

# Высший арбитражный суд не всегда создает прецедентное право

- Почему юристам и судьям так необходимы судебные прецеденты
- Насколько постоянна позиция Высшего арбитражного суда при разрешении аналогичных споров

**Жужжалов Михаил Борисович,**  
юрист адвокатского бюро «Егоров, Пугинский,  
Афанасьев и партнеры»  
[mikhail.zhuzhhalov@epam.ru](mailto:mikhail.zhuzhhalov@epam.ru)

**В** постановлении от 14.02.2008 № 14<sup>1</sup> Пленум ВАС РФ сделал два приращения. Во-первых, ВАС РФ (по его мнению, лишь постановлениями Пленума и постановлениями Президиума) определяет практику арбитражных судов. Во-вторых, судебная практика, наряду с законом, определяет решения судов.

Выходит, что ВАС РФ определяет решения арбитражных судов. Конституционный суд РФ в постановлении от 21.01.2010 № 1-П с такой постановкой вопроса согласился (с точки зрения соответствия Конституции РФ), но с оговорками в резолютивной части постановления. Судя по этим оговоркам, Конституционный суд РФ исходил из того, что определяющие судебную практику правовые позиции ВАС РФ могут иметь обратную силу.

Обратная сила связана с действием норм права во времени. Следовательно, Конституционный суд РФ исходил из того,

что правовые позиции ВАС РФ являются нормами права.

Смелостью наших судей стоит гордиться, но смелость не всегда позволяет прийти к правильным выводам. Мне кажется, далеко не все нюансы данного вопроса учитывались при формировании существующих взглядов на значение решений высших судов.

## **Источником общеобязательности решений высших судов не является то, что они высшие**

Общеобязательность невозможно вывести из иерархии судебных органов по двум причинам. Во-первых, вышестоящий суд не руководит деятельностью нижестоящих судов, тем более так, как это делают органы исполнительной власти. Вышестоящий суд лишь отменяет решения нижестоящих судов. Судьи независимы и подчинены непосредственно закону (ст. 120 Конституции

РФ), а не выполняют чьи-то приказы<sup>2</sup>. Если закон считать приказом, то судьи подчиняются только приказам законодателя. Поэтому какого-либо соподчинения органов, подобного тому, которое складывается в ветви исполнительной власти, судебная власть не знает.

Во-вторых, в отличие от иерархии органов исполнительной власти, иерархия судов не предполагает быстрого смещения судей, не выполняющих указания вышестоящих судов. То есть судьи независимы не только формально, но и политически.

Итак, судебная власть имеет децентрализованный характер. Поэтому неподчинение нижестоящего суда позиции вышестоящего, если эта позиция не повторяет содержания нормативных правовых актов, не является правонарушением.

Судьи не юридически, а политически заинтересованы в том, чтобы их решения не отменяли. Поэтому они ориентируются на решения вышестоящих судов не по юридическим причинам, а потому что по этим решениям они могут понять, при каких условиях их собственные решения могут быть отменены или оставлены в силе. Можно говорить о существенности стимулов, для того чтобы они ориентировались на эти решения (например, обратная зависимость премий или карьерного роста от числа отмененных решений), но не о юридической и тем более фактической обязанности.

«Неподчинение» правовым позициям вышестоящих судов может быть нарушением определенной культуры, складывающейся в судебном корпусе. Доктрина прецедента в своем основании — не что иное, как культура отмены решений нижестоящих судов вышестоящими судами, когда

эти решения логически не противоречат нормативным правовым актам. И решения высших судов при определенных условиях создают нормы этой культуры. Но это еще не нормы права.

### **Положения нормативных правовых актов и нормы права — не одно и то же**

Положение о том, что нарушение единообразия в толковании и применении арбитражными судами норм права является основанием для изменения или отмены в порядке надзора судебных актов, вступивших в законную силу (п. 1 ст. 304 АПК РФ), страдает внутренней противоречивостью.

