

## ТЕОРИЯ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА THEORY OF LAW AND STATE

DOI: 10.18287/2542-047X-2021-7-4-109-116



### НАУЧНАЯ СТАТЬЯ

УДК 340.142

Дата поступления: 01.09.2021  
рецензирования: 02.10.2021  
принятия: 28.11.2021

### Судебный прецедент как формальный источник права: теоретические вопросы

**М. Ю. Спирин**

Самарский национальный исследовательский университет имени академика С. П. Королева,  
г. Самара, Российская Федерация  
E-mail: smy@samaradom.ru

**Аннотация:** В статье осуществляется догматический анализ категории «судебный прецедент» как одного из видов формального источника права. Определяются значение и основные разновидности юридического прецедента. Конструкция судебного прецедента рассматривается через призму его развития в английском праве (common law и law of equity), анализируются содержательные особенности принципа stare decisis как фундаментальной основы обязательности применения судебного прецедента на практике. Предлагается универсальное определение судебного прецедента на основе анализа его сущностных признаков. Автор рассматривает категории ratio decidendi и obiter dictum в рамках структуры судебного прецедента и анализирует особенности их выявления. В статье произведено логическое соотношение судебного решения, судебной практики и судебного прецедента, рассмотрены основные виды судебного прецедента (обязательные, убеждающие, отвергнутые), их содержательные особенности и регулятивное значение. Производится сопоставление прецедента de jure и прецедента de facto, устанавливается значение прецедента толкования права в соотношении с конструкцией «правовая позиция высшего суда». Делается вывод о формировании российской доктрины судебного прецедента как на уровне общей теории права, так и в отраслях российского права.

**Ключевые слова:** формальный источник права; судебный прецедент; судебная практика; stare decisis; ratio decidendi; obiter dictum; прецедент толкования права.

**Цитирование.** Спирин М. Ю. Судебный прецедент как формальный источник права: теоретические вопросы // Юридический вестник Самарского университета. 2021. Т. 7, № 4. С. 109–116. DOI: <https://doi.org/10.18287/2542-047X-2021-7-4-109-116>.

**Информация о конфликте интересов:** автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

© Спирин М. Ю., 2021

Михаил Юрьевич Спирин – кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права и международного права, Самарский национальный исследовательский университет имени академика С. П. Королева, 443086, Российская Федерация, г. Самара, Московское шоссе, 34.

### SCIENTIFIC ARTICLE

Submitted: 01.09.2021  
Revised: 02.10.2021  
Accepted: 28.11.2021

### Judicial precedent as a formal source of law: theoretical issues

**M. Yu. Spirin**

Samara National Research University, Samara, Russian Federation  
E-mail: smy@samaradom.ru

**Abstract:** The article provides a dogmatic analysis of the category «judicial precedent» as one of the types of formal source of law. The meaning and main types of legal precedent are determined. The construction of the judicial precedent is considered through the prism of its development in English law (common law and law of equity), the substantive features of the «stare decisis» principle are analyzed as a fundamental basis for the mandatory application of the judicial precedent in practice. An universal definition of a judicial precedent based on the analysis of its essential features is proposed. The author examines the categories «ratio decidendi» and «obiter dictum» within the framework of the judicial precedent and analyzes the features of their identification. The article provides a logical relationship between a court decision, judicial practice and judicial precedent, considers the main types of judicial precedent (binding, persuasive, rejected), their substantive features and regulatory significance. A comparison between precedent «de jure» and precedent «de facto» is made, the value of the interpretation precedent in relation to the construction of the «legal position of the highest

court» is established. The conclusion about the formation of the Russian doctrine of judicial precedent is made both at the level of the general theory of law and in the branches of Russian law.

**Key words:** formal source of law; judicial precedent; judicial practice; stare decisis; ratio decidendi; obiter dictum; declaratory precedent.

**Citation.** Spirin M. Yu. *Sudebnyi pretsedent kak formal'nyi istochnik prava: teoreticheskie voprosy* [Judicial precedent as a formal source of law: theoretical issues]. *Juridicheskii vestnik Samarskogo universiteta* [Juridical Journal of Samara University], 2021, vol. 7, no. 4, pp. 109–116. DOI: <https://doi.org/10.18287/2542-047X-2021-7-4-109-116> [in Russian].

**Information about a conflict of interest:** the author declares that there is no conflict of interest.

© Spirin M. Yu., 2021

Mikhail Yu. Spirin – Candidate of Legal Sciences, associate professor of the Department of Theory and History of State and Law and International Law, Samara National Research University, 34, Moskovskoye shosse, Samara, 443086, Russian Federation.

Исходя из сложившейся в общей теории права терминологии, под формальными источниками права необходимо понимать внешние формы выражения норм объективного права; именно в этом качестве источник права (в формальном значении) тождественен внешней форме права «как понятию, отображающему набор способов *фиксирования уже произведенных источником права* норм» [1, с. 4]. Таким образом, юридические нормы содержатся (фиксируются) в различных формальных источниках, значение которых в конкретной национальной правовой системе определяется типом господствующей правовой традиции. Среди разных видов таких формальных источников права особое место занимает судебный прецедент. Категориально его стоит считать разновидностью юридического прецедента, который создается и обретает свою юридическую силу в особом порядке.

