание нижестоящей индивидуальной нормы, и так далее вплоть до последнего акта фактического принуждения (к примеру, опись имущества приставом или заключение преступника в тюрьму).

Если принять кельзеновское видение этого процесса, то не имеется существенного различия между законодательством и судовождением: эти виды деятельности образуют элементы единого процесса. Различие между ними лишь количественное, а не качественное: законодатель имеет большую свободу усмотрения, чем правоприменитель. Относительное значение этих видов деятельности в данном процессе зависит от степени централизации правового порядка. Возможны централизованные правовые порядки, в которых законодатель стремится максимально ограничить свободу судебного усмотрения и прописывает общие нормы материального права с высокой степенью детализации. Возможны и децентрализованные правовые порядки, где законодатель ограничивает

себя указанием на процессуальные правила и общие принципы материального права, оставляя правоприменителю конкретизацию этих правил и принципов. Ну а большинство развитых правовых порядков представляют собой нечто среднее между этими двумя типами. Это можно сказать и о российском правовом порядке, где наряду с общими законодательными правилами есть положения (к примеру, п. 5 ч. 3 ст. 311 АПК РФ), позволяющие судебным органам «соучаствовать» в процессе нормотворчества, дополняя содержание общих правовых предписаний³².

Если использовать эту схему для объяснения обязывающей нормативной природы судебных актов, то нет никакой нужды обращаться к «прецедентной терминологии». Нормативная сила судебных актов здесь заключается не в мнимой прецедентности — до тех пор, пока в российском правовом порядке отсутствует нормативное предписание, обязывающее судью применять создаваемое другой судебной инстанцией юридическое правило, — а в самом содержании судебного процесса как конкретизации общих правовых положений. Приводя концепцию знаменитого австрийского правоведа в качестве примера теоретического решения проблемы нормативности судебных актов без отсылки к аллегориям с прецедентами, мы не имели в виду доказать то, что эта концепция является единственно верной, или то, что она лучше тех учений, с помощью которых современные российские правоведа пытаются объяснить прецедентную природу актов высших судебных инстанций нашей страны. За недостатком места мы не рассматриваем другие, не менее интересные теории, разработанные Рональдом Дворкиным, Джозефом Разом, Гербертом Хартом и другими мыслителями³³. В настоящем кратком очерке мы хотели лишь напомнить, что проблема нормативности права была одной из центральных проблем философии и теории права XX в., она продолжает оставаться таковой и в настоящее время. Нет нужды творить на пустом месте, пользуясь сомнительными аллегориями с прецедентным правом, интуитивно ища ответы в замкнутом круге, тогда как в распоряжении правоведов современности есть опыт, накопленный мировой теорией права в исследовании различных аспектов нормативности (действительности норм права)³⁴. Как подчеркивает К.В. Арановский, без четкого определения правовых понятий невозможна нормотворческая, правоприменительная деятельность и вообще профессиональная юриспруденция³⁵. И в этом смысле исследование используемой в современных дебатах о судебной реформе «прецедентной» терминологии имеет особое значение.

³¹ Чистое учение о праве Г. Кельзена. М., 1987. Вып. 1. С. 8.

³² Эту методологию можно применить и для анализа имплицитных полномочий органов, которые фактически выполняют функцию по конкретизации содержания правовых норм — к примеру, деятельности Секретариата Конституционного Суда РФ (ср. полемику по этой проблематике: Блохин П.Д. Деятельность Секретариата Конституционного Суда Российской Федерации по рассмотрению жалоб граждан и их объединений // Журнал конституционного правосудия. 2012, № 1. С. 14–22; Сивицкий В.А. О некоторых аспектах рассмотрения обращений в адрес Конституционного Суда Российской Федерации в предварительном порядке его Секретариатом // Там же. С. 23–28).

³³ См. весьма интересный анализ проблематики прецедентного права через призму правового учения Р. Дворкина: Верещагин А.Н. Заметки о судебном нормотворчестве // Сравнительное конституционное обозрение. 2007. № 2. С. 141–145.

³⁴ См.: Гаджиев Г.А. Онтология права. М., 2012. С. 188–277. Важность поиска ответа на «прецедентные» вопросы доказывает и появление в последнее время диссертационных исследований на эту тему (см.: Черкасова Е.В. Роль понимания права в формировании прецедентной практики: теоретико-правовое исследование: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006).

³⁵ Арановский К.В. Конституционная традиция в российской среде. СПб., 2003. С. 23.