Одно из свойств правовой нормы — ее формальная определенность. Обычно этот постулат понимается поверхностно: норма права должна быть определена формальным образом, то есть закреплена в письменном документе. Помимо того, что этот взгляд не учитывает, что формой существования нормы права может быть и деятельность (обычное право), он игнорирует и значение определенности правовой нормы как ее неотъемлемого качества, самостоятельного по отношению к ее формальному закреплению.

Норма, если она есть, всегда определена. Это аксиома, потому что с нормой соизмеряют свои действия; ею руководствуются, а не выбирают, как ее удобнее толковать. Но норма — это не то же самое, что положения нормативных правовых актов. Эти положения могут быть неопределенными, то есть допускать два и более толкования. Норма же неопределенной быть не может.

Очевидно, что положения нормативных правовых актов зачастую указывают лишь на те или иные элементы норм, которые

1 Вместе с постановлением Пленума ВАС РФ от 12.03.2007 № 17 отменено постановлением Пленума ВАС РФ от 30.06.2011 № 52.

2 Пункт 4 статьи 1 Закона Российской Федерации от 26.06.1992 № 3132-1 «О статусе судей в Российской Федерации» гласит о невозможности подотчетности.

нужно еще собрать воедино в рамках так называемого догматического анализа (вывести нормы права из содержания нормативного правового акта).

Например, положение «не убий». Это не норма, потому что из системного толкования всех положений следует, что данное положение не распространяется на случаи убийства животных и растений, убийство комбатанта в ходе военных действий и т. д. Поэтому при формулировании настоящей нормы необходимо учесть все указанные исключения, а «не убий» может составить лишь часть диспозиции.

Редкие положения сразу содержат в себе всю норму. Это и невыгодно с точки зрения законодательной техники, когда элементы, общие для всех создаваемых данным актом норм, можно вывести в отдельное положение. Такова большая часть тех «выведенных за скобки» положений, которые содержатся в общих частях кодексов, построенных по пандектной системе. Например, общий срок исковой давности в ГК РФ. В этом плане принципы являются не декларативными положениями, а положениями, в свете которых должны пониматься все остальные положения, из которых будут выводиться нормы в рамках догматического анализа.

### Ошибки в юридической технике

При составлении нормативных правовых актов возможны два рода ошибок.

Во-первых, создатель акта может забыть включить в него какое-либо положение, которое необходимо, чтобы норма права имела тот самый вид, который правотворческий орган имел в виду, когда принимал акт. Напротив, некоторые положения, включенные в текст нормативного правового акта, также могут придать норме такой вид, который его создатель не имел в виду. Цивилистика, как отечественная, так и мировая, никогда не различала недействительные и незаключенные договоры, как не различала так называемое рести-

туционное обязательство и обязательство вследствие неосновательного обогащения<sup>3</sup>. Между тем, создатели ГК РФ, допустив указанную ошибку, навели отечественных юристов на мысль, что это разные понятия. Вполне уверенно она опровергается сравнительно-правовым и историческим анализом, а также, как ни странно, логикой, тогда как использованные в ГК РФ положения позволяют ей существовать.

Во-вторых, положения нормативных правовых актов могут оказаться не вполне ясными, так что возможны два и более толкования данного положения. Третьи лица, которым адресован правовой акт, могут поэтому вывести из его положений две и более нормы, поскольку использование одного толкования позволяет вывести одну норму, а использование другого — другую.

Например, собственник нескольких зданий устанавливает ипотеку на два здания и заодно на земельный участок под ними, поскольку согласно статье 69 Федерального закона от 16.07.1998 № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)» ипотека зданий невозможна без ипотеки по тому же договору земельного участка, на котором они находятся. О судьбе других зданий в договоре ни слова. С точки зрения здравого смысла это договор ипотеки зданий, а ипотека земельного участка устанавливается «постольку поскольку», то есть, как в случае с лизингом земельных участков под сдаваемыми в лизинг зданиями<sup>4</sup>, земельный участок не является самостоятельным объектом ипотеки.

