

МИНИСТЕРСТВО НАУКИ И ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
Федеральное государственное бюджетное
образовательное учреждение высшего образования
«Пензенский государственный университет» (ПГУ)

П. А. Гук

Основы судебного нормотворчества

Избранные труды

Пенза
Издательство ПГУ
2019

УДК 340.131.4

Г93

Гук, П. А.

Г93 Основы судебного нормотворчества : избранные труды /
П. А. Гук. – Пенза : Изд-во ПГУ, 2019. – 248 с.

ISBN 978-5-907185-80-7

В издание вошли ранее опубликованные работы, посвященные историческим, теоретическим и практическим аспектам судебного нормотворчества, его формам, элементам, которые, по мнению автора, не утратили своей актуальности в современный период развития судебной системы России.

Книга адресована научным работникам, преподавателям, аспирантам, магистрантам и студентам высших юридических учебных заведений, а также может быть полезна всем, кто интересуется тематикой судебного нормотворчества.

УДК 340.131.4

ISBN 978-5-907185-80-7

© Гук П. А., 2019

© Пензенский государственный
университет, 2019

СОДЕРЖАНИЕ

Предисловие.....	4
Об авторе	5
Судебный прецедент в России: теория и практика	8
Судебная практика как источник права.....	22
Судебное правоприменение: вопросы теории и практики	34
Судебная политика и практика в правовой системе России	40
Правовая позиция как форма судебного нормотворчества.....	47
Судебное нормотворчество: теория и практика	61
Судебное толкование норм права.....	223
Принцип единства судебной практики в российском судопроизводстве	231
Функция нормотворчества высших судов России	238

ПРЕДИСЛОВИЕ

Проблема применения действующего законодательства и связанная с этим нормотворческая деятельность судебных органов приобретают в современных условиях особенное значение. Судебная власть как одна из ветвей государственной власти в настоящее время осуществляет не только правосудие, но и функцию своеобразного судебного нормотворчества.

В связи с этим подготовка тематического издания побудила автора объединить ранее опубликованные работы по теоретическим, историческим и практическим аспектам судебного нормотворчества, его формам, элементам в единый научный труд под названием «Основы судебного нормотворчества».

Следует отметить, что основной источник права – нормативный правовой акт – недостаточно оперативно и точно регулирует динамично развивающиеся общественные отношения. В таких случаях важная дополнительная регулирующая роль ложится на судебную практику и прецедент, основные формы судебного нормотворчества.

Судебный прецедент и судебная практика являются составной частью любой правовой системы. Изучение прошлого и настоящего этих институтов необходимо для более глубокого понимания природы судебного нормотворчества, определения возможностей развития вместе с другими источниками права, повышения эффективности их создания и применения при регулировании общественных отношений.

За сравнительно небольшой промежуток времени судебное нормотворчество активно включилось в механизм правового регулирования общественных отношений, а поэтому научный и практический интерес к данному правовому явлению не утратил своей актуальности и в настоящий период.

ОБ АВТОРЕ

Гук Павел Александрович родился 17 сентября 1959 г. в г. Мелитополе Запорожской области, Украина. В 1975 г. после 8 классов средней школы поступил в Мелитопольский автомоторный техникум. По окончании техникума работал в Запорожском ПНУ-233. С 1980 по 1982 г. проходил службу в рядах Советской Армии. В 1982 г. по результатам вступительных экзаменов зачислен в Саратовский ордена «Знак Почета» юридический институт им. Д. И. Курского (ныне – Саратовская государственная юридическая академия).

В 1986 г. окончил Саратовский юридический институт им. Д. И. Курского и начал свою трудовую деятельность в Пензенском районе в должности инспектора отдела Пензенского райисполкома, а затем юрисконсульта. 22 июня 1987 г. населением Пензенского района избран народным судьей Пензенского районного народного суда, проработал в данном суде судьей, председателем суда. Указом Президента РФ от 28 октября 2013 г. назначен судьей Пензенского областного суда, с марта 2015 г. – почетный судья в отставке. Награжден ведомственной медалью «За безупречную службу».

Наряду с практической работой в судебной системе РФ занимался научной и преподавательской деятельностью.

В 2000 г. прикреплен соискателем кафедры теории государства и права Саратовской государственной академии права, научный руководитель – заслуженный деятель науки РФ, доктор юридических наук, профессор Н. И. Матузов. В июне 2002 г. П. А. Гук защитил кандидатскую диссертацию на тему «Судебный прецедент как источник права».

С 2002 г. начал преподавать правовые дисциплины на юридическом факультете Пензенского государственного педагогического института им. В. Г. Белинского. В 2006 г. – доцент кафедры государственно-правовых дисциплин юридического факультета Пензенского государственного университета. В октябре 2008 г. присвоено ученое звание доцента по кафедре государственно-правовых дисциплин.

В 2011 г. прикреплен соискателем для подготовки докторской диссертации в сектор теории права и государства Института

государства и права РАН. В ноябре 2012 г. в диссертационном совете при Институте государства и права РАН защитил докторскую диссертацию на тему «Судебная практика как форма судебного нормотворчества в правовой системе России: общетеоретический анализ».

В феврале 2013 г. избран на должность профессора кафедры государственно-правовых дисциплин, с 1 сентября 2015 г. – профессор кафедры правосудия Пензенского государственного университета. В январе 2018 г. избран на должность профессора кафедры правосудия.

Павел Александрович Гук – специалист в области общей теории права и государства, автор более 140 научных работ, из них 4 монографии: «Судебный прецедент как источник права» (Пенза, 2003); «Судебное нормотворчество: теория и практика» (Пенза, 2009); «Судебный прецедент: теория и практика» (Москва, 2009); «Судебное нормотворчество: теория и практика» (2-е изд., доп. Саарбрюккен (Германия) : LAP LAMBERT Academic Publishing GmbH & Co, 2012). В соавторстве с д.ю.н., профессором В. И. Анишиной подготовлено учебное пособие «Правовые основы судебной власти в Российской Федерации» (Москва, 2015). Участвовал в коллективных монографиях и учебниках: «Частно-правовые отношения в условиях глобализации: проблемы теории и практики» (Саарбрюккен, Германия, 2012); «Судебная политика: теория и практика» (Пенза, 2013); «Правовая политика. Право. Правовая система» (Москва, 2013); «Образцы процессуальных документов: судебное производство : практическое пособие» (Москва, 2014); «Суд как субъект правовой политики» (Москва, 2014); «Теория государства и права» (Санкт-Петербург, 2015); «Теория государства и права в науке, образовании, практике» (Москва, 2016); «Судебная реформа в России на рубеже XX–XXI веков» (Москва, 2017).

Принимает участие и выступает на международных научно-практических конференциях, круглых столах, форумах, проводимых в Российском государственном университете правосудия, Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, Саратовском филиале Института государства и права РАН, Нижегородской академии МВД РФ, Саратовской государственной юридической академии.

Научные результаты публикуются в сборниках, коллективных монографиях, в журналах: «Государство и право», «Вестник СГАП», «Журнал российского права», «История государства

и права», «Правовая политика и правовая жизнь», «Правоведение», «Право и государство: теория и практика», «Российское правосудие», «Российская юстиция», «Современное право», «Законы России: опыт, анализ, практика», «Известия высших учебных заведений. Поволжский регион. Общественные науки», «Юридическая техника» (ежегодник), «Lex Russica».

Ведет подготовку научных кадров по специальностям: «Теория и история права и государства», «История учений о праве и государстве»; «Судебная и прокурорская деятельность».

С 2015 г. входит в состав объединенного диссертационного совета на базе Пензенского государственного университета, Саратовского национального исследовательского государственного университета им. Н. Г. Чернышевского, Мордовского государственного университета им. Н. П. Огарёва.

Основные научные результаты П. А. Гука связаны с изучением возникновения и развития судебного нормотворчества в правовых системах. Они реализовываются по следующим направлениям: национальное судебное нормотворчество, зарубежное судейское право, особенности развития судейского права в России, анализ правовых взглядов отечественных и зарубежных ученых о судебном нормотворчестве. На основе выполненных П. А. Гуком научных исследований разработаны теоретические положения и практические рекомендации, совокупность которых с позиции общей теории права позволяет концептуально решить проблему судебного нормотворчества, обеспечивая тем самым правовую определенность, последовательность и единообразие в правоприменительной практике правовой системы России.

СУДЕБНЫЙ ПРЕЦЕДЕНТ В РОССИИ: ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА*

История, теория и практика судебного прецедента являются составной частью развития любой правовой системы, где данный источник права имел применение. Ни одно явление нельзя рассматривать вне его истории. Изучение прошлого и настоящего необходимо для более глубокого понимания природы судебного прецедента, определения его возможностей вместе с другими источниками права, повышения эффективности создания и применения, выявления перспектив законодательного закрепления. Исторически действие судебного прецедента складывалось по-разному в зависимости от того, в какой правовой системе (правовой семье) данный источник права занимал ведущее место. Так, в странах англосаксонской правовой семьи судебный прецедент имеет первостепенное значение, поскольку нормы права (правоположения) создавались и создаются судьями при вынесении решений. В странах романо-германской правовой семьи судебная практика подчинена праву, судьи при осуществлении правосудия руководствуются, прежде всего, законом.

В российской правовой науке и практике доктрина судебного прецедента пока еще не получила однозначного понимания и утверждения. На протяжении многих лет прецедент отрицался в советской теории права, хотя были попытки теоретически обосновать создание и применение судебного прецедента (судебной практики) высшими судебными органами.

За последнее десятилетие произошли изменения в этом вопросе. Конституция РФ 1993 г. законодательно закрепила разделение государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную. Разработана Концепция судебной реформы, которая позволит утвердиться судебной власти в государственном механизме как самостоятельной влиятельной силы, независимой в своей деятельности от власти законодательной и исполнительной. Это позволило иначе взглянуть на роль суда в создании прецедентов. Актуально предложение С. С. Алексеева о новой функции высших органов судебной власти в современных условиях: «Надо

* Опубликовано: Судебный прецедент в России: теория и практика // Правоведение. 2001. № 4. С. 50–60.

полагать, настала пора вообще изменить наше видение правосудия, интерпретацию его назначения как одного лишь "применения права". Опыт развитых демократических стран, причем не только англо-американской группы, свидетельствует, что высокий уровень правового развития достигается в обществе тогда, когда суд, опираясь на Конституцию, закон, на общепризнанные права человека, также творит и право. Поэтому придание решениям высших судебных инстанций страны функций судебного прецедента представляется делом назревшим, вполне оправданным»¹.

Возникновение судебного прецедента

1. Судебный прецедент является древнейшим источником права. Исторически прецедентное право сложилось в Англии, заняв центральное место в англосаксонской правовой семье, в которую входят такие страны, как Австралия, Канада, США и др. Ведущую роль в создании и формировании судебного прецедента сыграли английские королевские суды, в которых правосудие осуществляли профессиональные юристы – доктора права. Поэтому общее право, как отмечает И. Ю. Богдановская, изначально формировалось как право юристов².

Дальнейшему установлению принципа прецедента способствовали судебная реформа 1873–1875 гг. и все последующие реформы судебной системы. В результате реформ была создана развитая система судов, определены высшие суды, создававшие своими решениями прецеденты. Судебная система Англии и представляет собой структуру судов низшего и высшего звеньев, в которую входят магистратские суды, суды графств, Верховный суд. Последний представляет собой систему высших судов. К нему отнесены суд Короны и Высокий суд, имеющий три отделения: канцелярское, по семейным делам и отделение Королевской скамьи; Апелляционный суд, состоящий из гражданского и уголовного отделений; Судебный комитет Тайного совета. Судебную систему венчает Палата лордов.

Такая централизованная система судов способствовала созданию условий для действия принципа прецедента, укреплению обязательности нижестоящих судов следовать решениям вышестоящих. Для изучения и анализа сложившейся судебной практики в помощь судьям стали выпускать ежегодники (с 1282 г.), которые в дальнейшем стали прообразом судебных отчетов. Публикация

¹ Алексеев С. С. Теория права. Москва, 1994. С. 219.

² Богдановская И. Ю. Прецедентное право. Москва, 1993. С. 165.

в сборниках наиболее значимых прецедентов способствовала укреплению прецедентного права. Английский юрист Р. Кросс пишет: «Английская доктрина прецедента не всегда была строгой, как сейчас. Значение прецедентного права стало очевидным еще с изданием Ежегодников, в XVIII в. появляются признаки того, что эта система делается более жесткой, строгие правила применения прецедентов... творение XIX и XX вв. Они могли быть приведены в действие лишь после того, как публикация судебных отчетов достигла современного высокого уровня, иерархия судов приняла определенную форму, мало отличающуюся от сегодняшней, а судебные функции Палаты лордов переданы в руки высококвалифицированных юристов»¹. Сочетание таких необходимых условий, как высокая квалификация судей, централизованная система судебной власти, публикация судебных отчетов наряду с другими особенностями развития страны (экономика, религия, политика, правовая культура общества) позволяет судьям высших судебных инстанций создавать прецеденты.

Развитие судебного прецедента в других правовых системах имеет сходство с английским прецедентом. Так, американское прецедентное право складывалось на основе английского, при этом учитывались особенности экономического, политического, религиозного и культурного характера. Правовая система США на заре своего становления была подвержена влиянию колониальных переселенцев, имевших свои обычаи и традиции. Американская система судов в отличие от централизованной системы Англии имеет федеральные суды и суды штатов, которые в пределах своей юрисдикции рассматривают дела и создают прецеденты. Поэтому в США получили развитие самостоятельное федеральное прецедентное право и прецедентное право штатов. «Каждая из высших судебных инстанций штатов так же, как и Верховный Суд США, сами по себе, независимо друг от друга определяют свое отношение к прецеденту и тем самым вырабатывают собственные особые правила его применению»².

2. Романо-германская правовая система не восприняла принципы общего права в начале своего становления. Страны континентальной Европы (Германия, Испания, Италия, Франция и др.) строят свои правовые системы на основе римского права, которое

¹ Кросс Р. Прецедент в английском праве. Москва, 1985. С. 42.

² Марченко М. Н. Основные источники англосаксонского права: понятие, прецедент // Вестник Московского университета. Сер. 11, Право. 1999. № 4. С. 26–41.

стало развиваться благодаря университетам. Университеты возникали в так называемых европейских очагах культуры. Одним из первых и наиболее известным стал Болонский университет в Италии.

Французский исследователь Р. Давид пишет о различиях зарождения романо-германской правовой системы и английского права в XII и XIII вв. По его мнению, в Англии «развитие общего права было связано с усилением королевской власти и с существованием сильно централизованных королевских судов. На Европейском континенте ничего подобного не наблюдалось... Система романо-германского права никогда не основывалась ни на чем ином, кроме общности культуры»¹.

В культурных центрах, каковыми являлись университеты, преподавалось римское и каноническое право. Впоследствии в университетах стали преподавать и национальное право. Уже с этого времени университетская правовая наука начинает принимать участие в законотворчестве. Учеными разрабатываются законопроекты на основе изучения и обобщения судебной практики, зарубежного опыта. Поэтому закон признается здесь важнейшим источником права. Судебная же практика оказывается подчиненной праву, судьи при осуществлении правосудия обязаны руководствоваться законом.

В последнее время в странах континентальной Европы стала признаваться нормотворческая роль судебной практики. Так, после Второй мировой войны высшие судебные инстанции ФРГ достаточно прочно встали на путь «судейского права»².

Чтобы судить о важности судебных решений в выработке права, отмечает Р. Давид, следует и здесь остерегаться готовых формул, которые, стремясь подчеркнуть исключительность закона, отказываются признавать источником права судебную практику. Подобное отношение к судебной практике – чаще всего признак разрыва между теорией и практикой, между университетами и дворцами правосудия. Но на этом основании нельзя делать вывод, что судебные решения не являются источником права. Чтобы иметь правильное представление по данному вопросу, нужно не столько интересоваться формулировками различных авторов

¹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. Москва, 1999. С. 33.

² Туманов В. А. К критике концепции «судейского права» // Сов. государство и право. 1980. № 3. С. 111–117.

и доктринальными произведениями, сколько обратить внимание на другой фактор – на все увеличивающееся число различного рода сборников и справочников судебной практики. Эти сборники и справочники составляются не для историков права или социологов и не для удовольствия их читателей: они создаются для юристов-практиков, и их значение обусловлено лишь тем, что судебная практика является в прямом смысле слова источником права. Количество и качество этих сборников могут дать представление и о важности судебной практики как источника права в романо-германских правовых системах¹.

Так, проведя исследования деятельности Верховного Суда Италии, Н. Попов пишет: «Судебная практика в Италии благодаря деятельности Кассационного суда получила фактический авторитет, по крайней мере, вспомогательного юридического источника. Это в первую очередь касается кассационного прецедента. Поэтому в сущности и простое судебное решение, пройдя кассационную фазу, может восприниматься другими судами, стать в процессе правоприменения судебным прецедентом»².

В качестве судебных прецедентов рассматриваются решения Федерального конституционного суда ФРГ. В Швейцарии при определенных условиях судебный прецедент выступает источником права. Решения пленума Верховного суда Португалии являются судебными прецедентами. Правотворческие функции официально признаны в Испании за Верховным судом³. Нормотворческая роль судебной практики при толковании закона и восполнении пробелов в законе закреплена за Кассационным судом Франции. Статья 4 Гражданского кодекса запрещает отказ в правосудии по причине отсутствия или неполноты закона и обязывает судью вынести решение даже в случае молчания, неясности или недостаточности закона и тем самым наделяет его правотворческой ролью⁴.

¹ Давид Р. Основные правовые системы современности. Москва, 1988. С. 130–131.

² Попов Н. Верховный кассационный суд Италии // Вестник Верховного Суда СССР. 1991. № 12. С. 27–29.

³ Бойцова В. В., Бойцова Л. В. Судебный прецедент: зарубежный опыт и российские перспективы // Российский судья. 1999. № 3. С. 14–18.

⁴ Фабр Р. Роль судебной практики в развитии права // СССР – Франция: Социологический и международно-правовой аспекты сравнительного правоведения. Москва, 1987. С. 43–52.

Судебные решения высших судебных инстанций Германии (ФРГ), Испании, Италии, Португалии, Франции, Швейцарии официально публикуются в сборниках судебной практики, что позволяет знакомиться с новыми прецедентами и применять их в последующих сходных случаях.

Таким образом, романо-германская правовая семья, как и англосаксонская, создает условия для существования и развития судебного прецедента как источника права в национальных правовых системах европейского континента.

3. В российской правовой системе на протяжении длительного времени не признавался судебный прецедент как источник права, хотя судебная практика (прецеденты) играла определенную роль при разрешении сходных казусов, когда отсутствовала норма закона, а также учитывалась при создании законов. В период княжеского правления на Руси вся власть сосредоточивалась в руках князя, в том числе и судебная. Князь при рассмотрении спора в силу отсутствия или несоответствия жизненной ситуации нормам обычного права создавал прецедент. Русский историк права А. Е. Пресняков пишет: «Случаи сложные, неясные, новые, случаи, при которых применение обычного права привело бы к явной несправедливости, – вот, прежде всего, область княжеского решения. Это *judicium aequitatis*, решение по справедливости, игравшее существенную роль в развитии права у всех народов. Это фактор творчества нового права путем прецедентов, какими становились отдельные княжеские приговоры»¹.

Нормы, созданные княжеской судебной практикой, нашли свое воплощение в Русской Правде. Источником формирования Судебника 1497 г. стали нормы Русской Правды, обычного права, судебной практики и литовского законодательства.

Так, И. А. Исаев отмечает: «Если Русская Правда являлась сводом обычных норм и судебных прецедентов и своеобразным пособием для поиска нравственной и юридической истины, то Судебник стал, прежде всего, "инструкцией" для организации судебного процесса»². Следовательно, княжеские прецеденты способствовали формированию и развитию на Руси как материального, так и процессуального права.

В 1529 г. был принят первый статут Великого княжества Литовского, который также основывался на судебной практике

¹ Пресняков А. Е. Княжеское право в Древней Руси. Москва, 1993. С. 431.

² Исаев И. А. История государства и права России. Москва, 1999. С. 73.

и других источниках. Основными источниками общерусского права в XV–XVII вв. были великое княжеское законодательство, «приговоры» Боярской думы, постановления Земских соборов, отраслевые распоряжения приказов. Примером может служить Соборное Уложение 1649 г., источником которого явились судебники, указные книги приказов, царские указы, думские приговоры, решения Земских соборов, Стоглав, литовское и византийское законодательство. Тем не менее в тот период преобладает законодательная форма над судебной практикой и обычаем.

Кодификация русского права, начатая М. М. Сперанским, нашла свое воплощение в Своде законов, одновременно подготавливалось собрание законов. «Собрание законов должно было собрать в себя все законодательные акты, изданные верховной властью и правительственными органами. В Собрание включались те судебные решения, которые стали судебным прецедентом или толкованием к принятым законам, а также частные решения, которые "важны в историческом отношении"»¹.