Как известно, юридический прецедент в целом представляет собой любое юридически значимое индивидуально определенное решение уполномоченного органа публичной власти либо соответствующего должностного лица этого органа, которое создает строго определенное правовое последствие для конкретного лица (нескольких конкретных лиц). Такой прецедент может иметь различную природу в зависимости от типа органа публичной власти или должностного лица, который его создает. Наиболее известными видами юридического прецедента считаются судебный, административный (управленческий) и процедурный прецеденты.

Концепция судебного прецедента основана на идее социального и юридического прецедента, т. е. на использовании в качестве юридической нормы индивидуально определенного юридически значимого для конкретного лица решения, которое в дальнейшем становится образцом (мерой) для всех подобных (схожих) ситуаций с участием иных лиц. Слово «прецедент» латинского происхождения, состоит из префикса *prae* («перед, пред») и глагола *cedere* («происходить, случаться»), в прямом смысле его можно перевести как «предпроисходящее» или «событие, которое уже произошло перед этим» (*praecedens, praecedentis*). Также, с точки зрения юристов, традиции «общего права» это правило формулируется как *like cases treated alike* («подобные дела рассматриваются подобным образом») [2, р. 132].

Судебный прецедент, с точки зрения ученого и судьи П. А. Гук, «это решение, принятое высшим судебным органом по конкретному делу, которое считается обязательным для других судов при рассмотрении аналогичных дел» [3, с. 41]. Он же, уточняя это определение, указывает: «судебный прецедент – это судебное решение высшего органа судебной власти по конкретному делу, вынесенное в рамках определенной юридической процедуры (судопроизводства), содержащее правовое положение (правовую позицию, принципы), опубликованное в официальных сборниках и обладающее императивностью применения для аналогичных дел в будущем» [3, с. 47]. С этим определением судебного прецедента стоит согласиться, уточнив, что он содержит в себе не просто некое «правовое положение», статус которого еще требуется уточнить и доказывать, а юридическую норму, в силу общеобязательности которой и сам судебный прецедент приобретает свойство формального источника права (формы права) [4, с. 92].

Судебный прецедент, который с исторической точки зрения (в качестве разновидности преторского интердикта) зародился в правовой системе Древнего Рима [5, с. 250], традиционно рассматривают в рамках английского права, в котором он развивался и совершенствовался на протяжении почти 1000 лет и к началу XIX века обрел свои классические черты [6, с. 113–114]. Известно, что после завоевания английского престола герцогом Вильгельмом Нормандским в 1066 году произошло образование единого Английского королевства и появление *common law* как права, общего для Южной Англии [7, с. 476–478]. Изначально это право было результатом симбиоза нормандских и староанглийских правовых обычаев, актов королевской власти и административных актов. Практически с самого начала возникновения *common law* в его создании и реализации стал иметь принципиальное значение один из принципов старого нормандского права, согласно которому обязательное для исполнения решение суда для конкретного лица могло стать в схожих будущих ситуациях обязательным и для других лиц. Этот принцип активно применялся еще со времен существования *Curia regis* и стал основой для прецедентной традиции английского права. Важно отметить, что с точки зрения генезиса английского права оно «изначально развивалось судами: прообраз парламента возник на 100

лет позже после основания королевских судов» [8, с. 164].

Как известно, «общее право», возникнув в Англии в XI–XII вв. и развиваясь далее в системе королевских (вестминстерских) судов, с XIV века было дополнено правом справедливости (*law of equity*), также выраженным в прецедентах судов лорда-канцлера; начиная с 1616 года эти системы прецедентного права в Англии действуют параллельно, достигнув исторического компромисса [9, с. 221–239]. Последующее развитие и совершенствование прецедентного права было связано в Британии главным образом с двумя происходившими событиями: развитием законодательства (статутного права) и реформами судебной системы, направленными на ее упрощение.

Таким образом, английское прецедентное право можно считать исторической «колыбелью» судебного прецедента, которое в силу известного устойчивого представления о т. н. «магросском образе жизни» жителей туманного Альбиона и «владычицы морей» Британской империи (территория которой в период ее расцвета занимала более 25 % от площади суши) развивалось по принципу регулирования социальных отношений «здесь и сейчас», формируя практику *case law*.

Одновременно с этим различные территории и народы, которые на протяжении XVII–XX веков находились под политическим, экономическим или прямым военным управлением Британской империи, восприняли принцип судебного прецедента, казуальности правового регулирования и закрепили его в своих правовых системах, постепенно обретая независимость от Британии в XVIII–XX столетиях. Вследствие этого судебный прецедент (*judicial precedent*) как олицетворение прецедентного права стал одним из главных символов и одновременно принципов организации правовых систем, относящихся к правовой семье англоязычного права (семье «общего права», системе англо-американского права) [10, р. 3–18; 8, с. 7, 160; 11, с. 16–28].

Традиция судебного прецедента, являясь господствующей в странах данной трансграничной правовой системы, активно воспринималась и другими системами, главным образом для использования судебного прецедента как вспомогательного (неофициального, вторичного источника права). По мере развития романо-германской правовой традиции (особенно в XX веке) идея судебного прецедента проникала как в законодательство, так и в юридическую практику многих стран, чьи правовые системы были исторически основаны на использовании закона как важнейшего формального источника права. Именно в этом смысле возникло представление о нормативности актов конституционных судов, правовых позиций иных высших судов национальных государств и отдельных обобщений их судебной практики.

С точки зрения догматики права судебный прецедент следует отличать от схожих понятий: от судебного решения (акта, казуса) и судебной практики.