Таким образом, согласуется с существом сложившихся отношений признание оставшихся зданий не обремененными ипотекой. Однако формально на оставшиеся здания распространяется ипотека, поскольку в силу пункта 1 статьи 64 того же закона, если иное не предусмотрено договором, при ипотеке земельного участка право залога распространяется также на находящиеся на нем здания залогодателя. В результате перед нами две нормы, которые одинаково правдоподобно

можно вывести из приведенных положений.

Другой пример — статья 305 ГК РФ. Под лицами, «владеющими на ином законном основании» иногда понижают обладателей иных вещных прав, поскольку в той же статье перечисляются права хозяйственного ведения и оперативного управления<sup>5</sup>;

иногда — владельцев «в своем интересе», т. е. также арендаторов, ссудополучателей и т. д., но не хранителей, перевозчиков и т. д.<sup>6</sup>; иногда — лиц, владеющих на любом правомерном основании, в том числе на основании статьей 234 и 360 ГК РФ<sup>7</sup>.

В результате из данной статьи вывели три отличные друг от друга нормы.

Положения нормативных правовых актов, сформулированные так, что допускают два и более толкования, на практике предоставляют свободу усмотрения судам — свободу выбора, каким толкованием пользоваться<sup>8</sup>. Именно это может стать почвой для возникновения прецедентного права.

Возвращаясь к функции надзорной инстанции по обеспечению единообразия в толковании и применении норм права, мы обнаруживаем законодательно-техническую ошибку. Норму права нельзя применять не единообразно, поскольку она является определенной. Толкование положений, закрепляющих эту норму, не будет по сво-

## Доктрина прецедента в своем основании — не что иное, как культура отмены решений нижестоящих судов вышестоящими судами, когда эти решения логически не противоречат нормативным правовым актам

ему содержанию ничем отличаться от этих положений.

На самом деле в этой статье я имею в виду положения нормативных правовых актов, которые достаточно неопределенны, чтобы могли возникнуть два и более их толкования, то есть чтобы из одних и тех же положений выводились две и более нормы права. Норма права создается уже не этими положениями, она может создаваться единообразным их применением. Следствием этого является то, что источником общеобязательности правовых позиций является единообразное их применение, а не некое определение судебной практики какой-либо судебной инстанцией.

### Общеобязательность — результат самоограничения органа, обладающего свободой усмотрения

Право является результатом фактической деятельности государства. Концепции государства могут быть различными, что отра-

3 В пункте 2 статьи 167 ГК РФ описан классический случай уплаты недолжного: возврат исполненного осуществляется не на том основании, что сделка была недействительной, а на исполнении в отсутствие обязательства.

4 См.: постановление Президиума ВАС РФ от 16.09.2008 № 4904/08.

5 Краснова С. А. Вещные иски титульных владельцев // Журнал российского права. 2004. № 9.

6 Эрделевский А. М. О защите прав титульного владельца // Подготовлено для системы «КонсультантПлюс»; Рыбалов А. О. Владение арендатора и хранителя // Арбитражные споры. 2005. № 2.

7 Жужжалов М. Б. Понятия титульного и законного владения в российском гражданском праве // Закон. 2011. № 1. При этом исходит из того, что п. 2 ст. 234 ГК РФ (прямо упоминающий, кстати, право на владение титульных владельцев) дублирует содержание ст. 305 ГК РФ применительно к давностному владению.

8 См. на примере п. 7 ст. 3 НК РФ: Жужжалов М. Б. Презумпция добросовестности налогоплательщиков // Вестник ФАС МО. 2010. № 4. На примере ст. 415 ГК РФ: Жужжалов М. Б. Конструкции прощения долга в свете их налоговых последствий // Хозяйство и право. 2011. № 1.

жается на том, что признается правом. Но чтобы право фактически действовало, государство должно соблюдать нормы, названные им правовыми. Без правоприменительной деятельности право существует только в воображении людей (естественное право, политика права, доктрина и пр.).

Тем самым государство свободно в определении норм, которые оно будет соблюдать, но не свободно в выборе, соблюдать или не соблюдать нормы, названные им правовыми. Несоблюдение государством права равнозначно упразднению правопорядка в целом; несоблюдение им отдельных правовых норм является фактической утратой ими силы.