В результате судебной реформы 1864 г. создавались местные и общие суды. К местным судам относились: волостные суды, мировые судьи и съезды мировых судей; к общим судам – окружные суды, судебные палаты, кассационные департаменты Сената. В основу реформы был положен принцип разделения властей.

Сенат выступал в качестве высшего судебного и надзорного органа, в его ведении находились толкование законов и разрешение юридических коллизий. Разъяснения Сената признавались обязательными для юридической практики. Отдельные постановления Сената, утвержденные императором, приобретали статус законов. Главным источником права являлся закон; толкование закона осуществляли законодатель, Сенат, суд, правоведы. Можно предположить, что решения Сената и суда по толкованию тех или иных положений закона играли роль прецедентов и были обязательны для правоприменителей.

После Октябрьской революции 1917 г. к власти в России пришли большевики. Принятым в ноябре 1917 г. Декретом о суде № 1 отменяется действие старых законов. Главным источником права оказывается революционное правосознание, на основе этого складывается новая судебная практика. При отсутствии писаных норм права в судах действуют нормы обычного права. Революционное правотворчество в этот период осуществляется судебными

¹ Исаев И. А. История государства и права России. Москва, 1999. С. 258.

органами, высшими органами власти, руководящими органами политических партий и местными Советами.

В ноябре 1918 г. было утверждено Положение о народном суде РСФСР и тем самым создана новая система народного суда, состоящая из народного судьи и народных заседателей. На первый план выступают новые принципы судебного права – коллегиальность рассмотрения дела и принятия судебного решения, расширение судебного правотворчества. При этом профессионализм судей уже не имеет существенного значения.

По мере укрепления единоличной власти партии и создания социалистического права роль суда сводится к применению права при рассмотрении дел и обобщении судебной практики. Ряд ученых (С. Н. Братусь, А. Б. Венгеров, С. И. Вильнянский и др.) все же пытались доказать, что решения высших судебных органов являются источником права. Но это так или иначе противоречило марксистско-ленинскому учению о праве, которое относило судебный прецедент к институтам буржуазного права.

В действительности, как отмечают Е. Мартынчик и Э. Колоколова, «в бывшем Советском государстве прочно утвердились два вида судебного правотворчества: руководящие разъяснения пленумов (Верховного Суда СССР и Верховных судов союзных республик) и решения других высших судебных инстанций по конкретным делам. Такова была реальность относительно судебного прецедента и прецедентного права в социалистическом государстве, где теоретически их отметали, а на практике вуалировали»¹. В этот период официально признается только одна форма права – нормативно-правовой акт (закон).

В современных условиях развития российской правовой системы судебный прецедент должен, наконец, найти свое место среди источников права². Б. Н. Топорнин, выступая на научной конференции «Российское государство и право на рубеже тысячелетий» (г. Москва, 2–4 февраля 2000 г.), подчеркнул, что «необходима теоретическая разработка новых источников права, которые в последнее время приобретают все большее значение в правовом

¹ Мартынчик Е., Колоколова Э. Прецедентное право: от советской идеологии к международной практике // Российская юстиция. 1994. № 12. С. 20–22.

² Окуневич С. Судебный прецедент в России – это реальность // Российская юстиция. 2000. № 4.

регулировании, таких как нормативно-правовой договор, правовая доктрина, судебный прецедент»¹.

Теория и практика судебного прецедента

Теория права выделяет три основных направления становления правовой нормы: перерастание мононорм (первобытных обычаев) в нормы обычного права и санкционирование их государством; правотворчество государства, которое выражается в издании специальных документов, содержащих юридические нормы, – нормативных актов; прецедентное право, состоящее из конкретных решений (принимаемых судебными и административными органами и приобретающих характер образцов, эталонов для решения других аналогичных дел).

Исходя из этого различаются основные формы права (источники права): обычай, судебный прецедент и нормативно-правовой акт. Данные источники права существуют во всех правовых семьях, но в каждой из них преобладающее значение имеет та или иная форма права.

В современной России прежние нормативно-правовые акты не способны охватить и урегулировать вновь возникающие экономические, политические и другие отношения. Из-за длительной законотворческой процедуры возникают пробелы в законе. Восполнить их должен судебный прецедент, создаваемый высшими судебными органами (Конституционный Суд РФ, Верховный Суд РФ, Высший Арбитражный Суд РФ). Юридический прецедент фактически уже существует. Он играет важную роль в современном правовом регулировании и связывает право с жизнью². Вот мнение председателя Конституционного Суда РФ М. В. Баглая: «Если бы у меня спросили, полезно ли было признание у нас прецедентности судебных решений, я бы в определенном смысле ответил положительно»³.

Так что же представляет собой судебный прецедент? Судебный прецедент (от лат. *praecedens* – род. падеж, *praecedentis* – предшествующий) – решение по конкретному делу, являющееся обязательным для судов той же или низшей инстанции при решении аналогичных дел либо служащее примерным образцом

¹ Правоведение. 2000. № 3. С. 242.

² Там же. С. 246.

³ Баглай М. В. Вступительная статья // Барак А. Судейское усмотрение. Москва, 1984. С. 296.

толкования закона, не имеющим обязательной силы¹. Принцип обязательности прецедента принадлежит только решениям высших судебных органов, решения других судебных органов служат примером и обязательными не являются.

Судебный прецедент имеет двойное действие: во-первых создает правоположение (норму), которое отсутствует в нормативно-правовом акте; во-вторых, дает разъяснение и толкование нормативно-правового акта.

Например, Конституционный Суд РФ в ряде своих постановлений, касающихся конституционности ряда статей УПК РСФСР, сформулировал правоположения, обязательные для применения при расследовании и рассмотрении уголовных дел. В результате стало возможным судебное обжалование постановления об отказе в возбуждении уголовного дела; постановления о прекращении уголовного дела; постановлений, связанных с производством обыска, наложением ареста на имущество, приостановлением уголовного дела, продлением срока расследования дела. Подлежат также обжалованию в кассационном порядке приговоры Верховного Суда РФ, определения (постановления) суда, вынесенные до постановления приговора. Получили доступ к участию в судебных прениях потерпевшие².

Соответствующие постановления Конституционного Суда РФ имеют нормативно-правовое значение и непосредственно применяются судьей в его практической деятельности. Думается, их можно с уверенностью отнести к прецедентам Конституционного Суда РФ. Такова точка зрения и судьи Конституционного Суда РФ Б. С. Эбзеева: «Все решения Конституционного Суда являются источниками права, и им присуща материально-правовая сила закона»³.

В случае отсутствия нормы права суды также руководствуются постановлениями Пленума Верховного Суда РФ, отдельные правоположения которого более оперативно восполняют то, что законодатель не учел, принимая закон. Наглядным подтверждением может служить постановление Пленума Верховного Суда РФ № 7 от 14 февраля 2000 г. «О судебной практике по делам

¹ Юридический энциклопедический словарь. Москва, 1984. С. 296.

² Собрание законодательства РФ. 1995. № 47 ; 1998. № 19, 28; 1999. № 4.

³ Эбзеев Б. С. Толкование Конституции Конституционным Судом РФ: теоретические и практические проблемы // Государство и право. 1998. № 5. С. 5–12.

о преступлениях несовершеннолетних», в котором определены обязательные для применения судами правовоположения: процессуальный порядок рассмотрения материалов о применении принудительных мер воспитательного воздействия (п. 14); уголовно-правовое положение об исключении соучастия в преступлении с использованием лица, не подлежащего уголовной ответственности в силу возраста или невменяемости (п. 9)¹.

С принятием нового УК РФ законодатель принял новеллы о применении принудительных мер воспитательного воздействия к несовершеннолетним (ст. 90–92), но не предусмотрел процессуальный порядок рассмотрения прекращенного уголовного дела в отношении несовершеннолетнего. В результате в судах возник процессуальный разнобой, который удалось устранить только тогда, когда Пленум Верховного Суда РФ урегулировал процедуру рассмотрения материалов в отношении несовершеннолетних.

Ранее в судебной практике признавалось соучастие с лицом, не достигшим возраста привлечения к уголовной ответственности или признанным невменяемым. С принятием постановления Пленума от 14 февраля 2000 г. эти обстоятельства полностью исключаются и соучастия не образуют. Соответственно, положения Пленума можно отнести к прецеденту, поскольку они являются обязательными для применения судами.

К судебному прецеденту можно также отнести постановление Пленума Верховного Суда РФ № 13 от 24 декабря 1993 г. «О некоторых вопросах, связанных с применением ст. 23 и 25 Конституции РФ», в котором Пленум Верховного Суда РФ сформулировал правовоположения и дал разъяснения: как должен действовать судья при поступлении к нему материалов на ограничение прав, указанных в ст. 23 и 25 Конституции РФ, какое решение выносится судьей. При рассмотрении таких материалов судьи непосредственно руководствуются данным постановлением с учетом того, что до настоящего времени в этой части законодатель не внес изменения в УПК РСФСР².

Примером судебного прецедента, регламентирующего направление уголовных дел для дополнительного расследования, может служить постановление Пленума Верховного Суда РФ № 84 от 8 декабря 1999 г., в котором определен порядок направления судами дел для дополнительного расследования, существенно

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2000. № 4.

² Там же. 1994. № 3.

отличающийся от ранее действующего и признанного не соответствующим Конституции РФ. В постановлении подчеркнуто, что при рассмотрении уголовных дел суд осуществляет исключительно функцию правосудия и не вправе подменять государственные органы и должностных лиц, формулирующих и обосновывающих обвинение. Тем самым был реализован конституционный принцип состязательности и равноправия сторон в уголовном судопроизводстве¹.

Приведенные и другие примеры со всей очевидностью свидетельствуют о том, что содержащиеся в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ разъяснения по вопросам применения законодательства, основанные на требованиях закона и обобщенных данных судебной практики в масштабах страны, представляют собой своеобразную форму судебного прецедента и являются ориентиром, подлежащим обязательному учету в целях вынесения законных и обоснованных приговоров, решений, определений и постановлений².

К судебному прецеденту можно с уверенностью отнести не только постановления Пленума Верховного Суда РФ, но и судебное решение, принятое по конкретному гражданскому или уголовному делу и получившее утверждение в кассационном, надзорном порядке Верховным Судом РФ. «Было бы правильным официально признать судебную практику Верховного Суда РФ по конкретным делам источником права, придав опубликованным решениям Верховного Суда РФ, имеющим принципиально важное значение, силу прецедента и предоставив судам РФ право ссылаться на них в своих решениях»³.

Решения Верховного Суда РФ по таким делам публикуются в официальном издании – Бюллетене Верховного Суда РФ (это в полной мере относится к решениям Высшего Арбитражного Суда РФ, публикуемым в Вестнике Высшего Арбитражного Суда РФ), что позволяет руководствоваться ими при рассмотрении аналогичных дел. А. В. Наумов отмечает: «Эти опубликованные судебные решения Верховного Суда чаще всего и являются прецедентами толкования уголовно-правовых норм и фактически выполняют роль подлинного судебного прецедента»⁴.

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2000. № 2.

² Демидов В. В. О роли и значении постановлений Пленума Верховного Суда Российской Федерации // Там же. 1998. № 3. С. 21–24.

³ Жуйков В. М. К вопросу о судебной практике как источнике права // Судебная практика как источник права. Москва, 1997. С. 16–23.

⁴ Наумов А. В. Судебный прецедент как источник уголовного права // Российская юстиция. 1994. № 1. С. 8–11.

Разумеется, признание судебной практики в качестве источника права «не умаляет полномочий законодательной и исполнительной власти. Суды выполняют только им присущие полномочия, которые не могут быть выполнены другими органами. Возрастание роли суда в жизни общества с необходимостью приводит к выполнению судебной практикой нормотворческой функции. Это и происходит в российской действительности»¹. Не следует ссылаться и на возможный судебный произвол в условиях прецедентного права: «Произвол проявляется в условиях отсутствия правовых рамок судебного усмотрения. Если же мы будем по-прежнему прятать голову в песок, избегая научно-практической оценки прецедента в российской правовой системе при его фактическом наличии, вот именно тогда и будут создаваться условия для произвола»².

Прецедент фактически выступает в России регулятором общественных отношений, восполняет законодательные пробелы и способствует осуществлению конституционного принципа судебной защиты³. Но потребности практики требуют законодательного закрепления судебного прецедента, создаваемого высшими судебными органами⁴.

По нашему мнению, для этого необходимо, во-первых, признать судебное правотворчество высших органов судебной власти и учесть это при разработке *Государственной программы развития судебной системы Российской Федерации*, включив в нее следующее положение: «В соответствии со ст. 46 Конституции РФ каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод. Не допускается отказ в правосудии по мотиву отсутствия нормативного акта. Высшие судебные органы (Конституционный Суд РФ, Верховный Суд РФ, Высший Арбитражный Суд РФ) вправе, в случае отсутствия нормы права или закона, формулировать правоположение (норму судебного права) исходя из общих принципов права и требований разумности и справедливости. Решения высших судебных органов являются обязательными для применения судами Российской Федерации»; во-вторых, внести дополнения

¹ Лившиц Р. З. Судебная практика как источник права // Журнал российского права. 1997. № 6.

² Калинина И. Магическая подкова российского прецедента // Бизнес-Адвокат. 1999. № 22.

³ Кучин М. В. Нормотворческая деятельность судебных органов Российской Федерации и судебный прецедент // Право и политика. 2000. № 5.

⁴ Барак А. Судейское усмотрение. Москва, 1999. С. 128.

в Федеральный конституционный закон «О судебной системе в Российской Федерации», а именно *статью 6¹ «Судебное правотворчество»* следующего содержания: «Постановления Конституционного Суда РФ, Верховного Суда РФ, Высшего Арбитражного Суда РФ по вопросам формулирования правовых положений, в случае отсутствия нормы права или закона, являются источником права (судебным прецедентом) и обязательны для применения судами Российской Федерации».

В-третьих, следует включить в законопроекты федеральных конституционных законов «О Верховном Суде Российской Федерации», «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации» принцип обязательности, согласно которому нижестоящий суд обязан следовать решению вышестоящего суда, а апелляционные и кассационные судебные инстанции связаны своими предыдущими решениями.

В-четвертых, необходимо разработать доктрину судебного правотворчества применительно к правовой системе России.

Признание в российской правовой системе судебного прецедента источником права позволит более оперативно восполнять пробелы в нормативно-правовых актах; совершенствовать и укреплять судебную защиту прав и свобод человека; регулировать баланс (путем механизма сдержек и противовесов) в отношениях между исполнительной и законодательной властью; будет способствовать формированию правовой государственности в России.

СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА КАК ИСТОЧНИК ПРАВА*

Развитие судебной практики связано с деятельностью судебных органов, начиная с судебной практики князей, Боярской думы, Сената, революционных трибуналов, Верховного Суда СССР и верховных судов союзных республик. В настоящее время судебную практику создают суды, входящие в судебную систему России.

На протяжении всей истории судебная практика являлась ориентиром для единообразного рассмотрения судебных дел, правильного применения установленных нормативно-правовых актов, толкования и восполнения пробелов в законодательстве. Это важнейшая сфера проявления правовой политики государства.

Ученый и знаток судебной практики Д. И. Мейер считал, что судебная практика всегда служит помощницей законодательству, дополняя его пробелы, точнее определяя применение закона к данным случаям¹.

Значение судебной практики в основном зависит от политической воли государства и ее правовой политики². Эта практика может быть творческой и обязательной, восполняющей и дополняющей закон или находящейся в застое. Самостоятельность судебной практики начинается с отделения судебной власти от законодательной и исполнительной.

Впервые в России такой шаг был сделан в 1864 г. В результате судебной реформы судебная власть была отделена от законодательной, отменен запрет на толкование законов. Судебная реформа стала возможной благодаря правовой политике государства, направляемой реформаторскими идеями прогрессивно настроенного императора Александра II.

В основу реформы был положен принцип разделения властей, судебные функции отделены от административных, тем самым была создана новая модель судоустройства. Судебная власть сосредотачивается в судах и Сенате. Г. В. Вернадский справедливо

* Опубликовано: Судебная практика как источник права // Правовая политика и правовая жизнь. 2002. № 3. С. 70–78.

¹ Мейер Д. И. Русское гражданское право. Москва, 2000. С. 59.

² Матузов Н. И. Понятие и основные приоритеты российской правовой политики // Правоведение. 1997. № 4. С. 17.

отмечает: «При Александре II в результате, главным образом, реформы судебных установлений Сенат приобретает окончательно свое значение высшего судебного учреждения»¹.

Сенат выступал в качестве высшего судебного и надзорного органа, в его ведении находились толкование законов и решение юридических коллизий. Разъяснения Сената становятся обязательными для юридической практики. Заслуживает внимания точка зрения Г. В. Демченко о роли судебной практики Сената. В частности, он пишет: «Судебная практика Сената имеет юридическое значение источника права, хотя и занимающего теперь – при необычайном развитии законодательства – подчиненное, второстепенное место»².

Положительное мнение в отношении судебной практики высказывал профессор права С. В. Пахман, выступая на годовом собрании юридического общества при Санкт-Петербургском университете 14 февраля 1882 г. В своем выступлении он отметил: «Что же касается отношения судебной практики к движению законодательства, то известно, что практика, и без искусственных с ее стороны усилий, всегда имела и будет иметь влияние в деле усовершенствования положительных норм, вызываемого требованиями жизни; ибо недостатки закона ни в чем не сказываются столь убедительно и ясно, как при разрешении отдельных случаев на практике»³.

Судебная реформа 1864 г. не только создала новую структуру судебной системы, но и дала возможность для творческой деятельности судей. Судебный деятель дореволюционного времени А. Ф. Кони считал, что «для понимания и толкования закона необходимы самодеятельность судьи и вдумчивая работа». Судебные уставы в ст. 9, 10 Устава гражданского судопроизводства и ст. 12, 13 Устава уголовного судопроизводства требуют, чтобы разрешение дела ни в коем случае не останавливалось под предлогом неполноты, неясности и противоречия законов, предписывая судебным установлением основывать свое решение на общем смысле последних⁴.

Анализ этих положений, внесенных законодателем в Уставы, дает возможность с определенностью отметить, что судьям было

¹ Вернадский Г. В. История права. Санкт-Петербург, 1999. С. 36.

² Демченко Г. В. Судебный прецедент. Варшава, 1903. С. 234.

³ Пахман С. В. О современном движении в науке права. Санкт-Петербург, 1882. С. 33.

⁴ Кони А. Ф. Собр. соч. : в 8 т. Москва, 1967. Т. 4. С. 44–45.

предоставлено государственной властью законное право создавать и вырабатывать судебную практику, обязательную для судов.

Одним из примеров судебного творчества Сената может служить кассационное решение 1867 г. № 492. Сенат высказал следующее положение: «На основании ст. 801 Устава уголовного судопроизводства председатель имеет неотъемлемое право объяснять присяжным заседателям юридические основания к суждению о силе показаний экспертов как доказательств, служащих в пользу или против подсудимого. Для оценки этих мнений по существу ему не может быть возбранено указывать и на такие обстоятельства, которые подкрепляют и опровергают заключения эксперта».

Это решение Сената отступает от прямого смысла ст. 801 УУС. Необходимым следствием такого взгляда на заключительную речь председателя является как бы косвенное дозволение председателю высказывать свой взгляд на силу имеющихся по делу доказательств. В своем заключении по делу Саратовско-Симбирского банка обер-прокурор А. Ф. Кони поддержал приведенный взгляд правового Сената¹.

В подтверждение этому следует привести мнение известного ученого-правоведа Е. Н. Трубецкого, который с уверенностью высказался *о судебной практике как источнике права в России*. В частности, он отметил: «У нас в России судебная практика имеет значение самостоятельного источника права (курсив мой. – П. Г.), но это значение было официально признано за ней лишь со времени издания Судебных Уставов Императора Александра II»².

Такое понимание судебной практики стало возможным в результате судебно-правовой политики государства, что позволило официально признать самостоятельность, независимость и правотворчество судебных органов Российской империи. Судебные органы в своей деятельности стали творчески подходить к регулированию юридических отношений, давая толкования закону и восполняя его пробел судебной практикой.

Известный русский правовед Н. М. Коркунов отмечал определенное значение судебной практики в правовых отношениях. «Одно из первых условий правосудия, – писал он, – чтобы законы

¹ Владимиров Л. Е. Учение об уголовных доказательствах. Тула, 2000. С. 132–133, 450.

² Трубецкой Е. Н. Энциклопедия права. Москва, 1908. С. 133.

ко всем применялись одинаково, а это невозможно без *однообразной, устойчивой судебной практики*. Суд поэтому склонен всегда поддерживать то именно начало, которое уже принято предшествующей практикой»¹.

Новая судебная система, созданная по воле государства и просуществовавшая почти четверть века, была практически ликвидирована опять же по воле государства. На смену судебной реформе пришла контрреформа, а затем смена государственного строя и создание нового народного суда. В этот период роль судебной практики сводится к «руководящим и рекомендательным» разъяснениям пленумов верховных судов. Снова поднимается вопрос о судебной практике как источнике права. Некоторые ученые считали судебную практику источником советского права, которая восполняет пробелы закона, дает более авторитетное толкование закона для его единообразного применения судами².