Судебное решение (постановление или иной акт) – базовая категория для обозначения любого типа юридически значимого решения, выносимого единолично судьей или коллегиально судом по итогам рассмотрения конкретного дела (спора). Акт судебного правосудия, посредством которого осуществляется судебная власть как независимая ветвь публичной власти в соответствии с принципом разделения властей, выражен именно в судебном решении. В то же время судебное решение *a priori* не содержит в себе юридическую норму, поскольку (опять же по умолчанию) является индивидуальным правовым (правоприменительным) актом и роль его в абсолютном большинстве случаев сводится к решению какого-либо конкретного спора (казуса) в сфере публичного или частного права на основании абстрактных юридических норм, содержащихся в законах, со ссылками на эти законы. Данное судебное решение в соответствии с доктриной *res iudicata* имеет обязательное значение только для тех лиц (их субъективных прав и юридически значимых обязанностей), в отношении которых принято и вступило в силу это решение.

Судебная практика как явление состоит из этих решений, формируется на протяжении многих лет, имеет определенные тенденции развития и также сама по себе не является формальным источником права, даже в виде своих обобщений высшими судами (например, постановлениями Пленума Верховного Суда РФ). Важно отметить, что судебная практика может включать в свой состав судебные прецеденты, за счет их часть судебной практики может признаваться прецедентным правом. В то же время, исходя из достаточно общего, традиционно несколько «размытого» понимания судебной практики [12, с. 36; 4, с. 96; 13, с. 75–76], данное явление стоит употреблять в значении более крупной по отношению к судебному прецеденту конструкции.

В отличие от единичного судебного решения и суммы таких решений (судебной практики) судебный прецедент, во-первых, опирается на долговременную правовую традицию *case law* и, во-вторых, образуется в качестве формального источника права на основе этой традиции позже момента своего естественного возникновения. По сути, судебный прецедент изначально представляет собой ординарное судебное решение (как правило, одного из высших судов в национальной правовой системе [7, с. 552; 8, с. 22–23]) по конкретному делу, которое в дальнейшем, в случае обоснованной ссылки на него тем же по уровню юрисдикции или нижестоящим судом, получает своеобразную «вторую жизнь» уже в качестве юридической нормы, сформулированной индивидуально определенным способом. Таким образом, судебный прецедент А как формальный источник права возникает в тот момент, когда конкретное судебное решение В по схожему делу, опирающееся на этот прецедент со ссылкой на него, вступит в законную силу. Вследствие этого судебный прецедент можно рассматривать как «видоизменяющуюся» судебное ре-

шение, решение, обретающее характер юридической нормы [14, с. 218, 219].

Стоит также иметь в виду, что «в большинстве случаев прецедент создается не одним, а несколькими судебными решениями» [7, с. 560]. Судебный прецедент, по сути, является финальным звеном целой логической цепочки аналогичных дел, которая формируется судьями [8, с. 15]. Тем самым, судебный прецедент обозначает логический итог единства и устойчивости судебной практики (*settled jurisprudence*).

Как справедливо замечает М. Н. Марченко, «признание прецедента источником права дает возможность фактически творить право» [7, с. 498]. В то же время следует признать, что традиционная доктрина судебного прецедента определяет его не столько как акт правотворчества, сколько как акт «открытия» нового права судьей в конкретном деле [15, с. 109].

Теория английского судебного прецедента основана на действии принципа *stare decisis* («*stare decisis et non queta movere*», т. е. «стоять на решенном и не сдвигаться с него»), который обосновывает императивный характер данного формального источника права. Данный принцип (доктрина) обозначает «обязательность соблюдения прецедента (следования прецеденту)» (*rule of precedent*) [7, с. 539, 554–555; 6, с. 114; 9, с. 282]. В соответствии с этим принципом судья, вынесший в правовой системе традиции «общего права» судебное решение по конкретному делу, при возникновении в будущем похожего казуса в своей практике обязан вынести сходное решение (судебный прецедент как бы «связывает судью» в вопросе необходимости его применения, отсюда в англоязычной юриспруденции распространен термин *binding precedent*) [16, с. 25]. То же касается и судей нижестоящих судов, которые должны ориентироваться на судебные прецеденты вышестоящих судебных инстанций [14, с. 222]. Другое дело, что прецедентное право является весьма гибким и вследствие того, что социальные события и деяния в жизни редко повторяются на 100 %, допускает возможность любого судьи в любой момент отойти от кажущимся жестким правила *stare decisis* и разрешить дело с учетом новых обстоятельств, которые отсутствовали в ранее возникшем судебном прецеденте [14, с. 223; 17, с. 174; 18, с. 202].

Традиционным является применение в теории судебного прецедента таких категорий, как *ratio decidendi* и *obiter dictum* (*dicta*). Как правило, их рассматривают в качестве структурных частей (конструкций) судебного прецедента по аналогии с резолютивной и мотивировочной частями судебного решения. На самом деле соотношение между ними гораздо сложнее в силу того, что положения *ratio* при определенных обстоятельствах могут перейти в категорию *obiter*, а аргументация, выраженная в рамках *obiter* в силу принципиальной важности для другого похожего дела, может дорасти до качества *ratio* [8, с. 26]. Кроме того, эти конструкции не имеют ярко выраженных текстуальных форм и в дальнейшем (особенно это харак-

терно для *ratio decidendi*) определяются судьями в процессе толкования прецедентов. Поэтому данные категории следует рассматривать как логические конструкции судебного прецедента и в целом прецедентного права, границы между которыми до известной степени размыты.