Особую значимость в связи с этим приобретают нормотворческие процессы, с помощью которых только и можно определить ту тонкую грань между, по существу, одинаковыми фактами: правонарушением и правотворчеством. Ведь новая норма не может отменить прежнюю, если между ними нет противоречия. Государственный орган меняет право постольку, поскольку эти акты находятся в противоречии с правом, действовавшим до их принятия.

Государство соблюдает те нормы, которые стали правовыми в результате его собственной деятельности. Одни государственные органы являются нормотворческими, другие — правоприменительными, но все это части государства, которое в целом должно соблюдать право, которое само же и создает. Тем самым право является результатом самоограничения государства, а значит, о действительном существовании права говорит не правотворческая, а правоприменительная деятельность.

Данный естественный взгляд на право был дискредитирован позитивистским (естественно-правовым в своей основе) мышлением, нашедшим твердую почву в централизации государства. В централизованном государстве механизм соблюдения приказов отточен: нижестоящие

органы неукоснительно повинуются вышестоящим, должностные лица, не выполняющие приказания, быстро снимаются со своих постов, а их места занимают те, кто может обеспечивать выполнение приказов. Здесь уже не нужно видеть, что за приказанием следует работа по исполнению этого приказания, не менее важная с точки зрения фактического действия приказа, чем доведение его до подчиненных. Юридически важным становится сам приказ — повеление, запрет, разрешение и т. д., а остальное — дело техники, социальных, экономических или иных фактических условий, но не юриспруденции. «Юридическое» начинает отделяться от «фактического», которое может либо соответствовать, либо не соответствовать «юридическому».

По одному повелению государства безотносительно к его соблюдению самим же государством можно теперь судить о состоянии права. Юриспруденция приобретает такой хронически оторванный от жизни характер, что в XX веке с юриспруденцией понятия начинают бороться, расширяя свободу усмотрения правоприменительных органов, например, вводя в нормативные правовые акты оценочные понятия (добросовестности, существенности нарушения и т. д.). Свобода усмотрения стала неотъемлемой особенностью современной правоприменительной деятельности.

Нормы, на основании которых осуществляется правоприменительная деятельность, могут содержаться в различных источниках. Прецедентное право, конечно, возникает там, где решение не принимается на основании иных источников права: его источником является свобода усмотрения правоприменительного органа. Общее право в этом плане возникло «на пустом месте» и применяется субсидиарно — поскольку иное не предусмотрено нормативными правовыми актами или местными обычаями<sup>9</sup>.

В то же время прецедентное право возникает тогда, когда оно останавливается ограничением этой свободы усмотрения. Решение, чтобы быть прецедентным, должно содержать в себе еще и отказ правоприменительного органа от той свободы усмотрения, которой он воспользовался, принимая данное решение.

Прецедент как источник права поэтому специфичен. Получается, что деятельность правоприменительного органа становится источником тех правил, по которым эта деятельность им осуществляется. Буквально — правоприменительный орган руководствуется своей прошлой деятельностью. Тем самым прецедентное право — это правила по осуществлению правоприменительным органом имеющегося у него дискреционного полномочия, не имеющие своим источником ничего, кроме его правоприменительной деятельности. О существовании и обязательности этих правил можно судить только по его же дальнейшей правоприменительной деятельности. Общеобязательность прецедента следует лишь из его единообразного применения.

Любой орган, обладающий свободой усмотрения, может создать свое прецедентное право, действие которого будет распространяться только на тех лиц, которые могут оказаться обязанными выполнять решения этого органа. В этом плане суды общей юрисдикции не обязаны руководствоваться практикой арбитражных судов, хотя бы Президиум ВАС РФ и относил свои правовые позиции к действующему праву.