Но имелось и противоположное мнение о том, что судебная практика не может быть источником права, поскольку умаляется роль законодательства в борьбе с преступностью и открывается простор для произвола. Поэтому судебная практика вышестоящих судов по конкретным делам не признается советской правовой теорией и законодательством источником права и суды не могут ссылаться на определения и постановления вышестоящих судов при разрешении конкретных дел³.

В настоящее время начался новый этап развития как судебной практики, так и судебного прецедента в правовой системе России. Включаются в действие политическая воля государства и ее правовая политика, направленная на преобразование судебных органов. Начало этому положила концепция судебной реформы (1991). Конституция РФ законодательно закрепила разделение государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную.

¹ Коркунов И. М. Лекции по общей теории права. Санкт-Петербург, 1894. С. 298.

² Орловский П. Значение судебной практики в развитии советского гражданского права // Советское государство и право. 1940. № 8, 9 ; Ходунов М. С. Судебная практика как источник права // Социалистическая законность. 1956. № 6 ; Вильнянский С. И. Лекции по советскому гражданскому праву. Харьков, 1958. С. 56–69 ; Адилкариев Х. Судебная практика как источник нормотворчества // Советская юстиция. 1989. № 23 и др.

³ Предисловие к книге «Вопросы уголовного права и процесса в практике Верховных судов СССР и РСФСР». Москва, 1971. С. 5–6.

Таким образом, был дан импульс судебскому правотворчеству, такая судебная деятельность становится проявлением правовой политики государства.

Судебная власть как одна из форм правовой политики вырабатывает судебную политику в процессе судебной деятельности. От того, как будет проводиться правовая политика судами в своей деятельности по защите прав и свобод граждан, юридических лиц, зависит престиж государственной власти. Поэтому следует согласиться с А. Бараком, что «судейская политика – это комплекс факторов, которые направляют судебную власть, когда она делает выбор из тех вариантов, которые право предоставляет ей»¹.

В своей деятельности судебная власть должна не только применять закон, но и создавать общие нормы, дополняющие закон, когда законодатель молчит. Судебное правотворчество находит свое отражение в судебных прецедентах Конституционного Суда РФ и в судебной практике Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ.

Судебная практика является одним из видов юридической практики наряду с такой деятельностью, как «следственная практика», «административная практика», «прокурорская практика» и т.д. Все это связывается с практической деятельностью того или иного государственного органа по применению нормативно-правовых актов при разрешении юридических дел. Как отмечает В. И. Леушин: «Юридическую практику можно определить как деятельность субъекта по принятию решений правового содержания»².

В то же время судебная деятельность связана с рассмотрением юридических дел в определенном процессуальном порядке (рассмотрение дела в первой инстанции, апелляционное, кассационное, надзорное и конституционное производство). В процессе такой деятельности судами выявляются и учитываются те стороны и особенности общественных отношений, которые недостаточно урегулированы правовой нормой, законом, а поэтому необходима правовая регуляция таких отношений. Таким регулятором призван выступать суд, который в процессе своей деятельности создает

¹ Барак А. Судейское усмотрение. Москва, 1999. С. 299.

² Леушин В. И. Юридическая практика в системе социалистических общественных отношений. Красноярск, 1987. С. 26 ; Карташев В. Н. Юридическая деятельность: проблемы теории и методологии : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Москва, 1990.

судебную практику – связывающее звено между общественными отношениями и нормами права.

С. С. Алексеев пишет: «...по самой логике права на помощь закону приходит институт исконно правового порядка – правосудие, выраженное в деятельности суда, в судебной практике. Через судебную практику могут быть с достаточной основательностью раскрыты основные начала, "дух" данной сферы права, нашедшие не всегда полное закрепление в законодательстве, в кодексе»¹.

На наш взгляд, это очень ценное положение. С одной стороны, судебная практика становится дополнительным и вспомогательным средством регулирования общественных отношений, а с другой – судебная практика выступает и как деятельность, и как результат этой деятельности. Судебная практика как деятельность – это определенный способ применения правовых норм, а в качестве результата судебная практика выступает в виде положений, конкретизирующих в рамках закона правовые нормы².

Поэтому *не всякое применение судов правовой нормы является судебной практикой, а только такое, которое связано с выработкой определенного положения, определенного принципа, определенной формы*. В этом смысле следует рассматривать судебную практику как «устоявшееся положение», выработанное в результате неоднократного применения нормы права по аналогичным делам, как определенную форму правоприменительной деятельности³.

Такая судебная практика, в понимании А. Б. Венгерова, «определяется как объективно складывающийся итог, результат (форма) правоприменительной деятельности, обусловленной конкретизацией правовой нормы в рамках закона в процессе неоднократного применения нормы по аналогичным делам»⁴.

Если судебная практика выступает как источник права, то ее следует рассматривать в двух смысловых значениях: широком и узком.

¹ Алексеев С. С. Право на пороге нового тысячелетия: Некоторые тенденции мирового правового развития – надежда и драма современной эпохи. Москва, 2000. С. 118, 120.

² Безина А., Лазарев В. Конкретизация права в судебной практике // Советская юстиция. 1968. № 2.

³ Судебная практика в советской правовой системе / под ред. С. Н. Братуся. Москва, 1975. С. 3–74.

⁴ Венгеров А. Б. Роль судебной практики в развитии советского права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 1966. С. 8.

В широком понимании – это судебная деятельность всех судов, входящих в судебную систему, связанная с правоприменением и выработкой в процессе разбирательства конкретных дел (или обобщения определенной категории дел) общеобязательных правил поведения. Во втором смысле, более узком, судебная практика представляет собой конкретные общеобязательные решения, выработанные в процессе судебной деятельности. По этому поводу В. А. Туманов пишет: «Под судебной практикой понимают выработанные в ходе судебной деятельности "правовые положения", определения-дефиниции, правила, указания, которые обладают определенной степенью обобщенности, общепризнанности и обязательности»¹.

Заслуживает внимания точка зрения С. С. Алексеева в понимании судебной практики. В частности, ученый отмечает, что «судебная практика – это практика судебных прецедентов, т.е. судебная деятельность, которая строится по общезначимым принципам культуры общего, прецедентного права, его ведущего начала – "обоснования от прецедента к прецеденту" и которая вместе с тем опирается на основополагающие начала и ценности права – на начала правды, справедливости, соразмерности»².

Думается, эти явления следует рассматривать в совокупности их эволюционного развития, поскольку судебная практика может выступать основой, базой для окончательного установления судебного прецедента, что применимо и для правовой системы России.

Судебная практика в российской правовой системе должна способствовать развитию и совершенствованию права, поэтому «необходимо стимулировать развитие судебной практики в качестве важного дополнительного источника российского права»³.

В последнее время законодатель пытается регулировать весь спектр общественных отношений, при этом не всегда точно детализируются создаваемые им нормы права. Но жизнь многогранна, невозможно все в ней предусмотреть, а тем более законодательно закрепить и учесть все тонкости общественных отношений.

¹ Туманов В. А. Роль судебной практики в развитии советского права // СССР – Франция: социологический и международно-правовой аспект сравнительного правоведения. Москва, 1987. С. 36.

² Алексеев С. С. Указ. соч. С. 131.

³ Синюков В. Н. Российская правовая система. Саратов, 1994. С. 419.

Поэтому как бы уважительно мы ни относились к закону (главному источнику российского права), всегда будут находиться юридические неточности. Один из способов устранения этого – судебное правотворчество. В процессе применения правовой нормы возникают определенные сложности, требующие практической судебной доработки, доведения закона до идеала действия. Эту проблему помогают решать и судебный прецедент, и судебная практика, действия которых все заметнее проявляются в судебной деятельности высших судебных органов.

Подобная судебная деятельность не осталась без внимания теоретиков права. Так, Р. З. Лившиц отмечает: «Уже сейчас, на первых этапах движения к правовому государству, есть основания признать, что суды создают нормы права или, другими словами, *судебная практика является источником права*» (курсив мой. – П. Г.)¹.

Выработка правовых положений, прежде всего, связывается с работой высших судебных органов: Конституционного Суда РФ, Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ.

Процедура формирования правоположений Верховным Судом РФ и Высшим Арбитражным Судом РФ в основном аналогична, но мы рассмотрим данный вопрос на примере Верховного Суда РФ.

В соответствии со своими полномочиями Верховный Суд изучает и обобщает судебную практику, анализирует судебную статистику и дает руководящие разъяснения судам по вопросам применения законодательства, возникающим при рассмотрении судебных дел. Руководящие разъяснения Пленума Верховного Суда обязательны для судов, других органов и должностных лиц, применяющих закон, по которому дано разъяснение.

Правоположения, выработанные Верховным Судом, – это итог обобщения рассмотренных судебных дел по определенной категории. На основе проведенного обобщения Пленум Верховного Суда принимает постановление, в котором дает толкования, разъяснения действующего закона для единообразного применения судами при рассмотрении дел, формулирует правовые правила в случае установления пробела в законе.

Такие решения правильного применения закона создаются двумя путями: *во-первых*, в результате рассмотрения Верховным Судом конкретных дел; *во-вторых*, в результате обобщения

¹ Лившиц Р. З. Теория права. Москва, 1994. С. 110.

судебной практики. Подобное разъяснение законодательства в период союзного государства принадлежало Верховному Суду СССР и Верховным судам союзных республик.

А. А. Пионтковский в свое время отмечал ведущую роль Верховного Суда СССР по разъяснению законодательства. В частности, он писал: «Верховный Суд СССР как высший судебный орган страны играет большую роль в выработке единообразия в применении советских законов, в обеспечении единства судебной практики. Это осуществляется как рассмотрением в порядке надзора отдельных конкретных судебных дел, так и путем дачи судам руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда СССР по возникшим в практике вопросам уголовного и гражданского законодательства и имеющим обязательную силу для всех судов нашей страны»¹.

Разъяснение законодательства – довольно редкое явление в судебной практике других стран. Такие решения высшего судебного органа были приемлемы только для правовой системы СССР, а в настоящее время – для правовой системы России. Постановления Пленума Верховного Суда, Высшего Арбитражного Суда РФ по вопросам разъяснения применения законодательства даются на основе обобщения судебной практики применения закона и имеют обязательную силу для судов.

Верховный Суд принимает руководящие разъяснения на основе оценки практики применения законов судебными органами. В этом случае вывод, сделанный профессором А. Ф. Черданцевым о руководящих разъяснениях Верховного Суда, заслуживает внимания, поскольку проводится разграничение между разъяснением закона на основе оценки самого закона и на основе оценки практики применения законов судебными органами. Именно разъяснения на основе практики применения законов судами становились и становятся сейчас основой руководящих разъяснений пленума высшего судебного органа. Так, А. Ф. Черданцев пишет, что «дача нормативных разъяснений базируется на практике судебных органов, связана только с практикой применения законов, преследует цель обеспечить правильное, с точки зрения авторитетного интерпретатора, толкование и применение законов»².

¹ Пионтковский А. А. Наука и социалистическое правосудие // Бюллетень Верховного Суда СССР. 1964. № 2. С. 17.

² Черданцев А. Ф. Толкование советского права. Москва, 1979. С. 153 ; Вопленко Н. Н. Официальное толкование норм права. Москва, 1976 ; Пиголкин А. С. Толкование нормативных актов в СССР. Москва, 1962.

Судебная практика постановлений Пленума Верховного Суда является образцом обязательного применения как нижестоящими судебными инстанциями, так и другими органами, должностными лицами в правоприменительном процессе, поскольку заполняет пробел недостающей статьи кодекса (закона), позволяет на основе авторитетного толкования и разъяснения единообразно применять законодательство. Поэтому такая судебная практика «уже является источником права»¹.

Одним из примеров может служить Постановление № 5 Пленума Верховного Суда РФ от 25 апреля 1995 г. «О некоторых вопросах применения судами законодательства об ответственности за преступления против собственности». Так, с инфляцией в стране стоимость товара постоянно изменялась в сторону увеличения. Если стоимость похищенного имущества определялась на момент совершения преступления, то при рассмотрении дела в судебном заседании и взыскании материального ущерба с виновных лиц стоимость оставалась прежней, без учета ее стоимости на момент рассмотрения дела. Тем самым потерпевшему от преступления практически взыскивалась стоимость похищенного в значительно меньшем размере, чем была на день рассмотрения дела. С целью недопущения нарушений имущественных прав потерпевшей стороны, пострадавшей от преступления, Пленум выработал правовое положение следующего содержания: «При определении размера материального ущерба, наступившего в результате преступного посягательства, необходимо учитывать стоимость имущества на день рассмотрения решения о возмещении вреда с ее последующей индексацией на момент исполнения приговора» (п. 6)².

Данным положением суды обязаны руководствоваться при рассмотрении гражданского иска в уголовном деле, а в случае игнорирования решение суда в этой части признавалось незаконным и подлежало отмене. Созданная судебная практика позволила защитить интересы потерпевших и реально взыскивать стоимость похищенного имущества на день принятия решения. Необходимо также отметить, что постановления Пленума Верховного Суда РФ могут основываться на прецедентах Конституционного Суда РФ.

¹ Смирнов Л. В. Деятельность судов Российской Федерации как источник права // Журнал российского права. 2001. № 3. С. 51 ; Ершов В. В. Статус суда в правовом государстве. Москва, 1992. С. 194.

² Бюллетень Верховного Суда РФ. 1995. № 7.

Так, например, на основе Постановления Конституционного Суда РФ от 11 апреля 2000 г. и вопросов, возникших в судебной практике, Пленум Верховного Суда РФ принял Постановление № 19 от 25 мая 2000 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые постановления Пленума Верховного Суда РФ». В Постановлении определена подведомственность дел судам, даны дефиниции, что следует понимать под нормативным правовым актом, под правовым актом и как должен быть изложен вывод суда в резолютивной части решения. Данное Постановление урегулировало порядок рассмотрения судами дел по заявлениям прокуроров о признании правовых актов противоречащими закону и имело обязательную силу для судов¹.

Судебная практика Верховного Суда создается также президиумом, судебными коллегиями при рассмотрении конкретных дел по первой инстанции, в кассационном и надзорном порядке. Такие решения имеют авторитетное толкование, разъяснение закона, обязательно используются нижестоящими судами для правильного применения законодательства и вполне могут рассматриваться в качестве источника права, поскольку иногда решают те вопросы, которые в принципе должен решать законодатель.

Судебная практика, как отмечает В. М. Жуйков, закрепленная в некоторых постановлениях Пленума Верховного Суда РФ, является источником права, а судебная практика, выраженная в официально опубликованных постановлениях Верховного Суда по конкретным делам (определениях Судебных коллегий, постановлениях Президиума), также зачастую выступает источником права и учитывается судами при разрешении ими дел².

Данная точка зрения неоднозначная, поскольку оппонирующие сторонники считают, что судебная практика не «источник права» и «не будучи правотворчеством, является одним из важнейших источников для правотворчества. Поэтому суд не законодательствует и не управляет. Он применяет право. Судейское же правотворчество — это опасный симбиоз судьи и законодателя в одном лице»³.

Отрицательную позицию в отношении практики и судебного прецедента как источников права в отечественной правовой

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2000. № 7.

² Жуйков В. М. Судебная защита прав граждан и юридических лиц. Москва, 1997. С. 189.

³ Нерсесянц В. С. Теория права и государства. Москва, 2001. С. 98–99.

системе поддерживают и некоторые другие авторы¹. Но эта позиция незначительного меньшинства.

По нашему мнению, судебный прецедент и судебная практика реально существуют и эффективно применяются в российской правовой системе.

Утверждение судебного прецедента видится в постановлениях Конституционного Суда РФ, а судебную практику как источник права создают Верховный Суд РФ и Высший Арбитражный Суд РФ. Поэтому судебная практика имеет «множество резервов, использование которых должно способствовать совершенствованию российского правотворчества»².

В настоящее время обязательность постановлений Пленума Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ имеет законодательное закрепление³. По нашему мнению, следует также признать обязательность решений президиума ВС РФ и ВАС РФ для нижестоящих судебных инстанций, в которых формулируются новые правовые нормы, дается наиболее точное толкование закона или приводится принципиальная правовая позиция по конкретному делу.

Справедливо утверждение В. М. Лебедева: «Здесь в силу новизны проблемы позиции ученых и практиков еще недостаточно определены. Одно дело, когда суды фактически относятся к решениям Верховного Суда РФ как к прецеденту. И другое дело, когда они смогут ссылаться на них в своих решениях. Нужно еще хорошо продумать стиль судебных решений, способ, систему опубликования прецедентных решений, изучить зарубежный опыт в этом вопросе»⁴.

¹ Марченко М. Н. Сравнительное правоведение. Москва, 2001. С. 539–543.

² Бошно С. В. Судебная практика – источник правотворчества. Роль судебной практики в правовой системе // Российский судья. 2001. № 3. С. 3–5.

³ Статья 56 Закона РСФСР от 08.07.1981 «О судостроительстве РСФСР» // Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР. 1981. № 28. Ст. 976 ; Статья 13 ФКЗ от 28.04.1995 «Об арбитражных судах в Российской Федерации // Собрание законодательства РФ. 1995. № 18. Ст. 1589.

⁴ Лебедев В. М. Судебная власть в современной России: проблемы становления и развития. Санкт-Петербург, 2001. С. 215.

СУДЕБНОЕ ПРАВОПРИМЕНЕНИЕ: ВОПРОСЫ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ*

В современных условиях развитие государства невозможно без интеграционных процессов, происходящих в мире. Глобализации подвержены не только экономические, национальные, экологические, политические отношения, но и правовая система государства, в том числе правотворчество и правоприменение.

Под влиянием этих процессов в российской правовой системе действуют прецеденты Европейского Суда по правам человека, правовые позиции Конституционного Суда РФ, которые стали неотъемлемой частью правовой системы, ее структурным элементом, регулирующим спорные отношения. Возросла роль судебной практики высших судебных инстанций (Верховного Суда РФ, Высшего Арбитражного Суда РФ). Принимаемые ими решения по конкретным делам, а также рекомендации, выработанные на основе обобщенных дел, имеют обязательную силу для судей. Общепризнанно, что основным источником права в российской правовой системе считается нормативный акт. Следует согласиться с мнением Е. Г. Лукьяновой, согласно которому в силу своих исключительных свойств нормативно-правовой акт продолжает оставаться доминирующим источником права в государствах романо-германской правовой системы. Вместе с тем важную роль стала играть судебная практика, в том числе и международно-правовая. Формально судебная практика в России не является обязательной при последующем рассмотрении аналогичных дел, однако суды низшей инстанции в большей степени, чем раньше, стали руководствоваться судебной практикой высших судов¹.

В теории права правоприменение тесно связано с нормативно-правовым актом, поскольку «на стадии правоприменительного процесса дается правовая квалификация (юридическая оценка) установленным фактическим обстоятельствам дела, т.е. решается вопрос, какая норма права распространяется на данный случай,

* Опубликовано: Судебное правоприменение: вопросы теории и практики // Вестник Саратовской государственной академии права. 2009. № 6. С. 26–29.

¹ Лукьянова Е. Г. Основные тенденции развития российского права в условиях глобализации // Государство и право. 2004. № 7. С. 85.

подпадает ли этот факт под ее действие»¹. Правоприменительный процесс состоит из нескольких стадий: установление фактических обстоятельств дела; выбор и анализ юридической нормы; вынесение и документальное оформление правоприменительного решения².

Вопрос о применении основного (нормативно-правового акта) и дополнительного (правовых позиций, судебной практики) источников права не всегда находит однозначное понимание, тогда как в судебной деятельности в некоторых случаях при разрешении правового спора или установлении юридического факта с применением только одного нормативного акта без взаимосвязи с правовыми позициями, судебной практикой может возникнуть ошибочное установление фактических обстоятельств дела, их юридической оценки и, как следствие, – принятие неправосудного решения. Поэтому остро встает проблема применения как нормативного акта, так и судебной практики высших судебных органов.

Традиционный подход правоприменения может на стадии выбора и анализа юридической нормы дать сбой. Правоприменитель при выборе нормы права, если не учитывает правовые позиции, судебную практику, которые раскрывают, дополняют содержание правовой нормы, а в некоторых случаях и восполняют ее в правоприменительной деятельности, может допустить ошибку. В таких случаях без определенных навыков познания и анализа постановлений Конституционного Суда РФ, признавших не соответствующими Конституции РФ оспариваемые нормы права, судебной практики Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ, невозможно вынести законное судебное решение или иной правоприменительный акт.

Во избежание негативных последствий в принятии судебного решения, в процессе судебного правоприменения при установлении юридической основы дела и выборе нормы права необходимо учитывать правовые позиции Конституционного Суда РФ, судебную практику высших судебных инстанций, помогающих определить правоприменителю, действует ли выбранная норма

¹ Григорьев Ф. А., Черкасов А. Д. Применение права // Теория государства и права : курс лекций / под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. Москва, 1999. С. 418.

² Кулапов В. Л., Сенякин И. Н. Теория государства и права. Саратов, 1999. С. 72 ; Кулапов В. Л. Теория государства и права. Саратов, 2005. С. 257.