Как указывает М. Н. Марченко, представление о судебном прецеденте как формальном источнике права, состоящем из этих основных структурных частей, «является наиболее устоявшимся и распространенным в системе общего права» [7, с. 558–559]. *Ratio decidendi* в узком смысле и есть сам судебный прецедент, точнее – юридическая норма, в нем содержащаяся [16, с. 52–61; 7, с. 557]. «Записанный разум» как термин, которым часто переводится соответствующее латинское выражение, характеризует само индивидуализированное решение суда по конкретному делу, а также принципиальную аргументацию вынесенного решения (правовую позицию). Следует согласиться с П. Г. Виноградовым также в том, что *ratio decidendi* есть в большей степени принцип, на котором основано вынесенное судом решение по конкретному делу [19, с. 148]. Это главное звено в выносимом судебном решении, «правовое установление» [7, с. 560], которое и обозначает юридическую (прецедентную) норму [8, с. 23–24]. Исходя из этого обстоятельства, часто можно встретить аргументированные утверждения о том, что судебным прецедентом следует называть именно данную часть судебного решения [20, с. 22]. В отличие от *ratio* термин *obiter dictum* («попутно сказанное») обозначает те условия и обстоятельства, под влиянием которых суд вынес решение, содержащееся в *ratio*. *Obiter* часто понимается в качестве доводов, обосновывающих необходимость принятия судебного решения [7, с. 558]. Следовательно, в отличие от мотивировочной части романо-германского судебного решения *obiter* предполагает оценку субъективных факторов деятельности суда, а не внимание, обращенное на объективно существующие абстрактные нормы законодательства. Отделение *ratio decidendi* как нормативного содержания прецедента от *obiter dictum* осуществляется логическим путем с применением специальных методик, описанных в догматике английского судебного прецедента (силлогизм или прием инверсии Ю. Уэмбо, методы А. Л. Гудхарта, Дж. Раза, Н. МакКормика); важнее всего в этом процессе итоговый вывод о существовании конкретной обязательной для последующего применения нормы, содержащейся в судебном прецеденте [9, с. 284].

Основные общие признаки судебного прецедента, с одной стороны, отличающие его от ординарных судебных решений, а с другой стороны, определяющие его уникальность в ряду действующих формальных источников права, убедительно обозначает М. Н. Марченко. Так, к важнейшим атрибутам судебного прецедента ученый относит: «порождение судебных прецедентов только высшими судебными инстанциями; их нормативный характер, проявляющийся в содержании прецеден-

та как общих норм, так и зарождающихся правовых принципов; общеобязательный характер прецедента как для нижестоящих судов, так и для всех иных государственных органов и должностных лиц; определенная связанность высших судебных инстанций своими собственными решениями; обнародование судебных решений прецедентного характера в бюллетенях или других официальных изданиях и в этом смысле – писанный характер прецедента; формирование и функционирование прецедента на основе действующего законодательства... ; выступление прецедента в качестве источника права; направленность прецедентов не только на более эффективное и квалифицированное рассмотрение судами конкретных дел, но и на устранение пробелов в праве и двусмысленностей в законах и других нормативных правовых актах» [6, с. 128].

Похожие «характерные признаки судебного прецедента, отличающие его от других источников права», выделяются в работе П. А. Гук [3, с. 42–43]. Здесь стоит обратить внимание на то, что в качестве первостепенных признаков указывается, что судебный прецедент может быть создан исключительно высшим органом судебной власти (который в том числе своим решением может подтвердить фактически созданный прецедент нижестоящего суда); судебный прецедент предполагает строго определенную юридическую процедуру; судебный прецедент является обязательным для правоприменительных органов (именно в силу содержания в своем составе юридических норм) и что судебный прецедент должен быть официально опубликован в специальном сборнике прецедентного права.

В дополнение к указанным признакам судебного прецедента следует добавить обоснованные Н. А. Подольской аспекты: прецедент создается в случае пробела в праве; прецедент имеет как ретроспективное, так и перспективное действие во времени; прецедент обладает высшей юридической силой, равной по значению силе закона [21, с. 151–152].

Судебный прецедент в силу применения критерия степени своей обязательности (юридической силы) традиционно подразделяется на обязательный (императивный, «связывающий») (*binding precedent*) и убеждающий (убедительный) (*persuasive precedent*).

Обязательный по своей природе прецедент исходит исключительно от высших судебных органов в рамках национального правопорядка, и отхождение от него может быть основанием для отмены соответствующего судебного решения. В то же время внутри этой категории прецедентов возможно деление на абсолютно обязательные и условно обязательные судебные прецеденты [22, с. 83]. Абсолютно обязательные судебные прецеденты можно определить в качестве ведущих или руководящих прецедентов (*leading precedent*), которые обладают в отношении судей наиболее высокой степенью авторитетности. Как утверждает А. М. Михайлов, «ведущим признается прецедент, в кото-

ром четко и логически стройно выражена судебная позиция, имеется согласие судей относительно основания решения и конечных выводов по делу; ... при признании прецедента ведущим принимается во внимание... реакция других... судов на такое решение – последовали ли они ему, или попытались отклониться от него» [18, с. 209]. При этом особое значение имеет позиция высших судов преимущественно следовать ведущему прецеденту.