“Шатание” практики не позволяет ей руководствоваться, поскольку никогда не известно, какую из занимавшихся ранее взаимоисключающих позиций суд займет в данном конкретном деле

### **Существует три условия признания решения прецедентным**

Осталось определить, какое применение правовой позиции можно считать единообразным и какое решение, содержащее такую позицию, является прецедентным. Условия признания применения единообразным являются в то же время и условиями для признания этой позиции нормой права<sup>10</sup>. На эти условия судам следует ориентироваться независимо от риторики вышестоящих судов.

Прежде всего, нужно оговориться, что единообразие возможно в пространстве и во времени. Назовем для удобства последний случай устойчивостью. Вот своеобразный тест на наличие нормы прецедентного права.

#### **Условие первое.**

#### **Правовая позиция возникла в рамках правоприменительной деятельности**

Правоприменительный орган обязан (здесь и далее — «обязан» ради создания прецедентного права) руководствоваться своими прошлыми действиями в данных обстоятельствах при возникновении аналогичных обстоятельств, а не оторванными от них суждениями. Так, судебное решение содержит вводную, описательную, мотивировочную и резолютивную части. Мотивировочная

9 Аналогично с субсидиарно действовавшим в Германии до вступления ГГУ в силу Общим правом (включавшим, в том числе, римское право, распространившееся, кстати, через суды и административные учреждения).

10 В том числе, полагаю, для целей применения положений о пересмотре судебных актов, вступивших в законную силу, по новым обстоятельствам.

часть может содержать как соображения, с которыми непосредственно связано содержание резолютивной части решения (*ratio decidendi*<sup>11</sup>), так и соображения, не являющиеся необходимыми для принятия решения (*obiter dictum*<sup>12</sup>), а потому не связанные с правоприменительной деятельностью.

Это — условие формирования прецедентного права, поскольку по нему можно отличить норму прецедентного права, создаваемую в процессе правоприменения, от нормы, создаваемой в рамках правотворчества. В этом плане абстрактное толкование, используемое нашими высшими судебными инстанциями, не создает норм прецедентного права. В рамках него создаются (в лучшем случае) нормативные правовые акты, а не прецеденты.

### Условие второе.

#### Устойчивость практики

Правоприменительный орган обязан руководствоваться своими прошлыми действиями (горизонтальное *stare decisis*<sup>13</sup>). «Шатание» практики не позволяет ему руководствоваться, поскольку никогда не известно, какую из занимавшихся ранее взаимоисключающих позиций суд займет в данном конкретном деле. Вот как описывает этот (чисто российский, а потому особенно ценный для нас) опыт Е.В. Васьковский: «...кассационные решения сената признаются обязательными не только для тех дел, по которым они состоялись, но и для всех однородных... Собственно говоря, от такого расширения власти сената не только не было бы беды, но даже можно было бы ждать большой пользы, если бы сенат постоянно проводил в своих решениях одни и те же начала. На самом же деле произошло совсем другое. Призванный водворять однообразие в судебной практике, сенат не сумел соблюсти однообразие в своих собственных решениях»<sup>14</sup>. «Шатающуюся» практику учитывают, но ей не руководствуются. Особенно когда суд несколько раз меняет свою позицию.

Устойчивость практики самого вышестоящего суда максимально приближает существующую долгое время правовую позицию к значению нормы права даже в странах, где прецедентное право не признается<sup>15</sup>.

Горизонтальное *stare decisis* поэтому накладывает на правоприменительный орган обязанность одинаковые дела разрешать одинаковым образом или прямо указывать основания, по которым похожие дела необходимо разрешить, руководствуясь разными правовыми позициями. Нарушение данного правила приводит к фактическому разрушению прецедентного права (это все равно, что государство откажется соблюдать нормы, названные им правовыми).

### Условие третье.

#### Единообразие в пространстве

Нижестоящие правоприменительные органы руководствуются прецедентами вышестоящих (вертикальное *stare decisis*).

Многие смотрят на это как на правило, накладывающее юридическую обязанность на нижестоящие суды соблюдать правовые позиции вышестоящих судов.