права самостоятельно или ее следует применять во взаимосвязи с правовыми позициями и судебной практикой. Для этого, по нашему мнению, необходимо уже после установления фактических обстоятельств дела решать вопрос о выборе и анализе не только нормы права, но и определенных правовых позиций Конституционного Суда РФ и судебной практики Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда, которые дополняют выбранную норму права (материальную или процессуальную) нормативно-правовым содержанием, регулируя тем самым спорные правоотношения. Данная процедура позволит правоприменителю правильно сформулировать и документально изложить судебное решение.

Приведем примеры из судебной практики, без учета которых невозможно вынести законное судебное решение по делу.

Постановлением Конституционного Суда РФ от 20 ноября 2007 г. признаны не соответствующими Конституции РФ отдельные статьи гл. 51 УПК РФ, касающиеся вопроса о применении к лицам, признанным невменяемыми и совершившим общественно опасные деяния, принудительных мер медицинского характера. Суд сформулировал правовую позицию, в которой содержатся правила рассмотрения таких дел судебными органами, а именно: лицо, в отношении которого проводится предварительное следствие, может лично знакомиться с материалами уголовного дела, участвовать в судебном заседании при его рассмотрении, заявлять ходатайства, инициировать рассмотрение вопроса об изменении и прекращении применения указанных мер и обжаловать принятые по делу процессуальные решения¹. Рассмотрение судьей такого дела, без учета данной правовой позиции, ставит под сомнение принятое судебное решение, поскольку нарушаются права лица, в отношении которого ведется производство о принудительных мерах медицинского характера.

Другой пример – постановление Конституционного Суда РФ от 22 марта 2005 г. по делу о проверке конституционности ряда положений УПК РФ, регламентирующих порядок и сроки применения в качестве меры пресечения заключение под стражу на стадиях уголовного судопроизводства, следующих за окончанием предварительного расследования и направлением уголовного дела в суд². Судом выработаны правовые позиции, регулирующие

¹ Российская газета. 2007. 28 ноября.

² Российская газета. 2005. 1 апреля.

порядок заключения под стражу в качестве меры пресечения в отношении обвиняемого, дело которого поступило в суд для рассмотрения. Данные правовые позиции Суда непосредственно применяются судьей на предварительном слушании дела в уголовном судопроизводстве. В гражданских правоотношениях Конституционным Судом РФ выработан ряд правовых позиций, которые прочно вплетаются в систему судебного правоприменения и в обязательном порядке учитываются судьями.

Постановлением Конституционного Суда РФ от 27 февраля 2009 г. признаны не соответствующими Конституции РФ отдельные положения ст. 37, 52, 135, 284, 379.1 ГПК РФ и ч. 4 ст. 28 Закона РФ «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании». Суд выработал правовые позиции следующего содержания: не допускается суду принимать решение о признании гражданина недееспособным на основе одного лишь заключения судебно-психиатрической экспертизы, без предоставления гражданину, если его присутствие в судебном заседании не создает опасности для его жизни либо здоровья или для жизни либо здоровья окружающих, возможности изложить суду свою позицию лично либо через выбранных им самим представителей; возможности обжаловать принятое судом решение в кассационном и надзорном порядке и излагать свою позицию в этих инстанциях лично или через представителей; не допускается помещать недееспособное лицо в психиатрический стационар без судебного решения¹. Рассмотрение судом заявления о признании гражданина недееспособным без учета правовой позиции Конституционного Суда РФ влечет отмену судебного решения.

Следовательно, суды обязаны руководствоваться не только Конституцией, федеральными законами, но и правовыми позициями высших судебных органов, что позволяет формировать единообразную судебную практику по определенным категориям дел и выносить законные решения. Судьи, рассматривающие уголовные, гражданские и административные дела, должны учитывать сложившуюся судебную практику, а если основные положения судебной практики не учитываются и не применяются судьей в процессе, это приводит к судебным ошибкам. Х. Б. Шейнин справедливо отмечает, что применение руководящих разъяснений является частью общего процесса применения закона, неприменения

¹ Российская газета. 2009. 18 марта.

или ошибки в применении руководящих разъяснений также могут влечь за собой отмену или изменения приговора¹.

В одном из постановлений Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2009 г. «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации»² изложены положения о том, как должен действовать судья при рассмотрении жалоб и какие принимать решения. В настоящее время в ст. 125 УПК РФ не предусмотрены такие действия и решения, и судьи обязаны при рассмотрении жалоб руководствоваться данным постановлением Пленума. Игнорирование его положений в процессе применения ст. 125 УПК РФ может повлечь вынесение незаконного судебного решения.

Принцип обязательности решений высших судебных инстанций нашел свое отражение в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 19 декабря 2003 г. «О судебном решении»³, согласно которому судам общей юрисдикции следует учитывать постановления Конституционного Суда РФ о толковании положений Конституции РФ, о признании соответствующими либо не соответствующими Конституции РФ нормативных актов; постановления Пленума Верховного Суда РФ, содержащие разъяснения вопросов, возникающих в судебной практике при применении норм материального и процессуального права, подлежащих применению в данном деле.

По нашему мнению, применение нормативных актов и постановлений высших судебных органов в полной мере способствует разрешению правового спора, единообразному осуществлению правосудия по защите прав и свобод человека, юридических лиц в российском судопроизводстве. В процессе правоприменения необходимо учитывать не только нормативный акт как основной источник права, но и решения высших судебных инстанций (правовые позиции Конституционного Суда РФ, судебную практику Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ), дополняющих основной источник права и в таком соотношении регулирующих спорные отношения между гражданами, юридическими лицами.

¹ Настольная книга судьи / под ред. А. Ф. Горкина и др. Москва, 1972. С. 68.

² Бюллетень Верховного Суда РФ. 2009. № 4.

³ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. № 2.

Следовательно, законность и обоснованность судебных решений во многом зависят от умелого и правильного применения как нормативно-правового акта, так и судебной практики к спорным казусам и правонарушениям.

Ссылка на постановление Конституционного Суда РФ или Пленума приводится в мотивировочной части решения (постановления, определения, приговора) суда. Если судья применяет и приводит постановление Конституционного Суда РФ, Пленума в решении суда, то следует указать дату, номер, пункт и название постановления, привести правовую позицию, правоположение постановления, на которых суд строит свои выводы.

Думается, такой порядок подсказывает также сама судебная практика применения постановлений Конституционного Суда РФ и Пленумов Верховного Суда РФ, а именно кассационная и надзорная. Положительный опыт следует использовать судам первой инстанции в случаях применения данных постановлений при составлении и вынесении судебного решения по делам.

В заключение следует отметить, что в современных условиях механизм судебного правоприменения требует более детальной проработки, обсуждения, нормативного закрепления, чтобы правосудие осуществлялось единообразно и разрешение правовых споров и установление юридических фактов соответствовало требованиям законности и справедливости.

СУДЕБНАЯ ПОЛИТИКА И ПРАКТИКА В ПРАВОВОЙ СИСТЕМЕ РОССИИ*

В рамках судебно-правовой реформы совершенствуются все составляющие элементы судебной системы. Уникальность судебной реформы состоит в том, что ей предшествовала разработанная и утвержденная Верховным Советом РСФСР 24 октября 1991 г. «Концепция судебной реформы в РСФСР». Это был целостный план строительства одной из ветвей государственной власти¹. В результате судебная власть получила конституционное закрепление и дальнейшее развитие в законодательных актах, что свидетельствует о реализации судебно-правовой политики со стороны государства.

Судебная деятельность находит необходимую государственную поддержку, поскольку строительство сильной судебной власти и эффективного судопроизводства – это процесс, который не может быть ограничен временными рамками и требует определенной юридической корректировки на основе выработанной судебно-правовой политики, способной формировать институты судебной власти. Практическое воплощение данной политики реализуется уже через Федеральную целевую программу «Развитие судебной системы России на 2007–2011 годы».

Очередной VII съезд судей России, проходивший со 2 по 4 декабря 2008 г. в Москве, определил дальнейший вектор развития судебной системы страны. Основные положения судебной политики сформулированы в постановлении съезда и направлены на совершенствование и развитие судебной системы, статуса судей, повышение качества правосудия, обеспечение разумных сроков рассмотрения дел и исполнение судебных актов.

Выступая на съезде судей, Президент РФ Д. Медведев отметил, что основы судебной системы, заложенные Конституцией России и конституциями республик, краев, областей, уставами, федеральными законами, незыблемы. Но необходимы тщательная

* Опубликовано: Судебная политика и практика в правовой системе России // Российская юстиция. 2009. № 8. С. 9–11.

¹ Кутафин О. Е., Лебедев В. М., Семигин Г. Ю. Судебная власть в России: история, документы / науч. консультант проекта Е. А. Скрипилев. Москва, 2003. Т. 6. С. 7.

отладка самого механизма правосудия, дальнейшая модернизация законодательства о суде, направленная на повышение качества его работы¹. Высказанные предложения дают новый импульс для формирования и развития судебно-правовой политики.

В юридической литературе судебно-правовая политика рассматривается как более широкое понятие, чем судейская политика. Основные ее отличия от последней – множество субъектов ее формирования, более широкое содержание и масштабные формы реализации. Поэтому обоснованно В. А. Терехин и С. Ф. Афанасьев приходят к выводу о том, что судебно-правовая политика есть научно обоснованная, последовательная и системная деятельность государства, его органов и должностных лиц, негосударственных институтов и других субъектов социальных связей по выработке правовых идей, реализуемых в сфере организации и осуществления правосудия².

Судебно-правовая политика определяет статус судей, положение органов судейского сообщества, закрепляет формы судебной практики высших судебных инстанций, устанавливает систему судоустройства, правила судопроизводства по рассмотрению дел. Все это взаимосвязано с существованием организованных определенным образом судов. Организацию судов определяет судоустройство, а порядок рассмотрения дел судом – судопроизводство.

В ходе судебной деятельности по осуществлению правосудия и функционирования органов судейского сообщества вырабатывается судебная политика в области правоприменения, судоустройства, судопроизводства, статуса судей, материально-технического обеспечения и по другим направлениям, относящимся к компетенции этих органов. Судебная деятельность судейского сообщества вырабатывает стратегические направления судебной политики в системе государственной власти, стимулирует принятие законов о совершенствовании правосудия³.

¹ Журнал «Судья». 2008. № 12.

² Терехин В. А., Афанасьев С. Ф. Судебно-правовая политика // Правовая политика России: теория и практика / под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. Москва, 2006. С. 310–311.

³ Гук П. А. Судебная деятельность как важнейший элемент правовой жизни общества // Правовая жизнь в современной России: теоретико-методологический аспект / под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. Саратов, 2005. С. 484–496.

Ключевой фигурой в этой сфере выступает судья, наделенный соответствующими полномочиями по рассмотрению правовых споров в определенном виде судопроизводства, формированию и выработке судебской политики по применению нормативных актов, обобщению судебной практики и созданию правовых позиций и т.д.

Следовательно, можно сделать вывод о существовании многогранного, комплексного, многофункционального явления в политике судебной власти, а именно основных ее видов – судебно-правовой политики, судебной политики и судебской политики, которые функционируют как самостоятельно, так и взаимосвязаны между собой.

Суд является одним из органов государственной власти, применяет как материальный, так и процессуальный закон. В процессе применения суд должен реализовать закон в полном соответствии с его смыслом. Но законодатель не всегда точно может довести до правоприменителя смысл закона, охватить законом весь спектр общественных отношений. Поэтому в правоприменительном процессе устранить неясность закона, дать наиболее точное его толкование и разъяснение, преодолеть пробел в законе призван суд в лице судей.

Судьи, подчиняясь Конституции и федеральным законам, не вправе отказать в судебной защите гражданину под предлогом отсутствия нормативного акта или его неясности. В таком случае у них есть конституционное право (ст. 46) на осуществление судебной защиты граждан, их прав и свобод, даже когда оспариваемые отношения не урегулированы законом. В таких ситуациях доурегулировать спорные отношения имеет по праву суд (судья).

Право выбора в применении нормативного акта, правовых позиций, судебной практики или выработке правовоположения для разрешения правового спора имеет только судья или коллегия судей.

Такая мыслительно-аналитическая деятельность судьи (судей) по выбору единственно верной правовой нормы, правовой позиции, правовоположения судебной практики, при наличии нескольких легитимных вариантов для применения к спорному правоотношению или выработки общего правовоположения, представляет собой судебское усмотрение.

Судейское усмотрение можно определить как предоставленное судье право свободного анализа и выбора единственно

возможного варианта решения (из имеющихся нормативных актов, правовых позиций, судебной практики), способного урегулировать отношения при разрешении юридического спора в определенном виде судопроизводства с закреплением результата выбора в судебном акте¹.

В литературе данную судебскую деятельность определяют как судебную или судебскую политику. Так, А. Барак отмечает, что судебская политика – это сознательное формирование соображений, согласно которым судья делает выбор между различными соответствующими праву альтернативами, открытыми перед ним в трудных делах. Правовая политика, с другой стороны, относится к цели правовых норм – принципам, социальным целям и стандартам, на достижение которых направлены законодательные или созданные судьями правовые нормы².

Наиболее значимые результаты судебной политики формируются высшими судебными органами и принимаются в виде постановлений Конституционного Суда РФ, постановлений Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ. Данные судебные акты содержат правовые позиции, правоположения, которые разъясняют, толкуют нормы права, а в некоторых случаях содержат нормы судебного права, обязательные для применения в регулировании спорных правоотношений. Следует согласиться с мнением И. Б. Михайловской о том, что «наиболее отчетливые очертания политика судебной власти приобретает в решениях высших судебных органов»³.

Практическое воплощение судебной политики можно проиллюстрировать на примерах из судебной практики высших судебных органов.

Так, Конституционный Суд РФ в конце 1990-х гг. и до принятия нового уголовно-процессуального закона выработал ряд правовых позиций, в результате чего стало возможным судебное обжалование постановлений о возбуждении и прекращении уголовного дела; постановлений, связанных с производством обыска и наложением ареста на имущество, приостановлением уголовного

¹ Гук П. А. Независимость и судебское усмотрение // Российская юстиция. 2008. № 11. С. 45–47.

² Барак А. Судейское усмотрение. Москва, 1999. С. 294–295.

³ Михайловская И. Б. Судебная политика // Судебная власть / под ред. И. Л. Петрухина. Москва, 2003. С. 69.

дела; получили доступ на участие в судебных прениях потерпевшие¹.

Правовые позиции Конституционного Суда, изложенные в его решениях, имели нормативно-правовое значение и непосредственно применялись судьями в практической деятельности. Для удобства пользования решениями Конституционного Суда РФ с практической точки зрения удачно были использованы элементы юридической техники. При публикации новых сборников законов ставятся сноски на судебные решения под соответствующими статьями закона².

Думается, что такое сочетание нормативного акта и правовых позиций позволяет избежать судебных ошибок в правоприменении. С принятием нового УПК РФ (2002), большинство правовых позиций получили законодательное закрепление в кодексе, это является результатом судебной политики Конституционного Суда.

В настоящее время предметом проверки Конституционным Судом РФ стали отдельные положения статей УПК РФ на соответствие Конституции РФ. Принятые Судом решения содержат правовые позиции, регулирующие право потерпевших на обжалование судебного решения о прекращении уголовного дела в связи с отказом государственного обвинителя от обвинения; пересмотр судебного решения в порядке надзора по жалобе потерпевшего или по представлению прокурора, ухудшающие положение осужденного; о проверке заявления потерпевшего прокурором, следователем, органом дознания по установлению лица, виновного в преступлениях, предусмотренных ст. 115, 116 УК РФ; выработан механизм избрания меры пресечения обвиняемому после поступления дела в суд³.

По нашему мнению, правовые позиции Конституционного Суда РФ являются дополнительным источником права, поскольку регулируют те отношения участников процесса, по которым норма права признана судом неконституционной, устанавливают определенную процедуру в уголовном судопроизводстве, и действуют до внесения соответствующего изменения в закон.

¹ Собрание законодательства РФ. 1995. № 47 ; 1998. № 19, 28 ; 1999. № 4.

² УПК РСФСР. Москва, 2000 ; ГК РФ с постатейным приложением материалов судебной практики. Москва, 2001 ; Судебная практика к УК РФ / сост.: С. В. Бородин, А. И. Трусов ; под общ. ред. В. М. Лебедева. Москва, 2001 ; УПК РФ. Новосибирск, 2007.

³ Российская газета. 2005. 1 апреля, 20 мая, 8 июля.

По данному аспекту М. Н. Марченко справедливо пишет: «В период же между принятием Судом соответствующего вердикта о несоответствии отдельных положений нормативно-правового акта Конституции РФ и моментом внесения законодателем изменений в нормативно-правовой акт действует норма (нормы), содержащаяся в судебном вердикте. С внесением изменений в нормативно-правовой акт эта «судейская» по своей природе и характеру норма «перекрывается» соответствующей парламентской (законодательной) нормой»¹.

В практической деятельности суды также руководствуются постановлениями Пленума Верховного Суда РФ, правоположения которого более оперативно восполняют то, что законодатель недостаточно точно учел, принимая закон. Одним из примеров может служить постановление Пленума Верховного Суда РФ № 1 от 10 февраля 2009 г. «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 УПК РФ», в котором закреплены правоположения нормативно-правового содержания, определяющие порядок рассмотрения судьей жалоб на действие (бездействие) должностных лиц в досудебном производстве².

Постановления Пленума Верховного Суда признаются обязательной судебной практикой, отдельные их положения применяются судьями при рассмотрении дел различных категорий в совокупности с нормами права, это своеобразное проявление судебной политики со стороны высших судебных органов по формированию единой судебной практики.

В целях единообразного рассмотрения судьями дел Пленум Верховного Суда РФ 19 декабря 2003 г. принял постановление «О судебном решении», в котором сформулировал порядок применения судами при разрешении конкретного правового спора как правовых норм, так и постановлений Конституционного Суда РФ, Пленума ВС РФ, постановлений Европейского Суда по правам человека, в их единой правовой взаимосвязи³. В судебном акте заложен механизм применения решений высших судебных инстанций судами общей юрисдикции.

Это еще раз подтверждает существование принципа обязательности судебной практики высших судебных инстанций

¹ Общая теория государства и права. Академический курс : в 3 т. / отв. ред. М. Н. Марченко. Москва, 2007. С. 485.

² Бюллетень Верховного Суда РФ. 2009. № 4.

³ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. № 2.

и применение ее в судебной деятельности. Поэтому обосновано утверждение В. И. Анишиной о том, что постановления Пленумов высших судов в Российской Федерации фактически являются источниками права, используются правоприменителями, а зачастую и органами других ветвей власти в нормотворческом процессе¹.

В заключение следует отметить, что судебная политика и практика в российской правовой системе вырабатывает стратегические направления судебной власти в осуществлении правосудия, судоустройства, статуса судей, совершенствует судебный нормоконтроль, что в свою очередь формирует правовую государственность, позволяет наиболее эффективно защищать права, свободы и законные интересы граждан в современных условиях.

¹ Анишина В. И. Постановления Пленумов высших судов Российской Федерации: правовая природа, место и роль в правовой системе // Российский судья. 2008. № 5. С. 4–8.

ПРАВОВАЯ ПОЗИЦИЯ КАК ФОРМА СУДЕБНОГО НОРМОТВОРЧЕСТВА*

Деятельности Конституционного Суда РФ отводится особая роль в сохранении конституционного строя, обеспечении конституционных прав и свобод граждан, суверенитета, целостности и неприкосновенности территории России, нормальных взаимоотношений субъектов Российской Федерации с федеральными органами государственной власти.

При осуществлении конституционного судопроизводства Суд призван решать исключительно вопросы права. Как отмечает Б. С. Эбзеев: «Важной особенностью юридической природы Конституционного Суда РФ является то, что он должен не только применять Конституцию и право, но и находить "право". Речь, по существу, идет о судебном нормотворчестве»¹.

В научной литературе отсутствует единое мнение о судебном нормотворчестве. Одни авторы признают правотворческую роль высших судебных инстанций, другие считают, что суды не наделены в силу закона такой функцией, а поэтому «творить право» у них нет полномочий. В то же время на практике ситуация складывается иначе: высшие судебные органы не только создают общие судейские нормы, но и применяют их, когда законодатель молчит. В основном процесс судебного нормотворчества отражается в постановлениях Конституционного Суда РФ и содержащихся в них правовых позициях.

Правовая позиция Суда при отсутствии нормативного (законодательного) регулирования тех или иных правоотношений создает образец правовой нормы, – отмечают Н. С. Волкова и Т. Я. Хабриева, – которая до момента устранения пробела в законодательном порядке выполняет роль правила, обязательного для соблюдения, а в последующем может быть трансформирована в нормативный правовой акт, что, как правило, и происходит².

* Опубликовано: Правовая позиция как форма судебного нормотворчества // Законы России. Опыт, анализ, практика. 2010. № 7. С. 76–83.

¹ Эбзеев Б. С. Человек, народ, государство в конституционном строе Российской Федерации. Москва, 2005. С. 510.