Убеждающие суд прецеденты создаются нижестоящими судами и квазисудебными органами, а также судами различных стран «общего права» [9, с. 283; 18, с. 207–208]. С точки зрения П. А. Гука, убеждающие судебные прецеденты не содержат в себе правовой аргументации по предмету спора; их значение «проявляется в основном там, где суду приходится восполнять отсутствие законодательной регламентации» [3, с. 51–52]. По сути, убеждающие прецеденты как бы «обволакивают» твердую сердцевину «общего права» и применяются в необходимых случаях в соответствии с позицией вышестоящего суда; при этом, как в свое время писал П. Г. Виноградов, «обычно к ним относятся с уважением» [19, с. 145].

Категория отвергнутого прецедента, который выделяется в доктрине английского права, но не является в силу понятных причин формальным его источником, придает конструкциям видовой характеристики судебного прецедента дополнительную сложность. Отвергнутым (отклоненным) судебный прецедент считается в силу своей явной ошибочности с точки зрения суда, который решает вопрос о применимости этого прецедента в рассматриваемом деле (казусе); при этом такая явная ошибочность определяется как результат неверного понимания права [3, с. 53]. В силу этого обстоятельства вышестоящий суд вправе пересмотреть прецедент на предмет его применимости в данном деле (*overruling*) либо прямо признать его принятым по неосторожности или недосмотру суда (*per incuriam*), что, как справедливо указывает А. М. Михайлов, «делает невозможным его пространственное толкование по аналогии и по сути “мертвым”» [18, с. 202]. Другое дело, что такой «мертвый» прецедент, исходя из применяемой судьями техники различий, может восприниматься как «спящий», а значит, применимый в другом конкретном случае [15, с. 114].

Следует обратить внимание на традиционное подразделение судебных прецедентов на две категории в зависимости от наличия нормативного закрепления обязательности их применения на уровне закона: прецеденты *de iure* и прецеденты *de facto*.

Прецеденты первой категории иногда необоснованно отождествляются с понятием «юридический прецедент» (в то же время, как ранее уже было указано, это гораздо более объемное понятие), хотя лучше применить к ним обозначение «нормативно обусловленный судебный прецедент», поскольку такие прецеденты выступают формальными источниками права в силу прямого указания на обязательность их применения в актах законодательства, правовых обычаях данной

национальной правовой системы и устойчивой юридической доктрины, подтверждающей эту необходимость. В таком смысле, развернутом с точки зрения качества и количества формальных источников права, нормативно закрепляющих их обязательность, это именно прецеденты *de iure*, а не прецеденты *de lege lata*.

Прецеденты второй категории («фактические прецеденты»), с одной стороны, более распространены (в том числе и за пределами правовых систем стран «общего права»), с другой же стороны, сложнее в использовании, поскольку они опираются на сложившиеся обыкновения юридической практики, которые не включают в себя общеобязательных юридических норм, и отсутствие в законе правила об обязательном применении прецедента ставит правоприменителя в двойственное положение. С одной стороны, закон указывает ему на необходимость строгого и неукоснительного следования лишь нормам права, выраженным в законодательстве, но, с другой стороны, сложившаяся судебная практика требует сохранения своего единства и устойчивости именно в силу следования распространенным судебным прецедентам *de facto*. В связи с этим обстоятельством рассмотрение данного вида прецедентов вызывает большое количество споров у специалистов в вопросе их использования в условиях российской правовой системы.

В конечном итоге развитие прецедентного права и самой концепции судебного прецедента зависит от долговременно проявляющейся позиции высших судов, которые, выступая за единство правового регулирования в национальной правовой системе, могут отстаивать принцип обязательности принятия похожих судебных решений при совпадении социальных обстоятельств, наличие которых необходимо при вынесении нового решения. Многое также зависит от понимания того, как реализуется принцип разделения властей: известна традиционная аргументация ученых, которые отказывают суду в праве создания прецедента как формального источника права на основании того, что суд, являясь органом судебной ветви власти, не вправе вторгаться в полномочия законодателя и заниматься правотворчеством [23]. Понятно, что судебный прецедент *de iure* будет содержать в себе юридическую норму, другое дело, что наличие этой нормы и ее обязательность для этого суда и нижестоящих судов обнаружится не в момент принятия соответствующего судебного решения, а позже, по причине чего суд, если допустить возможность его правотворческих полномочий, принципиально отличается от парламента как законодателя. Также стоит учитывать различные по своему характеру задачи по формированию и эффективной реализации элементов национальной правовой системы, которые стоят перед законодательным и судебным органами публичной власти. Парламент создает право

как прескриптивное (предписывающее) явление на основании своего коллективного представления о том, как следует урегулировать возникающие в будущем социальные отношения. Суд в этом случае отличается от парламента своими дескриптивными юридическими возможностями, реализующимися в том числе на основе большей «погруженности» в социальную жизнь и явления, в ней происходящие. При этом их функции в правовой системе не противоречат, но дополняют друг друга.

В определенной степени уникальным является прецедент толкования права (интерпретационный или интерпретативный прецедент), который выступает средством развития как системы прецедентов *de iure*, так и «фактических прецедентов». В отличие от оригинальных (первоначальных, креативных) судебных прецедентов (*original precedent*), которые содержат в себе новые юридические нормы, регулирующие социальные отношения, прецедент толкования (*declaratory precedent*) разъясняет порядок применения уже существующей юридической нормы, которая нашла свое выражение в законе либо в другом судебном прецеденте [24].