Это, как я указывал выше, неверно с точки зрения организации судебной власти и обусловлено влиянием позитивизма с его перенесением на судебную власть особенностей функционирования исполнительной власти, хотя многие ученые из стран общего права приняли именно такую точку зрения<sup>16</sup>. В США по этой причине прецеденты превращаются в нормативные правовые акты (теория судейского правотворчества). Консервативная Англия пока держится прецедентного права<sup>17</sup>.

Нижестоящие суды всегда будут политически заинтересованы применять позиции вышестоящих судов. Главный вопрос: когда они начнут это делать. Предыдущие два условия создают культуру отмены решений нижестоящих судов. Но нижестоящие суды могут ориентироваться не на нормы этой культуры, а на любые позиции

вышестоящих судов, в том числе не удовлетворяющие указанным условиям.

## Основа прецедентного права — решения нижестоящих, а не вышестоящих судов

Нижестоящие суды являются реальными творцами общеобязательности прецедентного права. И им решать, будет ли решение вышестоящего суда прецедентом или нормативным правовым актом.

Во-первых, они проверяют, основана ли правовая позиция на созданной нормативными правовыми актами свободе усмотрения. Если вышестоящий суд создает свободу усмотрения там, где она не представлена нормативными правовыми актами, он совершает правонарушение, а не создает прецедент.

Во-вторых, они определяют, создает ли вышестоящий суд именно прецедент, а не нормативный правовой акт. Если нет, они не руководствуются содержащимися в нем позициями как сказанным между прочим (как *obiter dicta*).

В-третьих, они определяют, обеспечивает ли вышестоящий суд устойчивость своей практики. Этим обеспечивается минимальное уважение к решениям нижестоящих судов: они не должны отменяться вышестоящим судом в тех случаях, когда основаны на его же позиции. Но этим же обеспечивается само существование прецедентного права, подобно тому, как правоприменительные органы, соблюдая нормы права,

### От автора:

Пленум ВАС РФ в постановлении от 30.06.2011 № 52 «О применении положений Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при пересмотре судебных актов по новым или вновь открывшимся обстоятельствам» разъяснил: позиция ВАС РФ, изложенная в постановлении, не указывающем на общеобязательность применения, учитывается судами со дня опубликования такого постановления при рассмотрении аналогичных дел. Такие формулировки используются для закрепления императивных норм.

обеспечивают существование правопорядка. Устойчивость практики, когда вышестоящий суд хочет в данном деле не применять ранее занятую позицию, обеспечивается такими действиями, как различение или признание занятой ранее позиции неверной.

Вышестоящий суд может предвосхитить данный тест. В его интересах указать на соблюдение им всех указанных условий (кроме третьего, разумеется) в собственном решении, чтобы нижестоящие суды не нашли оснований для несогласия с ним. Поскольку именно прецедентное право отвечает правоприменительному характеру деятельности судов, суды обязаны руководствоваться именно прецедентными решениями. **АП**

11 Основание решения — *лат.*

12 Сказанное между прочим, мимоходом — *лат.*

13 Есть разные переводы. Обычно — «стоять на решенном», иногда — «оставлять решенными» (в смысле оставлять решенными вопросы права, которые раньше уже решались, и не обсуждать и перерешать их снова).

14 Васильковский Е.В. Учебник гражданского права. М., 2003. С. 85–86.

15 Albaladejo M. Derecho civil I: Introducción y parte general. 15a ed. Barcelona, 2002. P. 133–137; Voirin P., Goubeaux G. Droit civil. T. 1. 32<sup>e</sup> éd Paris, 2009. P. 25, 27.

16 Р. Кросс отмечал, что во Франции появление прецедентного права затруднено отсутствием вертикальной иерархии в силу множества апелляционных судов и нескольких палат в самом Кассационном суде. См.: Cross R., Harris J.W. Precedent in English Law. 4th ed. N.-Y.: Oxford University Press, 1991. P. 12–13.

17 Теория оглашения (*declaratory theory*), первоначальная теория прецедентного права, подтверждена решением Палаты Лордов в *Kleinwort Benson Ltd. v Lincoln City Council* [1998] UKHL 38; [1999] 2 AC 349.