² Волкова Н. С., Хабриева Т. Я. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации и парламент. Москва, 2005. С. 51.

В. Д. Зорькин пишет: «Правовые позиции Конституционного Суда наряду с их прецедентным характером имеют преюдициальную силу для судов. Если определенная норма отраслевого законодательства признана неконституционной, то она тем самым утрачивает юридическую силу и становится недействительной; при этом не только она, но и подобные ей по содержанию нормы других нормативных актов не могут применяться судами. ...Правовые позиции Конституционного Суда, содержащиеся в решениях, фактически отражают его особого рода правотворчество»¹.

Фактически Конституционный Суд РФ по результатам рассмотрения дела, в процессе выработки единой правовой позиции формирует нормативно-правовые положения, которыми перекрывается признанная не соответствующей Конституции РФ норма права или дается толкование норме права.

Для поддержания регулятивного процесса общественных отношений образованный правовой вакуум заполняется правовой позицией Конституционного Суда РФ, которая функционирует до принятия законодательным органом соответствующей нормы.

В судебной деятельности, как правило, учитываются постановления Конституционного Суда РФ, в которых сформулированы нормативно-правовые положения, обязательные для применения.

Формирование правовых позиций Конституционного Суда РФ осуществляется на основе рассмотрения конкретных дел в конституционном судопроизводстве при официальном толковании Конституции РФ, при абстрактном и конкретном нормоконтроле, при разрешении споров о компетенции, при рассмотрении жалоб.

При формировании правовой позиции как результата интерпретации правовой нормы Суд всегда исходит из ее смысла, используя имеющиеся способы толкования (логический, систематический, грамматический, исторический, телеологический, функциональный).

Процесс формирования правовых позиций проходит через все стадии в конституционном судопроизводстве и окончательно закрепляется в итоговом судебном решении. Конституционное судопроизводство регулируется процедурными правилами, регламентом и состоит из последовательно сменяющих друг друга стадий. Н. В. Витрук отмечает, что «стадия конституционного

¹ Зорькин В. Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. 2004. № 12. С. 5.

судопроизводства охватывает относительно замкнутый комплекс действий конституционного суда и участников конституционного процесса, протекающих во времени и направленных на решение конкретной правовой ситуации. Последовательность наступления стадий преследует конечную цель – вынесение Конституционным Судом итогового решения по делу»¹, в котором сформулированы правовые позиции.

Основной процесс создания правовых позиций проходит в совещательной комнате судей – так называемая стадия выработки итогового решения, которая, по нашему мнению, имеет определенные подстадии, влияющие на принятие окончательного решения².

Механизм выработки правовых позиций, по мнению Н. С. Волковой и Т. Я. Хабриевой, представляет собой стадийный процесс, который состоит из этапов, включающих изучение (познание) и оценку смысла толкуемого конституционного положения; изучение и оценку смысла рассматриваемого акта, придаваемого официальным и иным толкованием; изучение и оценку сложившейся правоприменительной практики по рассматриваемому вопросу; изучение места рассматриваемого акта в системе правовых актов³.

Окончательно выработанные и сформулированные правовые позиции закрепляются в судебном акте, итоговом решении (постановлении) Суда, подписываются судьями, и судебное решение публично провозглашается в полном объеме. В юридической литературе достаточно широкий диапазон мнений по вопросам о правовых позициях⁴. Но общетеоретическое определение

¹ Витрук Н. В. Конституционное правосудие. Москва, 1998. С. 218.

² Гук П. А. Судебный прецедент: теория и практика. Москва, 2009. С. 91–92.

³ Волкова Н. С., Хабриева Т. Я. Указ. соч. С. 46.

⁴ Гаджиев Г. А. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации как источник конституционного права // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 1999. № 3 ; Анишина В. И. Правовые позиции Конституционного Суда России // Российская юстиция. 2000. № 7 ; Железнова Н. Д. Правовые позиции Конституционного Суда как источник права // Российский судья. 2001. № 7 ; Николаев Е. А. Правовые позиции Конституционного Суда РФ: определение, юридическая природа, имплементация в правовую систему // Право и политика. 2002. № 3 ; Волкова Н. С. Приемы формирования правовой позиции Конституционного Суда РФ // Журнал российского права. 2005. № 9 ; Байтин М. И. О юридической природе решений Конституционного Суда РФ // Государство и право. 2006. № 1 ; Шульга И. В. Правовая позиция Верховного Суда РФ как разновидность судебных правовых позиций // Российское правосудие. 2009. № 10 и др.

«правовой позиции» отсутствует, что порождает споры при отставлении той или иной точки зрения в понимании данного правового явления.

Любое исследование – это путь к познанию предмета исследования, и начинается он с общетеоретических аспектов в понимании правовой позиции. Ю. А. Тихомиров впервые смог вывести данное правовое явление на общетеоретический уровень обсуждения. По его мнению, «правовая позиция – это оценка актов и действий в одной коллизионной ситуации, устойчиво повторяемая применительно к анализу аналогичных ситуаций, действий и актов»¹.

В дальнейшем первыми работами общетеоретического плана стали труды В. М. Баранова и В. Г. Степанкова, в которых раскрываются социальная сущность правовых позиций, их виды². Так, авторы отмечают, что «Правовая позиция относится к разряду общетеоретических понятий, которое не только может, но и должно быть распространено на гораздо более широкий круг юридических явлений. Правовая позиция – особая, специфическая форма правового регулирования социального общения, элемент своеобразного процесса юридического воздействия на интеллектуальном уровне. Правовая позиция – показатель качества нормотворческой, интерпретационной и правоприменительной деятельности органов государственной власти и местного самоуправления, их места и роли в жизни общества»³. В работе высказаны направления для дальнейшего исследования этого правового явления, по результатам которого можно будет сделать определенные выводы о природе правовых позиций.

Так, В. Н. Карташов на основе анализа различных взглядов на понимание правовой позиции приходит к выводу о том, что «под правовой позицией следует понимать соответствующим образом осознанное, мотивированное и внешне выраженное

¹ Тихомиров Ю. А. Коллизионное право. Москва, 2000. С. 73.

² Баранов В. М., Степанков В. Г. Правовая позиция как общетеоретический феномен. Н. Новгород, 2003 ; Степанков В. Г. Виды общетеоретических правовых позиций. Н. Новгород, 2003.

³ Баранов В. М., Степанков В. Г. Указ. соч. С. 35, 121, 123 ; Баранов В. М. Теоретико-юридические проблемы формирования и реализации правовых позиций высших судебных инстанций в современной России // Судебное правоприменение: проблемы теории и практики / под ред. В. М. Сырых. Москва : РАП, 2007.

положение по поводу разрешения того или иного юридического вопроса, ситуации и т.д.»¹.

Н. А. Власенко обстоятельно рассматривает точки зрения о понимании правовых позиций, подразделяет их на правотворческие, доктринальные и правоприменительные и обоснованно делает вывод, что «под правовой позицией предлагается понимать оценку фактической реальности и систему аргументов, выводов и предложений по ее правовому урегулированию. Это своего рода логико-юридическая конструкция, выражающая отношение к праву, правовому регулированию и его нормам»².

Попытка Н. А. Власенко дать определение общетеоретического характера правовым позициям заслуживает всяческой поддержки. В то же время он считает, что «в современной юридической литературе нет единого мнения по вопросу, что понимать под правовой позицией, в том числе под правовой позицией суда вообще и КС РФ в частности»³.

Правовые позиции Конституционного Суда РФ автор относит к правовым позициям суда как разновидностям правовых позиций, под которыми «следует понимать мыслительный акт, представляющий собой системное текстовое изложение суждений судебной инстанции (судьи) или других субъектов о мотивах предпочтения применения той или иной юридической нормы (норм)»⁴.

Общетеоретические взгляды на данное правовое явление все же возвращают нас к правовой позиции Конституционного Суда РФ, определение которой дается как научными, так и практическими работниками. «Основываясь на существенных признаках правовой позиции Конституционного Суда РФ, – отмечает О. Н. Кряжкова, – ее можно определить как правовой вывод, являющийся результатом толкования Конституционным Судом

¹ Карташов В. Н. Правовые позиции Верховного Суда Российской Федерации по поводу применения судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права // Судебное правоприменение: проблемы теории и практики / под ред. В. М. Сырых. Москва : РАП, 2007. С. 234.

² Власенко Н. А. Правовые позиции: понятие и виды // Журнал российского права. 2008. № 12. С. 80.

³ Там же. С. 79.

⁴ Власенко Н. А. Правовая природа, виды и понятие правовых позиций // Российское правосудие. 2008. № 9. С. 36 ; Власенко Н. А., Гринева А. В. Судебные правовые позиции (основы теории). Москва, 2009.

России Конституции Российской Федерации и конституционного смысла иных нормативно-правовых актов, который служит юридическим основанием решений Конституционного Суда и носит общеобязательный и устойчивый характер»¹.

Л. В. Лазарев, комплексно исследуя природу данного правового явления, приходит к следующему выводу: «Правовая позиция Конституционного Суда Российской Федерации – это нормативно-интерпретационное установление, являющееся результатом судебного конституционного толкования, правовым основанием итогового вывода (решения) Конституционного Суда, имеющее общий и обязательный характер, выражающее правопонимание Конституционным Судом конституционных принципов и норм, общепризнанных принципов и норм международного права и конституционно-правового смысла оспоренного нормативного положения и разрешающее спорную конституционно-правовую проблему»².

Н. С. Бондарь пишет: «Правовые позиции КС РФ есть результат истолкования конкретных положений законодательства, итог выявления конституционного смысла рассматриваемых положений. ...В конечном счете это проявление специфической формы правотворчества. ...В дефинитивном плане правовые позиции КС РФ могут быть представлены как аргументированные, получающие обоснование в процедуре конституционного правосудия нормативно-доктринальные выводы, установки и оценки по вопросам права в рамках решения Конституционного Суда, принятого по итогам рассмотрения конкретного дела»³.

Н. С. Волкова и Т. Я. Хабриева определяют, что «правовая позиция Конституционного Суда РФ представляет собой результат деятельности Суда по осуществлению толкования конституционных положений и соотносимых правовых норм, отражающий

¹ Кряжкова О. Н. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации: теоретические основы и практика реализации судами России. Москва, 2006. С. 39.

² Лазарев Л. В. Правовые позиции Конституционного Суда России. Москва, 2008. С. 75.

³ Бондарь Н. С. Нормативно-доктринальная природа решений Конституционного Суда РФ как источника права // Журнал российского права. 2007. № 4. С. 83–84 ; Он же. Конституционный Суд между Сциллой и Харибдой: место конституционного правосудия в системе разделения властей // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2008. № 2.

аргументированные суждения и выводы Суда по конкретным конституционно-правовым проблемам, из которых Суд исходит в своих решениях».

Следует согласиться с авторами в том, что «основополагающим элементом механизма формирования правовой позиции, ее первоначальным источником, несомненно, является научное и профессиональное мировоззрение судей. Их признанная квалификация, высокая компетентность предопределяют авторитетность правовых позиций, их значимость не только в нормативно-регулирующем аспекте, но и в познавательном, научном, образовательном»¹.

Н. В. Витрук дает более емкое определение правовым позициям Конституционного Суда РФ и формулирует следующим образом:

«Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации есть правовые представления (выводы) общего характера Конституционного Суда Российской Федерации как результат толкования Конституционным Судом Конституции Российской Федерации и выявления им конституционного смысла положений законов и других нормативных актов в пределах компетенции Конституционного Суда, которые снимают конституционно-правовую неопределенность и служат правовым основанием итоговых решений (постановлений) Конституционного Суда Российской Федерации»².

На основе данных точек зрения можно сказать, что правовая позиция – это вывод, результат определенной деятельности субъекта по разрешению правовой ситуации. В ходе определенной деятельности по разрешению какой-либо правовой ситуации уполномоченным субъектом этой деятельности формируется правовая позиция, направленная на урегулирование, снятие правовой неопределенности в рассматриваемом деле. Деятельность может быть связана с любой сферой социальных, общественных отношений (законодательной, исполнительной, судебной, прокурорской, следственной, научной и т.д.), регулирующей нормативно-правовыми положениями, в процессе которой уполномоченные

¹ Волкова Н. С., Хабриева Т. Я. Указ. соч. С. 34, 45 ; Аверин А. В. Правоприменительная деятельность суда и формирование научно-правового сознания судей / под ред. М. И. Байтина. Саратов, 2003.

² Витрук Н. В. Конституционное правосудие в России (1991–2001 гг.): Очерки теории и практики. Москва, 2001. С. 111.

субъекты принимают решения. Такая деятельность имеет правовую регламентацию, которой придерживаются субъект и другие участники деятельности. В литературе такая деятельность признается юридической.

По мнению В. Н. Карташова, под юридической деятельностью следует понимать лишь такую опосредованную правом профессиональную, трудовую, государственно-властную деятельность по вынесению юридических решений компетентных на это органов, которая нацелена на выполнение общественных функций и задач (создание законов, осуществление правосудия, конкретизацию права и т.д.) и удовлетворение тем самым как общественных, групповых, так и индивидуальных потребностей и интересов.

Под содержанием юридической деятельности понимается совокупность всех свойств, элементов и процессов, ее составляющих. Элементами содержания выступают субъекты, участники, юридические действия и операции, средства и способы их осуществления, а также результаты действий¹. Непосредственно деятельность осуществляется субъектом (коллективом субъектов) и опирается на его интеллект, знания, профессиональный опыт, логические, аналитические способности, позволяющие объективно оценить конкретную правовую ситуацию в соотношении с нормативно-правовыми положениями и сформулировать единственно возможный вывод, результат, снимающий неопределенность в спорной ситуации.

Именно определенная деятельность позволяет уполномоченному субъекту, оперируя определенными средствами и способами, вырабатывать позицию соответствующего органа, которая формируется как индивидуальная позиция, а если это коллективный орган, то формируется единая коллективная позиция данного органа, выработанная путем взаимных согласований индивидуальных позиций. Окончательно сформированная и зафиксированная позиция является результатом деятельности уполномоченного субъекта и направлена на разрешение правовой неопределенности в рассматриваемой ситуации.

Таким образом, правовая позиция – это правовая оценка фактических обстоятельств рассматриваемого дела уполномоченным субъектом на основе нормативно-правовых положений,

¹ Карташов В. Н. Понятие и структура юридической деятельности // Юридическая деятельность: сущность, структура, виды : сб. науч. тр. Ярославль : Изд-во Яросл. гос. ун-та, 1989. С. 12, 22.

принципов, итогом которой становятся правовые выводы, содержащие правила поведения, принципы, толкование нормы права, разрешающие и снимающие правовую неопределенность и направленные на урегулирование общественных отношений.

Данное определение следует рассматривать как результат определенной деятельности субъекта. На наш взгляд, это один из подходов в понимании правовой позиции через деятельность субъекта, уполномоченного формулировать судебскую норму.

Значительной конституционной проверке подвергался УПК РСФСР, не идеален и новый УПК РФ, отдельные его положения становятся предметом проверки Конституционным Судом РФ, а принятые итоговые решения содержат правовые позиции, регулирующие те отношения, по которым нормы Закона признаны неконституционными.

Так, постановлением Конституционного Суда РФ от 20 ноября 2007 г. № 13-П¹ признаны не соответствующими Конституции РФ отдельные статьи гл. 51 УПК РФ, касающиеся применения к лицам, признанным невменяемыми и совершившими общественно опасные деяния, принудительных мер медицинского характера. Суд сформулировал правовую позицию, в которой содержатся правила рассмотрения таких дел судебными органами, а именно: лицо, в отношении которого проводится предварительное следствие, может лично знакомиться с материалами уголовного дела, участвовать в судебном заседании при его рассмотрении, заявлять ходатайства, инициировать рассмотрение вопроса об изменении и прекращении применения указанных мер и обжаловать принятые по делу процессуальные решения².

Постановлением Конституционного Суда РФ от 27 февраля 2009 г. № 4-П³ признаны не соответствующими Конституции РФ отдельные положения ст. 37, 52, 135, 284, 379.1 ГПК РФ и ч. 4 ст. 28 Закона РФ «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании». Суд выработал правовые позиции следующего содержания: не допускается суду принимать решение о признании гражданина недееспособным на основе одного лишь заключения судебно-психиатрической экспертизы, без предоставления гражданину, если его присутствие в судебном заседании не создает опасности для его жизни либо здоровья или для жизни

¹ СЗ РФ. 2007. № 48, ч. 2. Ст. 6030.

² Российская газета. 2007. 28 ноября.

³ СЗ РФ. 2009. № 11. Ст. 1367.

либо здоровья окружающих, возможности изложить суду свою позицию лично либо через выбранных им самим представителей, возможности обжаловать принятое судом решение в кассационном и надзорном порядке и излагать свою позицию в этих инстанциях лично или через представителей; не допускается помещать недееспособное лицо в психиатрический стационар без судебного решения¹.

Еще один пример – постановление Конституционного Суда РФ от 22 марта 2005 г. № 4-П² по делу о проверке конституционности ряда положений УПК РФ, регламентирующих порядок и сроки применения в качестве меры пресечения заключения под стражу на стадиях уголовного судопроизводства, следующих за окончанием предварительного расследования и направлением уголовного дела в суд³. Судом выработаны правовые положения, которые регулируют порядок заключения под стражу в качестве меры пресечения на подготовительной стадии уголовного судопроизводства, по результатам которой суд применяет соответствующее решение.

Данные правовые позиции непосредственно применяются в судебной деятельности судами общей юрисдикции в качестве дополнительного источника в совокупности с Конституцией РФ и процессуальной аналогией, поскольку законодатель до настоящего времени не внес изменения и дополнения в действующие нормативные акты.

Вопрос о применении нормативного правового акта и правовых позиций не всегда находит однозначное понимание, тогда как в судебной деятельности в некоторых случаях разрешение правового спора с применением только одного нормативного акта без взаимосвязи с правовыми позициями Конституционного Суда РФ может привести к ошибочной юридической оценке фактических обстоятельств дела. Поэтому в судебном процессе при установлении юридической основы дела и выборе нормы права учитываются правовые позиции Конституционного Суда РФ, которые помогают определить правоприменителю, действует ли выбранная норма права самостоятельно или ее следует применять во взаимосвязи с правовыми позициями.

¹ Российская газета. 2009. 18 марта.

² СЗ РФ. 2005. № 14. Ст. 1271.

³ Российская газета. 2005. 1 апреля.

Теоретические и практические положения о правовых позициях Конституционного Суда РФ позволяют нам предложить определение данного правового явления. Правовые позиции Конституционного Суда РФ – это правовая оценка Судом фактических обстоятельств нормативно-правового содержания рассматриваемого дела на соответствие Конституции РФ, итогом которой становятся правовые выводы, содержащие правила поведения, принципы, толкование, изложенные в судебном акте, разрешающие правовую неопределенность и направленные на урегулирование общественных отношений.

Решения Конституционного Суда РФ обязательны на всей территории России, для всех органов и должностных лиц. В постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 19 декабря 2003 г. № 23 «О судебном решении»¹ заложен механизм применения судами общей юрисдикции постановлений Конституционного Суда РФ, постановлений Пленума ВС РФ, постановлений Европейского Суда по правам человека. Это еще раз подтверждает существование принципа обязательности для нижестоящих судебных инстанций применять судебные решения высших судебных органов при рассмотрении споров о праве.

В рамках судебной реформы в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» внесены изменения: законодатель ввел порядок устранения пробела в случае признания закона не соответствующим Конституции РФ и сроки, в течение которых должностные лица должны внести проект нового нормативного акта. До принятия нового нормативного акта непосредственно применяется Конституция РФ². В таких случаях почти всегда правоприменительные органы обращаются не только к Основному закону, но и к правовым позициям Конституционного Суда РФ, которые становятся связующим звеном между конституционной нормой и спорными отношениями.

Правовые положения, устанавливаемые правовыми позициями Конституционного Суда РФ, отмечает С. А. Кажлаев, адресуются субъектам конституционных отношений и являются

¹ Бюллетень ВС РФ. 2004. № 2.

² Федеральный конституционный закон от 15 декабря 2001 г. № 4-ФКЗ «О внесении изменений и дополнений в Федеральный конституционный закон "О Конституционном Суде Российской Федерации"» // СЗ РФ. 2001. № 51. Ст. 4824.

необходимым дополнительным инструментом реализации прав и свобод человека¹.

По нашему мнению, правовые позиции Конституционного Суда РФ выступают дополнительным регулятором общественных отношений, что требует своего юридического закрепления, поскольку их практическое применение уже мало кем отрицается.

Легитимность правовых позиций во многом зависит от политической воли государства и его правовой политики. Для реализации этого необходимо внести дополнения в ч. 4 ст. 79 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» следующего содержания: предложение «До принятия нового нормативного акта непосредственно применяется Конституция Российской Федерации» дополнить **«и постановление Конституционного Суда Российской Федерации, признавшее данный нормативный акт не соответствующим Конституции Российской Федерации».**

В таких случаях Конституция РФ и постановление Конституционного Суда РФ, в котором сформулированы правовые позиции, совместно ликвидируют пробел в законодательстве, заполняют правовой вакуум своим нормативно-правовым содержанием, регулируя тем самым определенный круг общественных отношений.