Как представляется, именно прецеденты толкования норм права породили особую юридическую конструкцию под названием «правовая позиция высшего суда», которая в российской правовой системе чаще всего используется по отношению к постановлениям Конституционного Суда РФ. Правовые позиции, формируясь на стыке анализа закрепленных в нормативных правовых актах юридических норм и правоприменительного опыта конституционных судей, выражаются в особом типе правовых актов, который является по своему характеру своеобразным «гибридом» формальных источников права, сочетая в себе абстрактную определенность закона и казуальное происхождение судебного прецедента. При этом, говоря об обязательности этих позиций для последующего правоприменения, определяется их ограниченный характер нормативного воздействия как актов негативного правотворчества, поскольку Конституционный Суд обладает полномочиями признать недействующей норму конкретного закона, но не может внести в тот же закон принципиально новую юридическую норму [25, с. 126].

Таким образом, все предшествующие оценки и выводы позволяют говорить о том, что современная российская общая теория права постепенно вырабатывает устойчивую доктрину судебного прецедента, несмотря на известные практические сложности и негативные оценки ее способности к этому [26, с. 55]. По тому же пути постепенно следуют и отрасли российского права, доктринальное содержание которых развивается от постановки проблемы возможности использования судебного прецедента до выработки конкретных правил и рекомендаций его применения.

#### Библиографический список

1. Калинин А. Ю., Комаров С. А. Форма (источник) права как категория в теории государства и права // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2000. № 6 (233). С. 3–10. URL: <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=23112900>.

2. McLeod Th. I. *Legal method*. 3<sup>rd</sup> ed. London: MacMillan Press Ltd., 1999. 351 p.
3. Гук П. А. *Судебный прецедент: теория и практика*. Москва: Юрлитинформ, 2009. 128 с.
4. Лазарев В. В. Нормативная природа судебного прецедента // *Журнал российского права*. 2012. № 4 (184). С. 92–99. URL: <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=17667532>.
5. Мелконян А. А. К вопросу об истории английского судебного прецедента // *Инновационная наука*. 2016. № 5–2 (17). С. 250–254. URL: <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=25994785>.
6. Марченко М. Н. *Судебное правотворчество и судейское право*. Москва: Проспект, 2009. 512 с. URL: <https://bookree.org/reader?file=1214192>.
7. Марченко М. Н. *Источники права*. 2-е изд. Москва: Норма, 2014. 672 с.
8. Богдановская И. Ю. *Прецедентное право*. Москва: Наука, 1993. 239 с. URL: <https://znanium.com/read?id=358637>.
9. Давид Р., Жоффре-Спинози К. *Основные правовые системы современности* / пер. с франц. Москва: Международные отношения, 2020. 456 с. URL: [http://socio.isu.ru/ru/chairs/kr/sotrudniki/david\\_rene\\_osnovnyye\\_pravovyye\\_sistemy\\_sovremennosti.pdf](http://socio.isu.ru/ru/chairs/kr/sotrudniki/david_rene_osnovnyye_pravovyye_sistemy_sovremennosti.pdf).
10. Zander M. *The law-making process*. 6<sup>th</sup> ed. Cambridge: Cambridge university press, 2004. 517 p. URL: [https://assets.cambridge.org/97805216/09890/frontmatter/9780521609890\\_frontmatter.pdf](https://assets.cambridge.org/97805216/09890/frontmatter/9780521609890_frontmatter.pdf); [https://www.academia.edu/7890901/Michel\\_Zander\\_The\\_Law\\_Making\\_Process](https://www.academia.edu/7890901/Michel_Zander_The_Law_Making_Process).
11. Богдановская И. Ю. Судебный прецедент в странах «общего права»: особенности его развития // *Российское правосудие*. 2012. № 5 (73). С. 16–29. URL: <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=17710082>.
12. Туманов В. А. Роль судебной практики в развитии советского права // СССР – Франция: социологический и международно-правовой аспект сравнительного правоведения. Москва: ИГП АН СССР, 1987. 171 с.
13. Богдановская И. Ю. Эволюция судебного прецедента в «общем праве» // *Право. Журнал Высшей школы экономики*. 2010. № 2. С. 75–87. URL: <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=15229954>.
14. Саидов А. Х. *Сравнительное правоведение*. Москва: Норма, 2020. 320 с. URL: [http://www.adhdportal.com/book\\_3874.html](http://www.adhdportal.com/book_3874.html).
15. Романов А. К. *Право и правовая система Великобритании*. Москва: ФОРУМ, 2010. 288 с. URL: [https://vk.com/wall-89850005\\_14544](https://vk.com/wall-89850005_14544).
16. Кросс Р. *Прецедент в английском праве* / пер. с англ. Москва: Юрид. лит., 1985. 239 с. URL: [https://vk.com/wall-162816050\\_843](https://vk.com/wall-162816050_843).
17. Апарова Т. В. *Прецедент в современном английском праве и судебное правотворчество* // *Проблемы совершенствования советского законодательства: труды ВНИИСЗ*. Москва, 1976. Вып. 6. С. 173–185. URL: <https://naukaprava.ru/catalog/435/708/708190/52929>.
18. Михайлов А. М. *Сравнительное правоведение: судебная власть в правовой системе Англии*. 2-е изд. Москва: Юрайт, 2019. 355 с. URL: <http://librus.dobrota.biz/40yuridicheskie/173025-1-sudebnaya-vlast-v-pravovoy-sisteme-anglii-uchebnoe-posobie-dlya-bakalavriata-i-magistraturi-2-e-izdanie-rekome.php>; <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=41246103>.
19. Виноградов П. Г. *Очерки по теории права. Римское право в средневековой Европе* / под ред. У. Э. Батлера и В. А. Томсинова. Москва: Зерцало, 2010. 288 с. URL: <https://znanium.com/read?id=363276>.
20. Белых В. С. *Договорное право Англии: сравнительно-правовое исследование*. Москва: Проспект, 2017. 208 с. URL: <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=39541409>.
21. Подольская Н. А. К вопросу о понятии прецедента как источника права (общетеоретический аспект) // *Судебная практика как источник права*. Москва: Юристь, 2000. С. 150–152.
22. Цихоцкий А. В. Прецедентное право как объективная реальность // *Научные труды «Эдилет»*. 2000. № 1 (7). С. 82–92.
23. *Разделение властей* / отв. ред. М. Н. Марченко. 2-е изд. Москва: Изд-во МГУ; Юрайт-Издат, 2004. 428 с. URL: <https://scicenter.online/prava-gosudarstva-teoriya-kniga-scicenter/razdelenie-vlastey-ucheb-posobie-izd-pererabi.html>.
24. Данилюк С. Е. Место категории «источник права» – в музее юридического позитивизма // *Государство и право*. 2021. № 5. С. 68–80. DOI: <http://doi.org/10.31857/S102694520014846-1>.
25. *Источники и формы права в современной юридической науке* / под ред. Р. Л. Хачатурова. Москва: Юрлитинформ, 2021. 320 с. URL: <https://elibrary.ru/item.asp?id=46716033>.
26. Желдыбина Т. А. Судебный прецедент: современный взгляд // *Российское право: образование, практика, наука*. 2015. № 3. С. 53–56. URL: <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=24078270>.

## References

1. Kalinin A. Yu., Komarov S. A. [The form (source) of law as a category in the theory of state and law]. *Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedenii. Pravovedenie* [Proceedings of Higher Educational Institutions. Pravovedenie], 2000, no. 6 (233), pp. 3–10. Available at: <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=23112900> [in Russian].
2. McLeod Th. I. *Legal method*. 3<sup>rd</sup> ed. London: MacMillan Press Ltd., 1999, 351 p.
3. Guk P. A. *Sudebnyi pretsedent: teoriya i praktika* [Judicial precedent: theory and practice]. Moscow: Yurlitinform, 2009, 128 p. [in Russian].

4. Lazarev V. V. *Normativnaya priroda sudebnogo precedenta* [Normative nature of judicial precedent]. *Zhurnal Rossiiskogo prava* [Journal of Russian Law], 2012, no. 4 (184), pp. 92–99. Available at: <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=17667532> [in Russian]
5. Melkonyan A. A. *K voprosu ob istorii angliiskogo sudebnogo precedenta* [On the issue of the history of the English judicial precedent]. *Innovatsionnaya nauka* [Innovation Science], 2016, no. 5–2 (17), pp. 250–254. Available at: <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=25994785> [in Russian].
6. Marchenko M. N. *Sudebnoe pravotvorchestvo i sudeiskoe pravo* [Judicial legislation and judge-made law]. Moscow: Prospekt, 2009, 512 p. Available at: <https://bookree.org/reader?file=1214192> [in Russian].
7. Marchenko M. N. *Istochniki prava. 2-e izd.* [Sources of law. 2<sup>nd</sup> edition]. Moscow: Norma, 2014, 672 p. [in Russian].
8. Bogdanovskaya I. Yu. *Precedentnoe pravo* [Precedent law]. Moscow: Nauka, 1993, 239 p. Available at: <https://znanium.com/read?id=358637> [in Russian].
9. David R., Jauffret-Spinosi C. *Osnovnye pravovye sistemy sovremennosti. Per. s frants.* [Main modern legal systems. Translated from French]. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya, 2020, 456 p. Available at: [http://socio.isu.ru/ru/chairs/krs/sotrudniki/david\\_rene\\_osnovnye\\_pravovye\\_sistemy\\_sovremennosti.pdf](http://socio.isu.ru/ru/chairs/krs/sotrudniki/david_rene_osnovnye_pravovye_sistemy_sovremennosti.pdf) [in Russian].
10. Zander M. *The law-making process.* 6<sup>th</sup> ed. Cambridge: Cambridge university press, 2004, 517 p. Available at: [https://assets.cambridge.org/97805216/09890/frontmatter/9780521609890\\_frontmatter.pdf](https://assets.cambridge.org/97805216/09890/frontmatter/9780521609890_frontmatter.pdf); [https://www.academia.edu/7890901/Michel\\_Zander\\_The\\_Law\\_Making\\_Process](https://www.academia.edu/7890901/Michel_Zander_The_Law_Making_Process).
11. Bogdanovskaya I. Yu. *Sudebnyi precedent v stranakh «obshchego prava»: osobennosti ego razvitiya* [Case authority in common law countries: special features of development]. *Rossiiskoe pravosudie* [Russian Justice], 2012, no. 5 (73), pp. 16–29. Available at: <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=17710082> [in Russian].
12. Tumanov V. A. *Rol' sudebnoi praktiki v razvitií sovetskogo prava* [Role of judicial practice in the development of Soviet law]. In: *SSSR – Frantsiya: sotsiologicheskii i mezhdunarodno-pravovoi aspekt sravnitel'nogo pravovedeniya* [USSR – France: sociological and international-legal aspect of comparative jurisprudence]. Moscow: IGP AN SSSR, 1987, 171 p. [in Russian].
13. Bogdanovskaya I. U. *Evolutsiya sudebnogo precedenta v «obshchem prave»* [Evolution of the judicial precedent in the common law countries]. *Pravo. Zhurnal Vysshei shkoly ekonomiki* [Law. Journal of the Higher School of Economics], 2010, no. 2, pp. 75–87. Available at: <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=15229954> [in Russian].