Так, по мнению М. Н. Марченко, в период между принятием Судом соответствующего решения о несоответствии отдельных положений нормативного правового акта Конституции РФ и моментом внесения законодателем изменений в нормативный правовой акт действует норма (нормы), содержащаяся в судебном акте².

Эти так называемые нормы, изложенные в судебном решении, и есть правовые позиции, формы судебного нормотворчества, которые выступают регулятором спорных общественных отношений и играют роль дополнительного источника права.

Библиографический список

1. Аверин, А. В. Правоприменительная деятельность суда и формирование научно-правового сознания судей / А. В. Аверин ; под ред. М. И. Байтина. – Саратов, 2003.

¹ Кажлаев С. А. Способы универсализации правовых позиций Конституционного Суда РФ // Государство и право. 2008. № 1. С. 21.

² Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судебское право. Москва, 2007. С. 411.

2. Анишина, В. И. Правовые позиции Конституционного Суда России / В. И. Анишина // Российская юстиция. – 2000. – № 7.

3. Байтин, М. И. О юридической природе решений Конституционного Суда РФ / М. И. Байтин // Государство и право. – 2006. – № 1.

4. Баранов, В. М. Теоретико-юридические проблемы формирования и реализации правовых позиций высших судебных инстанций в современной России / В. М. Баранов // Судебное правоприменение: проблемы теории и практики / под ред. В. М. Сырых. – Москва : РАП, 2007.

5. Баранов, В. М. Правовая позиция как общетеоретический феномен / В. М. Баранов, В. Г. Степанков. – Н. Новгород, 2003.

6. Бондарь, Н. С. Конституционный Суд между Сциллой и Харибдой: место конституционного правосудия в системе разделения властей / Н. С. Бондарь // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2008. – № 2.

7. Бондарь, Н. С. Нормативно-доктринальная природа решений Конституционного Суда РФ как источника права / Н. С. Бондарь // Журнал российского права. – 2007. – № 4.

8. Витрук, Н. В. Конституционное правосудие в России (1991–2001 гг.): Очерки теории и практики / Н. В. Витрук. – Москва, 2001.

9. Витрук, Н. В. Конституционное правосудие / Н. В. Витрук. – Москва, 1998.

10. Власенко, Н. А. Правовая природа, виды и понятие правовых позиций / Н. А. Власенко // Российское правосудие. – 2008. – № 9.

11. Власенко, Н. А. Правовые позиции: понятие и виды / Н. А. Власенко // Журнал российского права. – 2008. – № 12.

12. Власенко, Н. А. Судебные правовые позиции (основы теории) / Н. А. Власенко, А. В. Гринева. – Москва, 2009.

13. Волкова, Н. С. Приемы формирования правовой позиции Конституционного Суда РФ / Н. С. Волкова // Журнал российского права. – 2005. – № 9.

14. Волкова, Н. С. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации и парламент / Н. С. Волкова, Т. Я. Хабриева. – Москва, 2005.

15. Гаджиев, Г. А. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации как источник конституционного права / Г. А. Гаджиев // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. – 1999. – № 3.

16. Гук, П. А. Судебный прецедент: теория и практика / П. А. Гук. – Москва, 2009.

17. Железнова, Н. Д. Правовые позиции Конституционного Суда как источник права / Н. Д. Железнова // Российский судья. – 2001. – № 7.

18. Зорькин, В. Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации / В. Д. Зорькин // Журнал российского права. – 2004. – № 12.

19. Кажлаев, С. А. Способы универсализации правовых позиций Конституционного Суда РФ / С. А. Кажлаев // Государство и право. – 2008. – № 1.

20. Карташов, В. Н. Понятие и структура юридической деятельности / В. Н. Карташов // Юридическая деятельность: сущность, структура, виды : сб. науч. тр. – Ярославль : Изд-во Яросл. гос. ун-та, 1989.

21. Карташов, В. Н. Правовые позиции Верховного Суда Российской Федерации по поводу применения судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права / В. Н. Карташов // Судебное правоприменение: проблемы теории и практики / под ред. В. М. Сырых. – Москва : РАП, 2007.

22. Кряжкова, О. Н. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации: теоретические основы и практика реализации судами России / О. Н. Кряжкова. – Москва, 2006.

23. Лазарев, Л. В. Правовые позиции Конституционного Суда России / Л. В. Лазарев. – Москва, 2008.

24. Марченко, М. Н. Судебное правотворчество и судебское право / М. Н. Марченко. – Москва, 2007.

25. Николаев, Е. А. Правовые позиции Конституционного Суда РФ: определение, юридическая природа, имплементация в правовую систему / Е. А. Николаев // Право и политика. – 2002. – № 3.

26. Степанков, В. Г. Виды общетеоретических правовых позиций / В. Г. Степанков. – Н. Новгород, 2003.

27. Тихомиров, Ю. А. Коллизионное право / Ю. А. Тихомиров. – Москва, 2000.

28. Шульга, И. В. Правовая позиция Верховного Суда РФ как разновидность судебных правовых позиций / И. В. Шульга // Российское правосудие. – 2009. – № 10.

29. Эбзеев, Б. С. Человек, народ, государство в конституционном строе Российской Федерации / Б. С. Эбзеев. – Москва, 2005.

СУДЕБНОЕ НОРМОТВОРЧЕСТВО: ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА*

Предисловие

Процесс развития правовой государственности в современной России проходит в условиях демократических преобразований, формируются новые общественно-экономические отношения, закладывается основа гражданского общества, правового государства, осуществляется судебно-правовая реформа, принимаются меры к усилению борьбы с преступностью и коррупцией, укреплению законности и правопорядка, искоренению правового нигилизма.

Реализация этих задач в значительной мере проводится в жизнь судебной властью. Следует отметить, что основным источником права – нормативно-правовой акт – недостаточно оперативно и точно регулирует динамично развивающиеся общественные отношения. В таких случаях важная дополнительная регулирующая роль ложится на судебную практику и прецедент, основные формы судебного нормотворчества.

Проблема применения действующего законодательства и связанная с этим правотворческая деятельность судебных органов приобретают в современных условиях особенное значение. Судебная власть как одна из ветвей государственной власти в настоящее время осуществляет не только функции правосудия, но функцию своеобразного судебного нормотворчества.

Судебный прецедент и судебная практика являются составной частью любой правовой системы. Изучение прошлого и настоящего этих институтов необходимо для более глубокого понимания природы судебного нормотворчества, определения возможностей развития вместе с другими источниками права, повышения эффективности создания и применения при регулировании общественных отношений.

Формирование судебного нормотворчества в каждой правовой системе (семье) складывалось по-разному, в зависимости

* Опубликовано: Судебное нормотворчество: теория и практика: монография. 2-е изд., доп. Саарбрюккен (Германия) : LAP LAMBERT Academic Publishing GmbH & Co, 2012. С. 3–188.

от того, какой источник права занимал ведущее место. Так, в странах англосаксонской правовой семьи судебный прецедент имеет первостепенное значение, поскольку судебские нормы создавались и создаются судьями при вынесении решений. В странах романо-германской правовой семьи судебная практика занимает второстепенное положение, судьи при осуществлении правосудия руководствуются законом.

Существенные изменения произошли в правовой системе России. Концепция судебной реформы позволила реализовать положения о судебной власти как самостоятельной и влиятельной силы, независимой в своей деятельности от законодательной и исполнительной власти. Это позволило по-новому взглянуть на деятельность высших судебных инстанций по выработке прецедентных решений и судебной практики, содержащих общеобязательные нормы.

За сравнительно небольшой промежуток времени судебное нормотворчество активно включилось в механизм правового регулирования общественных отношений, а поэтому научный и практический интерес к данному правовому явлению не утратил своей актуальности и в настоящий период.

При рассмотрении проблемы судебного нормотворчества автор использовал научные труды отечественных и зарубежных ученых, затрагивающих данную проблему, практику судебных органов в нормотворческой деятельности, а также личный опыт.

Г л а в а 1

Возникновение и развитие судебного нормотворчества

1.1. Судебный прецедент в странах общего права

Развитие судебного нормотворчества непосредственно связано с древнейшим источником права – судебным прецедентом. Исторически прецедентное право сложилось в Англии, заняв центральное место в англосаксонской правовой семье, в которую входят такие страны, как Австралия, Индия, Канада (кроме Квебека), США, Новая Зеландия и др.

Общее право (*common law*) было сформировано на определенной территории Великобритании, в Англии и Уэльсе судебными решениями. В период становления единой системы права

в стране тогда не было, существовали лишь местные обычаи, акты, регулирующие отдельные стороны общественной жизни.

Прецедентное право Англии закладывалось и развивалось в несколько этапов. Французский компаративист Р. Давид выделяет четыре основных периода истории английского права: первый период предшествовал нормандскому завоеванию 1066 г.; второй, от 1066 г. до установления династии Тюдоров (1485), – период становления общего права, когда оно утверждается, преодолевая сопротивление местных обычаев; с 1485 до 1832 г. – расцвет общего права; четвертый период – с 1832 г. и до настоящих дней, когда общее право встретилось с невиданным развитием законодательства и должно было приспособиться к обществу¹.

Начальный этап зарождения общего права представляет особый научный интерес. Его анализ дает возможность установить, какие обстоятельства привели к тому, что именно суды стали формировать общее право в Англии. Хотя общее право в стране стало формироваться в период нормандского завоевания, необходимо отметить ряд факторов общественного развития, способствовавших этому процессу. В то время в Англии действовало множество местных обычаев, при рассмотрении споров королевские судьи обращались к ним. Именно они, претерпев определенные изменения, трансформировались в новую систему общего права.

В связи с этим Р. Уолкер пишет: «Что касается нормандского завоевания, то оно способствовало объединению этих обычаев и традиций в одну систему права, общего для всего народа, в силу чего и сама эта система была названа "общим правом"»².

Ведущую роль в создании и формировании судебного прецедента сыграли Королевские суды, в которых правосудие осуществляли профессиональные юристы – доктора права. Поэтому общее право, как отмечает И. Ю. Богдановская, изначально формировалось как право юристов³.

Королевские судьи к концу двенадцатого столетия стали обладать исключительной юрисдикцией по делам о серьезных преступлениях. В этом им способствовала ст. 24 Великой хартии вольностей, запретившая шерифам рассматривать тяжбы короны.

¹ Давид Р. Основные правовые системы современности. Москва, 1988. С. 259.

² Уолкер Р. Английская судебная система. Москва, 1980. С. 24.

³ Богдановская И. Ю. Прецедентное право. Москва, 1993. С. 165.

В тот период в Англии действовало несколько видов судов. В случае возникновения спора лицо могло обратиться в местный суд, в котором применялось обычное право; в церковный суд, в котором решались споры на основе канонического права; в городской суд, применявший купеческое право; в суд барона; в королевский суд.

Число судов общего права возросло, и они постепенно вытесняли местные суды, а в дальнейшем последние фактически перестали функционировать.

Все суды общего права ведут свою юрисдикцию от самого короля, поскольку источником правосудия являлся король. В средние века функции исполнительной, законодательной и судебной власти осуществлялись королем в его Совете. Королевские суды стремились к независимости при рассмотрении споров и в конечном счете приобрели независимую от короля юрисдикцию.

Именно так образовались три королевских суда общего права – Суд казначейства, Суд общих тяжб и Суд королевской скамьи, которые рассматривали гражданские споры и наиболее серьезные уголовные дела в Лондоне и в ассизах.

Суд казначейства рассматривал финансовые споры между подданными и короной, а впоследствии его юрисдикция распространилась на споры между подданными на основании приказов «о долге» и «о соглашении» посредством фикции. Такие споры вытекали из фиктивного утверждения о том, что истец имеет долговое обязательство перед короной, но не в состоянии его исполнить вследствие долга, который причитается ему с ответчика.

Функции судей выполняли бароны казначейства, а председателем Суда назначался главный барон, который после четырнадцатого столетия всегда назначался из наиболее выдающихся юристов.

При рассмотрении споров общих тяжб сторонам приходилось следовать за королевским двором, что создавало определенные неудобства. Поэтому у судей сложился обычай постоянно оставаться в Вестминстере для разрешения тяжб. Впоследствии Великой хартией вольностей (ст. 17) было установлено, что общие тяжбы должны разбираться в «определенном месте», а именно в Вестминстере.

Суд общих тяжб состоял из постоянных судей – профессиональных юристов, которые назначались из адвокатов высшего ранга (докторов права) и имели исключительное право выступать

в данном суде. Они занимали ведущее место среди лиц своей профессии. Суд рассматривал споры между подданными, которые не затрагивали интересы короны.

В 1875 г. Суд казначейства и Суд общих тяжб были упразднены и их судебные полномочия были переданы вновь сформированному Высокому суду, а после 1880 г. юрисдикция перешла к Отделению королевской скамьи.

Суд королевской скамьи позже других отделился от Королевского совета. Судьи выполняли судебные функции под председательством главного судьи Англии как по уголовным, так и по гражданским делам, а также выступали судьями первой и апелляционной инстанций.

В качестве суда первой инстанции рассматривались в основном гражданские дела, хотя судьи Королевской скамьи разрешали в судах ассизов и уголовные дела. В юрисдикцию Суда королевской скамьи входили почти все дела, по которым ответчик находился под стражей в Королевской тюрьме.

В апелляционной инстанции суд рассматривал гражданские и уголовные дела, но возбудить иск можно было только в связи с процессуальными нарушениями, допущенными нижестоящим судом.

До XIV в. обычай преобладал над всеми остальными источниками права. В Суде общих тяжб обвиняемый мог заявить, что общее право к нему не применяется, так как дело основывается на обычае какой-либо конкретной деревни. Только к концу XIV в. судебный прецедент стал вытеснять обычай.

Английский юрист Э. Дженкс считает, что нельзя точно определить, как произошло общее право. В частности, он пишет: «Каким-то путем, который не может быть точно определен, королевские судьи встречались между своими разъездами в Лондоне для рассмотрения дел в централизованных королевских судах... и Вестминстере, пришли к соглашению о необходимости слить различные местные обычаи в общее или единое право, которое могло бы применяться по всей стране»¹.

Рассматривая судебные тяжбы, судьи стремились следовать своим предыдущим решениям. Английский доктор права Брактон еще в XIII в. отметил, что английские судьи в отличие от римских обращались к предшествующим судебным решениям. Для изучения и анализа сложившийся судебной практики в помощь судьям

¹ Дженкс Э. Английское право. Москва, 1947. С. 31.

стали выпускать ежегодники (с 1282 г.), которые в дальнейшем стали прообразом судебных отчетов.

В тот период материальное общее право и процесс были сильно связаны формальностями и ограничениями. Существующие недостатки заключались в жесткости доктрин общего права и неполноте средств защиты, применяемых в судах общего права. Основным недостатком в судах общего права было то, что материальное право зависело от процесса. В противовес общему праву получило развитие право справедливости.

По этому поводу Р. Уолкер отмечает: «Законотворчество – основной современный двигатель реформ – в средние века не применялось. Следовательно, требовалось иное средство для внесения поправок в общее право. Это привело к развитию второго главного источника английского права – права справедливости»¹.

С начала своего существования общее право оказалось неспособным обеспечить себя средствами защиты против присущих ему же самому ограничений, что неизбежно вело к возникновению многих несправедливостей. Например, человек, понесший ущерб, оказывался не в состоянии найти подходящую форму иска, в которой он мог бы изложить свое дело. Даже если потерпевший находил нужную ему форму иска, он мог ошибиться при подготовке к делу. Или наоборот, если лицо было ответчиком, то могло случиться, что средства защиты использовались против него вопреки требованиям справедливости.

Таким образом, неудовлетворенные стороны обращались за помощью к королю, который некоторое время сам разрешал петиции тяжущихся в Совете. Но в дальнейшем их стало так много, что король передал эту обязанность своему главному министру – канцлеру. В 1474 г. появился первый письменный приказ от имени самого канцлера, тогда же и был создан Суд канцлера, который, как и суды общего права, не зависел ни от короля, ни от Совета.

Суд канцлера был главным судом справедливости. Юрисдикция суда состояла в рассмотрении петиций тяжущихся, которым было отказано в судебной защите или в отношении которых был выдан несправедливый приказ по общему праву.

Развитие права справедливости неразрывно связано с должностью канцлера. В разные времена во главе канцлерства состояли такие блестящие юристы, как сэр Томас Мор (1529–1532), лорд

¹ Уолкер Р. Указ. соч. С. 64.

Эллесмер (1596–1617), сэр Фрэнсис Бэкон (1618–1621), лорд Ноттингем (1673–1682) и лорд Хардвик (1737–1756), каждый из которых был в состоянии создать и сформулировать принципы права справедливости. Следовательно, канцлеры имели реальную возможность создавать новые права и средства защиты, если этого требовала справедливость.

Право справедливости разработало институты, ранее не известные английскому праву. Например, право доверительной собственности, которое стало применяться в самых разнообразных ситуациях. Введение данного института послужило правовым обоснованием права замужней женщины отдельно пользоваться имуществом с супругом, тогда как по общему праву личная собственность жены переходила к мужу.

Право справедливости внесло свой вклад в развитие уголовного права, расширив понятие мошенничества. Решение по делу *The Earl of Chesterfield v. Janssen* (1750) является основополагающим для судей до настоящего времени.

В результате реформы судебной системы (1873–1875) Суд канцлера был ликвидирован и его юрисдикция передана Канцелярскому отделению Высокого суда.

Тем не менее Законы о судеустройстве унифицировали только порядок осуществления правосудия по общему праву и по праву справедливости, но не соединили нормы материального права. Поэтому при возникновении коллизии норм общего права и норм права справедливости в отношении одного и того же вопроса предпочтение отдается нормам права справедливости.

Несмотря на то, что в средние века судебная практика, установленная судами общего права, стала испытывать конкуренцию со стороны права справедливости, канонического права, она все-таки продолжала развиваться и вносить свой вклад в английское право.

В XIX в. произошло полное признание принципа прецедента. Т. В. Апарова пишет: «История английского прецедента в середине XIX в., таким образом, логически завершилась периодом его наивысшей авторитетности. Принцип обязательности судебных прецедентов достигает уровня абсолютной связанности судей решениями (приговорами) своих предшественников в целях аутентичности применения права»¹.

¹ Апарова Т. В. Основные тенденции английского прецедентного права // Ученые записки Всесоюзного юридического заочного института. Москва, 1968. Вып. 17, ч. 3. С. 151.

Дальнейшему установлению принципа прецедента способствовали судебная реформа 1873–1875 гг. и все последующие реформы судебной системы. В результате реформ была создана развитая система судов, определены высшие суды, создававшие своими решениями прецеденты.

Поэтому, как справедливо отмечает С. К. Загайнова, «развитие прецедентного права шло параллельно с развитием судебной системы»¹.

Судебная система Англии представляет собой структуру судов низшего и высшего звена, в которую входят магистратские суды, суды графств, Верховный суд, последний образует систему высших судов. К нему отнесены суд Короны, Высокий суд имеющий три отделения: канцелярское, по семейным делам и отделение Королевской скамьи, Апелляционный суд, состоящий из гражданского и уголовного отделения, Судебный комитет Тайного совета. Вершину судебной системы венчает Палата лордов².

Такая централизованная система судов способствовала созданию условий для действия принципа прецедента, укреплению обязательности нижестоящих судов следовать решениям вышестоящих.

Публикация в сборниках наиболее значимых прецедентов способствовала укреплению прецедентного права. Английский юрист Р. Кросс пишет: «Английская доктрина прецедента не всегда была строгой, как сейчас. Значение прецедентного права стало очевидным еще с изданием Ежегодников, в XVIII в. появляются признаки того, что эта система делается более жесткой, строгие правила применения прецедентов... творение XIX и XX вв. Они могли быть приведены в действие лишь после того, как публикация судебных отчетов достигла современного высокого уровня, иерархия судов приняла определенную форму, мало отличающуюся от сегодняшней, а судебные функции Палаты лордов переданы в руки высоко квалифицированных юристов»³.

Укрепление судебного прецедента привело к необходимости более четко наладить публикации судебных отчетов. Для реализации этого в 1865 г. в Англии создан Инкорпорированный совет по судебным отчетам. Совет стал публиковать наиболее авторитетные собрания прецедентов The Law Reports.

¹ Загайнова С. К. Судебный прецедент: проблемы правоприменения. Москва, 2002. С. 5.

² Судебные системы западных государств. Москва, 1991. С. 101.

³ Кросс Р. Прецедент в английском праве. Москва, 1985. С. 42.

Существенные изменения в систематизацию судебных прецедентов внесла компьютеризация, это позволило юристам оперировать значительным числом судебных решений. Важно было обеспечить доступ к неопубликованным прецедентам. Возникла проблема их использования на практике.