14. Saidov A. Kh. *Sravnitel'noe pravovedenie* [Comparative jurisprudence]. Moscow: Norma, 2020, 320 p. Available at: [http://www.adhdportal.com/book\\_3874.html](http://www.adhdportal.com/book_3874.html) [in Russian].
15. Romanov A. K. *Pravo i pravovaya sistema Velikobritanii* [Law and the legal system of Great Britain]. Moscow: FORUM, 2010, 288 p. Available at: [https://vk.com/wall-89850005\\_14544](https://vk.com/wall-89850005_14544) [in Russian].
16. Cross R. *Precedent v angliiskom prave. Per. s angl.* [Precedent in English law. Translated from English]. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 1985, 239 p. Available at: [https://vk.com/wall-162816050\\_843](https://vk.com/wall-162816050_843) [in Russian].
17. Aparova T. V. *Precedent v sovremennom angliiskom prave i sudebnoe pravotvorchestvo* [Precedent in modern English law and judicial law-making]. In: *Problemy sovershenstvovaniya sovetskogo zakonodatel'stva: trudy VNIISZ.* Moscow, 1976, Issue 6, pp. 173–185. Available at: <https://naukaprava.ru/catalog/435/708/708190/52929> [in Russian].
18. Mikhailov A. M. *Sravnitel'noe pravovedenie: sudebnaya vlast' v pravovoi sisteme Anglii. 2-e izd.* [Comparative jurisprudence: judiciary system in the English legal system. 2<sup>nd</sup> edition]. Moscow: Yurait, 2019, 355 p. Available at: <http://librus.dobrota.biz/40yuridicheskie/173025-1-sudebnaya-vlast-v-pravovoy-sisteme-anglii-uchebnoe-posobie-dlya-bakalavriata-i-magistraturi-2-e-izdanie-rekome.php>; <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=41246103> [in Russian].
19. Vinogradov P. G. *Ocherki po teorii prava. Rimskoe pravo v srednevekovoi Evrope. Pod red. U. E. Batlera i V. A. Tomsinova* [Essays on the theory of law. Roman law in the medieval Europe. Butler U. E., Tomsinov V. A. (Eds.)]. Moscow: Zertsalo, 2010, 288 p. Available at: <https://znanium.com/read?id=363276> [in Russian].
20. Belykh V. S. *Dogovornoe pravo Anglii: sravnitel'no-pravovoe issledovanie* [English contract law: comparative law research]. Moscow: Prospekt, 2017, 208 p. Available at: <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=39541409> [in Russian].
21. Podolskaya N. A. *K voprosu o ponyatii precedenta kak istochnika prava (obshcheteoreticheskii aspekt)* [On the issue of the concept of precedent as a source of law (theoretical aspect)]. In: *Sudebnaya praktika kak istochnik prava* [Judicial practice as a source of law]. Moscow: Yurist", 2000, pp. 150–152 [in Russian].
22. Tsikhotskiy A. V. *Precedentnoe pravo kak ob'ektivnaya real'nost'* [Precedent law as an objective reality]. *Nauchnye trudy «Edilet»*, 2000, no. 1 (7), pp. 82–92 [in Russian].
23. *Razdelenie vlastei. Otv. red. M. N. Marchenko. 2-e izd.* [Marchenko M. N. (Ed.) Separation of powers. 2<sup>nd</sup> edition]. Moscow: Izd-vo MGU; Yurait-Izdat, 2004, 428 p. Available at: <https://scicenter.online/prava-gosudarstva-teoriya-kniga-scicenter/razdelenie-vlastey-ucheb-posobie-izd-pererabi.html> [in Russian].
24. Danilyuk S. E. *Mesto kategorii «istochnik prava» – v muzee yuridicheskogo pozitivizma* [Place of «source of law» category – in the legal positivism museum]. *Gosudarstvo i pravo* [State and Law], 2021, no. 5, pp. 68–80. Available at: <http://doi.org/10.31857/S102694520014846-1> [in Russian].
25. *Istochniki i formy prava v sovremennoi yuridicheskoi nauke. Pod red. R. L. Khachaturova* [Khachaturov R. L. (Ed.) Sources and forms of law in modern legal science]. Moscow: Yurlitinform, 2021, 320 p. Available at: <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=46716033> [in Russian].
26. Zheldybina T. A. *Sudebnyi precedent: sovremennyi vzglyad* [Judicial precedent: a modern perspective]. *Rossiyskoe pravo: obrazovanie, praktika, nauka* [Russian Law: Education, Practice, Researches], 2015, no. 3 (87), pp. 53–56. Available at: <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=24078270> [in Russian].