В связи с этим Палата лордов в 1983 г. установила новый прецедент в решении по делу *Roberts Petroleum Ltd. v. Bernard Kenny Ltd.* Лорд Диплок, выражая мнение большинства, высказал опасение увеличением случаев ссылки на судебные решения, в которых не содержится никакой информации в правовой литературе, но которые содержатся в компьютере. Он предложил ограничить право ссылаться на неопубликованные прецеденты, если на это не дано разрешения. Разрешение выдается, если адвокат докажет, что в прецеденте содержится принцип права, касающийся существа рассматриваемого дела, и нельзя сослаться на другой прецедент, содержащийся в судебном отчете.

В настоящее время прецедентное право дополняется законом (статутом). Нормы, выработанные прецедентами, все больше включаются в статуты, тем самым расширяется круг общественных отношений, регулируемых законом.

Английский юрист П. Бромхед приводит результат взаимодействия прецедента и статута «путем сравнения общего права со стеной, в которую постоянно добавляются кирпичи (в виде новых решений судов, содержащих прецеденты) и на которой появляются новые надписи (в виде названий принимаемых законов). Но сейчас большая часть стены покрыта надписями – растет она скорее за счет новых законов, чем за счет новых прецедентов»¹.

Так, многие составы уголовных правонарушений получили законодательное закрепление, охватив почти все основные институты Общей части, за исключением определения конкретных форм виновности и критериев невменяемости, сформулированных в судебных прецедентах. Например, вопрос о невменяемости подлежит решению по правилам, изложенным в постановлении Палаты лордов по делу *Мак-Нотена* 1843 г.²

Спорные вопросы в гражданском праве решаются как на основе прецедентов, так и на основе статутов.

¹ Бромхед П. Эволюция британской конституции. Москва, 1978. С. 198.

² Правовые системы стран мира : энцикл. справочник / отв. ред. А. Я. Сухарев. Москва, 2000. С. 105–124.

Поэтому можно согласиться с А. А. Максимовым, который обоснованно считает: «Прецедентное и статутное право настолько переплелись, что количественный рост законов во второй половине XX в. привел лишь к активизации прецедентного права, которое буквально поглощает законы. Судебная практика определяет их реальное действие, а по существу и содержание посредством прецедентов толкования, что позволяет вносить в право изменения, минуя широкое обсуждение, сложную законодательную процедуру»¹.

Следовательно, английская правовая система продолжает развиваться во взаимодействии судебных прецедентов и статуты, поскольку в силу исторически сложившихся и неизменных особенностей этой правовой системы все вновь принятые статуты неизбежно обрастают огромным количеством судебных прецедентов, без которых они попросту не могут функционировать, так как прецеденты истолковывают, уточняют и развивают законодательные формулировки.

Таким образом, можно определенно сделать вывод, что становлению и развитию судебного прецедента способствовал ряд необходимых условий, присущих только этому источнику права, а именно: отделение судебной власти от законодательной и исполнительной, получение независимости; наличие высокого уровня квалификации судей; создание централизованных судебных органов; установление публикаций судебных отчетов. Эти условия необходимо увязывать с другими особенностями развития страны (экономика, религия, политика, правовая культура общества), которые позволили возникнуть, сформироваться и существовать судебному прецеденту в странах общего права.

Развитие судебного прецедента в других правовых системах имеет сходство с английским прецедентом. Так, американское прецедентное право складывалось на основе английского, при этом учитывалась специфика экономического, политического, религиозного и культурного характера.

Правовая система США на заре своего становления была подвержена влиянию колониальных переселенцев, имевших свои обычаи и традиции. В этот период законодательные органы не были достаточно активны, чтобы полностью обеспечить судей законами для рассмотрения дел. Сталкиваясь с пробелами в праве,

¹ Максимов А. А. Прецедент как один из источников английского права // Государство и право. 1995. № 2. С. 97–102.

судьи сначала пытались найти английский прецедент, затем определить местный обычай и только после этого создавали новые нормы.

Американская система судов в отличие от централизованной системы Англии имеет федеральные суды и суды штатов, которые в пределах своей юрисдикции рассматривают дела и создают прецеденты. Поэтому в США получили развитие самостоятельное федеральное прецедентное право и прецедентное право штатов. На это положение справедливо указывает профессор М. Н. Марченко: «Каждая из высших судебных инстанций штатов так же, как и Верховный суд США, сами по себе, независимо друг от друга определяют свое отношение к прецеденту и тем самым вырабатывают собственные особые правила его применения»¹.

В период становления правовой системы Соединенные Штаты стояли перед выбором формирования ее на основе прецедента или путем кодификации. Традиции общего права так глубоко пустили свои корни, сформировав определенное юридическое мышление среди американских юристов, что тем самым обеспечили признание прецедента источником права. Победе прецедентного права также способствовало издание работ английских ученых, таких как Блэкстон, ставшего популярным среди американских юристов в начале XIX в.

Произошли изменения в организации судебной деятельности. Если раньше в судах имелась проблема с юристами, что в какой-то мере препятствовало самостоятельному развитию прецедентного права, то постепенно в судах стали заседать профессиональные юристы. С 1820 г. прецеденты американских судов начинают публиковаться, что способствует укреплению судебного прецедента в правовой системе и делает его доступным для практикующих юристов.

Тем не менее развитие прецедентного права в США отличалось от английского. В Соединенных Штатах не было такого периода, когда право формировалось только судебными прецедентами (решениями). Так, в колониальный период и после получения независимости основу правовой системы составляли законы. При этом большое значение имело принятие писаной конституции США в отличие от Англии.

В результате деятельность Верховного суда США сосредоточилась на толковании конституции. Прецеденты толкования

¹ Марченко М. Н. Сравнительное правоведение. Москва, 2001. С. 406.

существенно повлияли на содержание действующей конституции. Верховный суд США в прецедентах толкования определил понятие полицейской власти, распределение полномочий федерации и штатов и т.д. Поэтому ему принадлежит особая роль в утверждении и развитии принципа прецедента в США, поскольку от его позиции зависит содержание прецедентного права, обязательное как для судов штатов, так и федеральных судов.

По мнению профессора О. А. Жидкова: «В судебной системе США решения Верховного суда рассматриваются как "контролирующий авторитет", т.е. как обязательный прецедент, который не может быть поставлен под сомнение или игнорирован любым нижестоящим судом»¹.

В других областях права, прежде всего в гражданском, прецедент продолжает выступать важным источником права. Здесь суды не только толковали законы, но и восполняли пробелы.

В Англии с XIX в. существует правило прецедента, которое обязывает судей в данных конкретных условиях следовать нормам права, вытекающим из ранее вынесенных судебных решений (прецедентов) по аналогичным делам. Подобное правило есть в США, но это правило (*stare decisis*) действует в иных условиях и не имеет такой обязательной силы, как английское правило прецедента.

Действие принципа прецедента и развитие прецедентного права осложнялись созданием судебных систем штатов и федеральной судебной системы.

Как отмечает Р. Кросс, английские правила прецедента стали сближаться с американскими, однако сохраняют свою неопределенность по двум причинам. Эти причины – сложившееся исторически множество изолированных юрисдикций отдельных штатов и сравнительно частое обращение американских судов к рассмотрению важных конституционных вопросов².

Отличие правила прецедента в США усложнено в силу особого элемента – федеративной структуры страны, пишет Р. Давид, это мешает правилу *stare decisis* действовать в США с той же силой, что и в Англии. В зависимости от обстоятельств американские юристы делают упор либо на необходимую жесткость, либо на необходимую гибкость прецедентного права³.

¹ Жидков О. А. Верховный суд США: право и политика. Москва, 1985. С. 103.

² Кросс Р. Указ. соч. С. 37.

³ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. Москва, 1999. С. 295.

Определенная особенность положения судебного прецедента в американском праве вообще и американском конституционном праве в частности, отмечает М. А. Никифорова, предопределена с самого начала тем фактом, что в отличие от англичан американцы положительно относились к писаному праву и к кодификации¹.

В каждом штате действует самостоятельная система прецедентного права. Закон о судостроительстве 1789 г. предписывает судам при обнаружении пробела в федеральном праве обращаться к праву штатов, т.е. к судебным прецедентам других штатов.

Примером могут служить выборы президента США осенью 2000 г., когда решался вопрос о пересчете голосов в штате Флорида. Верховный суд штата Флорида принял решение, разрешающее продолжение ручного пересчета бюллетеней, поданных в ходе президентских выборов. При этом суд сослался на юридический прецедент штата Иллинойс².

Сложившаяся практика такова, что федеральные суды и суды штатов по своему усмотрению вправе выбирать между применением права штата и федерального прецедентного права.

Неоднозначное решение вопроса о существовании федерального прецедентного права сказывается на вопросе о действии принципа прецедента при взаимодействии федеральных судов и судов штатов. Полагается, что нижестоящие суды штатов связаны решениями вышестоящих по вопросам, относящимся к праву штатов, и по вопросам, относящимся к федеральному праву, решениями федеральных судов, особенно Верховного суда. Федеральные суды связаны решениями федеральных судов и судов штатов по вопросам, относящимся к ведению штатов, если они не противоречат федеральному праву.

Американские судебные прецеденты, как и английские, публикуются в сборниках судебной практики. Издатели разработали систему индексов, которая позволяет более свободно ориентироваться в судебной практике.

Существуют издания для федеральных судов и судов штатов. Так, решения Верховного суда США публикуются в изданиях: «US Law Week», «United States Reports». Решения других федеральных судов и судов штатов публикуются в издании «Национальная система отчетов» («National Reporter System»),

¹ Никифорова М. А. Судебный прецедент в конституционном праве США : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 1980. С. 8.

² Чадит демократия штатов // Советская Россия. 2000. 23 ноября.

а также в правовых энциклопедиях: «Corpus Juris Secundum» и «American Jurisprudence Second», в которых можно найти текст необходимых решений, расположенных в соответствующих разделах.

В современный период в США и Англии судебный прецедент продолжает играть важную роль в правовой системе, являясь источником права.

Судебный прецедент как источник права действует не только в правовой системе общего права, но все больше проявляет свое действие в странах романо-германской правовой системы.

На это справедливо указывает профессор У. Э. Батлер, который пишет: «В недалеком прошлом было модно подчеркивать различия, которые обнаруживаются между так называемым "общим правом" и "правом континентальным". Обычно это делалось в ущерб исследованию того общего, что на самом деле объединяет обе правовые системы. В частности, нередко основное отличие двух правовых традиций связывалось с особой ролью, которую играет судебный прецедент в англо-американском праве. В действительности же за последние полвека правовые нормы и методы англо-американской и континентальной систем права заметно сближаются. Это находит выражение в том, что английское право все больше "континентуализируется". В то же время в рамках континентальных правовых систем все большее внимание начинают уделять судебской практике»¹.

Таким образом, можно перейти к рассмотрению причин возникновения и развития судебного нормотворчества (судебной практики) в странах романо-германской правовой семьи.

1.2. Судебная практика в романо-германской правовой семье

Европейские государства не восприняли принципы общего права. Страны континентальной Европы, такие как Франция, Германия, Италия, Испания и другие, строят свои правовые системы на основе римского права, которое стало развиваться благодаря университетам. Университеты стали возникать в так называемых европейских очагах культуры. Один из первых и наиболее известных стал Болонский университет в Италии.

¹ Батлер У. Э. Предисловие к книге Романова А. К. Правовая система Англии. Москва, 2000. С. 10.

Р. Давид отличает зарождение романо-германской правовой системы в XII и XIII вв. от английского права, «где развитие общего права было связано с усилением королевской власти и с существованием сильно централизованных королевских судов. На Европейском континенте ничего подобного не наблюдалось... Система романо-германского права никогда не основывалась ни на чем ином, кроме общности культуры»¹.

В таких культурных центрах усилием университетов преподавалось римское и каноническое право. Впоследствии в университетах стали преподавать национальное право той страны, где находился университет. Уже с этого времени университетская правовая наука играет большую роль в законотворчестве. Ученые разрабатывают законопроекты на основе изучения и обобщения судебной практики, зарубежного опыта. Закон является важнейшим источником права романо-германской правовой системы. Тогда как судебная практика подчинена праву, судьи при осуществлении правосудия обязаны руководствоваться законом.

Чтобы понять, как судебная практика возникает, развивается и действует в романо-германской правовой семье, необходимо наглядно показать страны данной правовой семьи, где данный источник права функционирует.

Так, во Франции с приходом к власти Наполеона была проведена кодификация отраслей права. Принят ряд законов, в том числе Гражданский кодекс (1804). Французская судебная практика не ограничивалась одним лишь применением закона, но ее вклад в эволюцию права оставался в тени на протяжении всего XIX в. Однако в XX в. роль судебной практики заметно усилилась.

По случаю празднования столетнего юбилея Гражданского кодекса Р. Давид приводит мнение председателя Кассационного суда Франции Балло-Бопре, который отметил: «Судебная практика (не дожидаясь, пока доктрина изменит свои взгляды на ее роль) постоянно двигалась вперед с помощью кодекса, но дальше кодекса, подобно тому, как в давние времена прогресс шел с помощью римского права, но дальше римского права»².

Общее направление развития судебной практики можно исчислять с 1804 г., когда в Гражданском кодексе нашел свое закрепление запрет на отказ в правосудии, т.е. отказ вынести решение

¹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. Москва, 1999. С. 33.

² Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 77.

по делу под предлогом молчания, неясности или неполноты закона. Требование избежать отказа в правосудии послужило существенным стимулом правотворческой роли судебной практики, призванной восполнить то, что недоговорил закон.

Статья 4 Гражданского кодекса обязывает судью вынести решение даже в случае умолчания, неясности или недостаточности закона и тем самым наделяет его творческой ролью.

На примере гражданско-правовой ответственности можно убедиться, что судебная практика вложила совершенно новый смысл в несколько слов, содержащихся в ст. 1384 Гражданского кодекса, каким создатели кодекса не придавали какого-либо специального значения. Именно таким путем была безгранично расширена ответственность за причинение вреда «вещами, которые находятся под надзором лица».

Авторы Кодекса понимали под этим вред, причиненный животным и строениям, принадлежащими лицу. Своим широким толкованием судебная практика восполнила пассивность законодателя, который своевременно не занялся решением проблем в сфере ответственности, порожденных развитием техники, а именно увеличением числа транспортных происшествий.

Председатель палаты Кассационного суда Франции Р. Фабр приходит к выводу о том, что французская судебная практика сыграла в прошлом важную роль в формировании и развитии права, а современная законодательная практика еще шире открывает ей дорогу для правотворчества в виде индивидуальных и общих норм¹.

Творческая роль в создании и развитии французской судебной практики в области административного права отводится Государственному совету. Судебное правотворчество Государственного совета практически охватывает всю сферу административного права Франции.

В подтверждение этого достаточно перелистать «Сборник Лебон», где в алфавитном порядке классифицированы решения.

В судебном творчестве Государственного совета можно выделить три вида (направления): наполнять реалиями писаное право, создавать нормы административного права и вырабатывать общие принципы и нормы (теоретическая основа права).

¹ Фабр Р. Роль судебной практики в развитии права // СССР–Франция: Социологический и международно-правовой аспекты сравнительного правоведения. Москва, 1987. С. 52 ; Бержель Ж.-Л. Общая теория права. Москва, 2000.

В первом виде судебной деятельности судья должен истолковывать законодательный текст, сопоставлять нормы, квалифицировать детали, опущенные законодателем. Поэтому в данном случае судебная практика обобщает право на основе существующих законов и регламентов, при этом сама она эволюционирует в соответствии с возникающими практическими потребностями.

Примером этого вида судебной практики может служить развитие законов, регламентировавших такие традиционные сферы деятельности публичных властей, как отчуждение, реквизиция, объединение сельских хозяйств, управление путями сообщения, здравоохранение. Судебная практика в области налогового права стала одним из основных источников.

Любое новое законодательство, равно как и обновление уже существующего, влечет за собой развитие соответствующей судебной практики, которая из года в год обобщается и в итоге образует комплекс, являющийся для юристов объектом систематизации и критического анализа. В этой связи можно отметить судебную практику, связанную с применением законов 1968 и 1984 гг. о высшем образовании, законов 1976 г. по вопросам окружающей среды, закона 1978 г. о допуске к административным документам.

Наиболее важная правотворческая роль судебной практики проявляется тогда, когда закон и регламент содержат общие и неполные нормы или когда закон вообще отсутствует. Такое положение прослеживается во многих разделах административного права, представляющих собой результат судебного правотворчества.

Третье направление судебной практики в развитии административного права Франции связано с его общей теорией, служащей основой для всех составляющих эту отрасль права разделов. Общая теория принципов права представляет собой наиболее совершенный способ правотворчества административного судьи.

Поэтому член Государственного совета Франции Ф. Газье справедливо отметил, что «судебная практика способна значительно более гибко и последовательно приспосабливаться к изменениям в жизни общества, чем закон и регламент, которые на все время своего действия, вплоть до отмены или замены, остаются такими же, как и в момент издания»¹.

¹ Газье Ф. Роль судебной практики в развитии административного права Франции // СССР–Франция: Социологический и международно-правовой аспекты сравнительного правоведения. Москва, 1987. С. 60.

Судебная практика Конституционного совета Франции рассматривается в качестве источника конституционных норм. Конституционные судьи меняют ее развитие по своему усмотрению. Такая деятельность, в частности, проявляется в том, что касается определения категории государственного предприятия, контроля за промульгированным законом, конституционностью закона, вторгающегося в регламентную сферу.

Нормотворческая роль судебной практики стала признаваться в соседних с Францией странах, расположенных на европейском континенте.

Так, после Второй мировой войны в Западной Европе появилась концепция судейского права. Высшие судебные инстанции ФРГ достаточно прочно встали на путь «судейского права». Начало этому положил Федеральный конституционный суд, заявивший уже в первые годы своей деятельности, что наряду с конституцией будет руководствоваться надзаконными принципами¹.

В 1990 г. к ФРГ присоединилась ГДР, тем самым последовательно были распространены на объединенной территории законы ФРГ, правовая и судебная система. Судебная практика в Германии, как в ФРГ, так и в ГДР, традиционно не считалась источником права. Но в настоящее время признается важная роль Федерального конституционного суда и других высших судебных учреждений, решения которых рассматриваются в качестве источника права как при применении закона, так и в случае обнаружения неточностей или пробелов в законодательстве.

В немецкой судебной практике существует способ приспособления закона к обстоятельствам, не предусмотренным законодателем и не связанным с модификацией сформулированных им предписаний. Суть его заключается в нейтрализации этих предписаний с помощью других, более общего характера, также сформулированных законодателем.

Примеры использования этого способа показала немецкая судебная практика. Так, после принятия и вступления в силу 1 января 1900 г. германского Гражданского уложения страна оказалась в состоянии кризиса и возникла потребность приспособления права к новым условиям. Судебная практика должна была заменить при этом бессильного законодателя.

¹ Туманов В. А. К критике концепции «судейского права» // Советское государство и право. 1980. № 3. С. 111–117.

В начале применения Гражданского уложения суды остерегались давать толкование нормам, прямо противоречащее установке законодателя, поэтому судебное толкование норм ничем не отличалось от того смысла нормы, какой был заложен законодателем. Но когда возникла особая необходимость, суды нейтрализовали действие конкретных норм путем обращения к общим принципам, сформулированным авторами Уложения.

До Первой мировой войны высшая судебная инстанция – рейхсгерихт, ссылаясь на требование уважать добрые нравы, содержащиеся в параграфе 826 ГГУ, не побоялась внести ряд изменений в систему деликтной ответственности. Рейхсгерихт признал обязанность возместить не только реальный ущерб, но и упущенную выгоду, тогда как параграф 823 исключает такую возможность.

Судебная практика такого рода окончательно утвердилась после Первой мировой войны в исключительных условиях инфляции, охватившей Германию.

Параграф 242 ГГУ требует от сторон договора уважения к «доброй совести». Высшая судебная инстанция (рейхсгерихт) посчитала необходимым вмешательство судебной практики, для того, чтобы избежать тех грубых несправедливостей, к которым привели бы классические способы толкования.

В 1920 г. суд признал отклонявшуюся им ранее теорию изменившихся обстоятельств, решив спор в пользу собственника. Суть спора состояла в том, что собственник обязался топить сданный им в наем дом, но стоимость отопления за два года достигла суммы, равной наемной плате за десять лет.

В 1923 г. немецкая судебная практика сделала еще один решительный шаг. Суд отказался от принципа номинализма («марка равняется марке») и не согласился с тем, что должник по денежному обязательству может исполнить его, уплатив кредитору в обесцененных марках номинальную сумму долга.

Выработанная судебная практика стала преобладать над специальными нормами не только в Германии, но и во французской судебной практике (ст. 1895 ГК). Согласно этой практике, если до срока платежа денежная единица увеличивалась или уменьшалась, то должник обязан возратить взятую взаймы номинальную сумму и обязан отдать эту сумму в денежных единицах, имеющих хождение в момент платежа. Данный принцип использован российской судебной практикой при возмещении ущерба на момент

рассмотрения дела, в период происходящих в современной России инфляционных процессов.

Чтобы судить о важности судебных решений в выработке права, считает Р. Давид, следует и здесь остерегаться готовых формул, которые стремясь подчеркнуть исключительность закона, отказываются признавать источником права судебную практику.

Подобное отношение к судебной практике – чаще всего признак разрыва между теорией и практикой, между университетами и дворцами правосудия. Однако на этом основании нельзя делать вывод, что судебные решения не являются источником права.

Чтобы иметь правильное представление по данному вопросу, нужно не столько интересоваться формулировками различных авторов и доктринальными произведениями, сколько обратить внимание на другой фактор – на все увеличивающееся число различного рода сборников и справочников судебной практики.

Эти сборники и справочники пишутся не для историков права или социологов и не для удовольствия их читателей: они создаются для юристов-практиков и их роль объяснима лишь тем, что судебная практика является в прямом смысле слова источником права. Количество и качество этих сборников могут дать представление и о важности судебной практики как источника права в романо-германских правовых системах¹.

Несмотря на формальное непризнание в ряде стран судебной практики в качестве источника континентального права, отмечает М. Н. Марченко, количество сборников судебной практики год от года увеличивается во Франции, ФРГ, Швейцарии, Италии. Это один из показателей если не роста значимости судебного прецедента как источника права, то, по крайней мере, сохранения им постоянного практического значения. В том числе он считает, что в большинстве стран романо-германского права прецедент как источник права не признается официально, теоретически, однако независимо от этого он всегда действовал и действует на практике².

Так, рассматривая деятельность Верховного Суда Италии, Н. Попов пишет, что судебная практика в Италии, благодаря деятельности Кассационного суда, получила фактический авторитет, по крайней мере, вспомогательного юридического источника. Это в первую очередь касается кассационного прецедента. Поэтому,

¹ Давид Р. Основные правовые системы современности. Москва, 1988. С. 130–131.

² Марченко М. Н. Источники права. Москва, 2005. С. 513.

в сущности, и простое судебное решение, пройдя кассационную фазу, может восприниматься другими судами, стать в процессе правоприменения судебным прецедентом¹.

В теоретическом отношении роль Кассационного суда особенно велика для гражданского судопроизводства. В соответствии со ст. 384 ГПК Кассационный суд, отменяя решение суда нижестоящей инстанции вследствие неверного применения права, выводит принцип, согласно которому должен следовать суд при новом рассмотрении дела.

Принцип выводится Кассационным судом на основе так называемых юриспруденциальных направлений – тенденций в решении судами однотипных категорий дел, закрепленных в официально издаваемых Кассационным судом два раза в месяц максимариях.

Поскольку в ст. 118 Положений о применении норм ГПК, посвященной мотивировке судебного решения, говорится о необходимости указания в нем «примененных норм закона и принципов права», то можно отметить прецедентно-правовой характер судебной практики Кассационного суда.

В уголовном праве практика Кассационного суда не имеет такого значения, так как, удовлетворяя кассационный протест, суд не передает дело на новое рассмотрение, а решает его самостоятельно (ст. 538–540 УПК). Тем не менее в области уголовного права Кассационный суд также пытается осуществлять «правотворчество» в форме максим.

Максимы – это выдержки из судебных решений, содержащие в себе правовой принцип. При Кассационном суде создано специальное Управление по составлению максимарий.

Одним из направлений гражданской и уголовно-правовой службы данного управления – выполнение функций по изучению кассационных жалоб с целью выявить судебные прецеденты, которые могут быть применены Кассационным судом; изучение решений Кассационного суда с целью извлечения юридических принципов, которыми руководствуется суд в форме максим; редактирование издания «Собрание решений Кассационного суд»; изучение тенденций судебной практики и т.д.

Конституционный суд Италии внес значительный вклад в формирование конституционного права с момента своего

¹ Попов Н. Верховный кассационный суд Италии // Вестник Верховного Суда СССР. 1991. № 12. С. 27–29.

функционирования (с 1965 г.), а его создание, как отмечается в литературе, означало крупную победу прогрессивных сил¹. Итальянская конституция во многих своих областях является такой, какой ее видит Конституционный суд.

Обязательный характер судебным прецедентам придается в других странах романо-германской правовой системы.

Так, в Швейцарии при определенных условиях судебные решения выступают источником права, прежде всего, вынесенные Федеральным судом. Гражданский кодекс допускает, что при наличии пробелов в законе судьи вправе «замещать» законодателя².

Данное право закреплено в ст. 1 ГК, где указано, что при отсутствии закона и обычая судья должен решать на основании правила, которое он установил, если бы был законодателем, следуя традиции и судебной практике. Кантональные суды связаны решением Федерального суда, признавшего неконституционным кантональный закон.

Решения пленума Верховного суда Португалии являются судебными прецедентами, они официально публикуются в «Диариу да Республика». Правотворческая роль судебной практики официально признана также в Испании за Верховным судом³.

В странах бывшего социалистического лагеря, таких как Польша, вопрос о признании судебной практики источником права остается в польской правовой науке спорным.

Сходство той роли, которую играет судебная практика во всех странах романо-германской правовой семьи, обусловлено не только традицией, но также принципами судебной организации, способом подготовки и подбора судей.

Судоустройство в странах данной правовой семьи варьируется от страны к стране, но вместе с тем имеет, как правило, общие характерные черты.

Судебные системы в этих странах построены по иерархическому принципу. Основные гражданские споры и уголовные дела подведомственны судам первой инстанции, которые расположены по всей территории страны. Над ними имеются апелляционные и кассационные суды. Судебную пирамиду венчает Верховный

¹ Сидорова О. П. Конституционный суд Италии : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 1970.

² Бойцова В. В., Бойцова Л. В. Судебный прецедент: зарубежный опыт и российские перспективы // Российский судья. 1999. № 3. С. 14–18.

³ Давид Р. Указ. соч. С. 141.

суд, судебная практика которого имеет обязательную силу для нижестоящих судов.

Судебный корпус судей в странах романо-германской семьи состоит, как правило, из профессиональных и постоянно занимающихся судебной деятельностью юристов. Судейская карьера начинается с первых шагов профессиональной деятельности. В отличие от стран общего права должность судьи в данной правовой семье очень редко замещается опытными адвокатами. Поэтому у континентальных судей отмечается и иная психология. Университетская подготовка дает судьям возможность более широкого подхода к проблемам. Их видение права выходит за рамки конкретных дел, не столь ограничено юридической техникой и «масштабами острова», как у английских судей.

Немаловажную роль в романо-германской правовой семье играет судебная практика, которая отличается элементами самого разного характера. Следует еще раз упомянуть о наличии сборников судебной практики и их официального характера.

Судебные решения высших судебных инстанций Франции, Германии (ФРГ), Испании, Италии, Португалии, Швейцарии официально публикуются в сборниках судебной практики, что позволяет знакомиться с новыми прецедентами и применять их в последующих сходных случаях. Также официальные сборники помогают быстро отличить решения, заслуживающие название судебной практики, от решений, которые не желательны для применения.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что в романо-германской правовой семье судебная практика, хотя и занимает вторичное место после закона, тем не менее выполняет присущие только ей функции нормативно-правового содержания и в полной мере является источником права. Этому способствует развитая судебная система в лице высших судебных органов, которые вырабатывают и создают судебную практику, благодаря высшей квалификации судей и официальности судебных сборников.

Если в «общем праве» возрастает роль законодательства, отмечает И. Ю. Богдановская, то в континентальном праве возрастает роль судей, которые развивают, дополняют и даже изменяют писаное право¹.

Таким образом, судебное нормотворчество все больше набирает силу в странах романо-германской правовой семьи. Об этом

¹ Богдановская И. Ю. Закон в английском праве. Москва, 1987. С. 103.

справедливо отмечают немецкие компаративисты К. Цвайгерт и Х. Кётц, которые пишут: «Совершенно очевидно, что в сфере социального регулирования правотворческая функция английских судов сошла на нет и в значительной мере осуществляется парламентом или органами исполнительной власти, компетентными издавать соответствующие акты. И наоборот, на континенте, как известно, весьма формально следуют положениям устаревших кодексов и законодатель, издавая новые регулирующие акты, столь широко формулирует их нормы, что тем самым возлагает бремя правотворчества на судей»¹.

Имеющиеся определенные характерные сходства с англосаксонской правовой семьей позволяют высшим судебным инстанциям создавать и развивать нормы судейского права в национальных правовых системах Европейского континента.

1.3. Судебное формирование права в российской правовой системе

В российской правовой системе на протяжении длительного времени судебное правотворчество считалось буржуазным правовым явлением, а поэтому судебный прецедент не признавался источником права, хотя судебная практика играла определенную роль при разрешении сходных казусов, при отсутствии нормы права, а также учитывалась при создании законов.

На каждом этапе исторического развития Российского государства право постоянно совершенствовалось. Основным источником права в России всегда считался закон. Но в период своего становления определенный круг общественных отношений регулировался также обычаями, которые применялись при рассмотрении судебных тяжб общиной, а впоследствии князем и его наместниками.

Во время княжеского правления на Руси вся власть сосредотачивалась в руках князя, в том числе и судебная. Князь при рассмотрении спора в силу отсутствия или несоответствия жизненной ситуации норм обычного права создавал прецедент.

Русский историк права А. Е. Пресняков пишет: «Случаи сложные, неясные, новые, случаи, при которых применение обычного права привело бы к явной несправедливости, – вот, прежде всего, область княжого решения. Это *judicium aequitatis*, решение

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Москва, 1998. Т. 1. С. 304.

по справедливости, игравшее существенную роль в развитии права у всех народов. Это фактор творчества нового права путем прецедентов, какими становились отдельные княжеские приговоры»¹.

Нормы, созданные княжеской судебной практикой нашли свое воплощение в Русской Правде, их связывают с именами князей.

Главным фактором правообразования в тот период была судебно-административная практика, значение которой усиливалось по мере изменения общественной жизни. Старые нормы обычного права не отличались достаточной гибкостью, чтобы отвечать на новые вопросы и новые потребности, возникавшие в жизни.

Таково было основное условие, пишет А. Е. Пресняков, возникновения правительственной деятельности по созданию нового права. Она имела две формы – судебно-административную практику, создававшую по отдельным случаям решения – прецеденты, которые, применяясь к ряду новых сходных случаев, обобщались и вырастали до значения новых норм права; и уставную деятельность, прямо создававшую новые нормы в руководстве этой практикой².

Чтобы понять причины, побудившие к такой деятельности князя как судьи, управителя и законодателя, следует уяснить те явления в общественной жизни Древней Руси, которые создавали положения и вопросы, не разрешавшиеся обычным правом и требовавшие решения в интересах общего мира. Обычное право было рассчитано на определенную оседлость общин, которые характеризуются «как союзы для охраны мира».

Длительное время князь не вмешивался в самодеятельность общины, но постепенно власть князя проникла в замкнутость самоуправляющихся общинных миров. Происходит объединение их в волости, развиваются городская жизнь, торговля, устанавливаются отношения с иностранцами, происходят перемены в социально-экономических условиях древнерусского быта, что вызвало к жизни новое право – право, создаваемое князем в виде судебной практики (прецедентов) как необходимое дополнение к обычному праву.

В период действия обычного права при возникновении вопроса о его нарушении и восстановлении право следовало к спорным случаям найти и сформулировать. Эти формулы права

¹ Пресняков А. Е. Лекции по русской истории. Киевская Русь. Москва, 1993. С. 431.

² Пресняков А. Е. Указ. соч. С. 413.

в виде княжеских приговоров становятся прецедентами, что облегчает нахождение и применение права в будущем при сходных случаях. Княжеские прецеденты для удобства использования и сохранения заносят в уставы и своды. В дальнейшем запись становится уставной грамотой, уложением, авторитетным документом с правовым весом.

Так, источником формирования Судебника 1497 г. стали нормы Русской Правды, обычного права, судебной практики и литовского законодательства.

Российский историк права И. А. Исаев отмечает, что если Русская Правда являлась сводом обычных норм и судебных прецедентов и своеобразным пособием для поиска нравственной и юридической истины, то Судебник стал, прежде всего, «инструкцией» для организации судебного процесса¹. Из этого следует, что княжеские прецеденты способствовали формированию и развитию как права, так и процесса на Руси.

В 1529 г. был принят первый статут Великого княжества Литовского, который был основан также на судебной практике и других источниках. Основными источниками общерусского права в XV–XVII вв. были великое княжеское законодательство, «приговоры» Боярской думы, постановления Земских соборов, отраслевые распоряжения, приказы.

Примером может служить Соборное Уложение 1649 г., источником которого стали судебники, указные книги приказов, царские указы, думские приговоры, решения Земских соборов, Стоглав, литовское и византийское законодательство. Тем не менее в тот период преобладает законодательная форма над судебной практикой и обычаем.

В исследуемые периоды судебная, исполнительная и законодательная власть сосредотачивалась в лице князя, а впоследствии в лице царя. Судебные функции выполняли князь, наместники, тиуны, дьяки, помещики и т.д. Все они не имели юридического образования, а значит, и развитие судебной практики проходило недостаточно активно, предпочтение отдавалось местным обычаям и законодательным актам, которые к этому времени заняли ведущее место.

С образованием первых русских университетов – Московского (1755) и Петербургского (1802) – начинается становление российской юридической школы. Создаются научные и образовательные

¹ Исаев И. А. История государства и права России. Москва, 1999. С. 73.

центры при университетах (Москва, Петербург, Казань, Харьков), где изучают юриспруденцию и готовят научные кадры. В результате экономических, социальных и политических преобразований (отмена крепостного права) возникла необходимость проведения судебной реформы 1864 г., а также кодификации правовых актов.

Судебная реформа упразднила судебную власть помещиков над крестьянами, уменьшила влияние сословных судов, судебная деятельность отделилась от административной и законодательной.

Кодификация русского права, начатая М. М. Сперанским в XVIII в., нашла свое воплощение в Своде законов. Одновременно подготавливалось собрание законов. «Собрание законов должно было вобрать в себя все законодательные акты, изданные верховной властью и правительственными органами. В Собрание включались те судебные решения, которые стали судебными прецедентами или толкованием к принятым законам, а также частные решения, которые «важны в историческом отношении»¹.

В результате судебной реформы 1864 г. были созданы местные и общие суды. К местным судам относились: волостные суды, мировые судьи и съезды мировых судей; к общим судам – окружные суды, судебные палаты, кассационные департаменты Сената. Судьями назначают граждан не только по имущественному цензу, но (что очень важно) они должны иметь юридическое образование.

В основу реформы был положен принцип разделения властей, судебные функции были отделены от административных функций, тем самым была создана новая модель судостроительства. Судебная власть сосредотачивается в судах и Сенате. Так, Г. В. Вернадский справедливо отмечает: «При Александре II в результате, главным образом, реформы судебных установлений Сенат приобретает окончательно свое значение как высшего судебного учреждения»².

Сенат выступал в качестве высшего судебного и надзорного органа, в его ведении находилось толкование законов и решение юридических коллизий. Разъяснения Сената становятся обязательными для юридической практики. Отдельные постановления Сената, утвержденные императором, приобретали статус законов.

Главным источником права становится закон, толкование которого осуществляли законодатель, Сенат, суд, правоведы.

¹ Исаев И. А. Указ. соч. С. 258.

² Вернадский Г. В. История права. Санкт-Петербург, 1999. С. 36.

Можно предположить, что решения Сената и суда по толкованию тех или иных положений закона признавались прецедентами толкования и являлись обязательными для применения.

Заслуживает особого внимания точка зрения Г. В. Демченко о роли судебной практики Сената. В частности, он пишет: «Судебная практика Сената имеет юридическое значение источника права, хотя и занимающего теперь – при необычайном развитии законодательства – подчиненное, второстепенное место»¹.

Положительное мнение в отношении судебной практики высказывал профессор права С. В. Пахман, выступая на годовом собрании юридического общества при Санкт-Петербургском университете 14 февраля 1882 г. Он частности, отметил: «Что же касается отношения судебной практики к движению законодательства, то известно, что практика, и без искусственных с ее стороны усилий, всегда имела и будет иметь влияние в деле усовершенствования положительных норм, вызываемого требованиями жизни, ибо недостатки закона ни в чем не сказываются столь убедительно и ясно, как при разрешении отдельных случаев на практике»².

Судебная реформа 1864 г. не только создала новую структуру судебной системы, но и дала возможность для творческой деятельности судей. Известный судебный деятель дореволюционного времени А. Ф. Кони считал, что «для понимания и толкования закона необходимы самодеятельность судьи и вдумчивая работа». Судебные уставы в ст. 9 и 10 Устава гражданского судопроизводства и 12 и 13 Устава уголовного судопроизводства требуют, чтобы разрешение дела ни в каком случае не останавливалось под предлогом неполноты, неясности и противоречия законов, предписывая судебным установлением основывать свое решение на общем смысле последних³.

Анализ этих положений, внесенных законодателем в Уставы, дает возможность с определенностью отметить, что судьям было предоставлено право судебного нормотворчества, т.е. создавать судебские нормы и на их основе вырабатывать единую судебную практику.

Одним из примеров судебного творчества Сената может служить кассационное решение № 492 от 1867 г. Сенат высказал

¹ Демченко Г. В. Судебный прецедент. Варшава, 1903. С. 234.

² Пахман С. В. О современном движении в науке права. Санкт-Петербург, 1882. С. 33.

³ Кони А. Ф. Собрание сочинений. Москва, 1967. Т. 4. С. 44–45.

следующее положение: «На основании ст. 801 Устава уголовного судопроизводства председатель имеет неотъемлемое право объяснять присяжным заседателям юридические основания к суждению о силе показаний экспертов как доказательств, служащих в пользу или против подсудимого. Для оценки этих мнений по существу ему не может быть возбранено указывать и на такие обстоятельства, которые подкрепляют и опровергают заключения эксперта».

Это решение Сената отступает от прямого смысла ст. 801 УУС. Необходимым следствием такого взгляда на заключительную речь председателя явилось как бы косвенное дозволение председателю высказывать свой взгляд на силу имеющихся по делу доказательств. В своем заключении по делу Саратовско-Симбирского банка обер-прокурор А. Ф. Кони поддержал приведенный взгляд правового Сената¹.

В подтверждение этому стоит привести мнение известного ученого-правоведа Е. Н. Трубецкого, который с уверенностью высказался о судебной практике как источнике права в России.

В частности, он отметил: «У нас в России судебная практика имеет значение самостоятельного источника права, но это значение было официально признано за ней лишь со времени издания Судебных Уставов Императора Александра II»².

В результате Октябрьской революции 1917 г. к власти в России пришли большевики. Принятым в ноябре 1917 г. Декретом о суде № 1 отменялось действие старых законов. Главным источником права становится революционное правосознание, на основе этого складывается новая судебная практика.

Становление нового суда требовало и новых подходов в судебной деятельности, а именно в тот период при отсутствии норм права судам рекомендуется руководствоваться правосознанием, исходя из интересов государства.

Разрабатывая программу партии, В. И. Ленин писал: «Отменив законы свергнутых правительств, партия дает выбранным советскими избирателями судьям лозунг — осуществлять волю пролетариата, применяя его декреты, а в случае отсутствия соответствующего декрета или неполноты его, руководствоваться социалистическим правосознанием, отмечая законы свергнутых правительств»³.

¹ Владимиров Л. Е. Учение об уголовных доказательствах. Тула : Автограф, 2000. С. 132–133, 450.

² Трубецкой Е. Н. Энциклопедия права. Москва, 1908. С. 133.

³ Ленин В. И. Полн. собр. соч. Т. 38. С. 115.

При отсутствии писаных норм права в судах действуют нормы обычного права. Революционное правотворчество в этот период осуществляется судебными органами, высшими органами власти, руководящими органами политических партий и местными Советами.

В декабре 1919 г. Наркомюст принимает Руководящие начала по уголовному праву РСФСР, которые стали первой попыткой обобщить практику судов. При этом суды призывались руководствоваться «социалистическим правосознанием» и принципом целесообразности, разрешая дела на основе норм общей части кодекса.

Так, например, при назначении наказания суд должен был учитывать степень и характер социальной опасности преступника, его социальную принадлежность и целесообразность применения наказания.

Практика судебного правотворчества получила в Руководящих началах поддержку в виде принципа аналогии. В случае отсутствия в законе необходимой нормы, разрешающей конкретный казус, к нему могли применить аналогичную норму и решить по аналогии с другим казусом, урегулированным этой нормой. Подобная свобода толкования в уголовном праве вела к произволу и репрессиям.

В ноябре 1918 г. было утверждено Положение о народном суде РСФСР и тем самым создана новая система народного суда, состоящая из народного судьи и народных заседателей. На первый план вышли новые принципы судебного права – это коллегиальность рассмотрения дела и принятия судебного решения, расширение судебного правотворчества, уменьшение роли судебного профессионализма.

В декретах о суде, принятых в 1917–1918 гг., использовалось понятие революционного правосознания. В ст. 5 Декрета о суде № 1 (1917) говорилось о «революционной совести» и «революционном правосознании». В ст. 36 Декрета о суде № 2 (1918) упоминается уже «социалистическое правосознание», а в ст. 22 Декрета о суде № 3 (1918) – «социалистическая совесть».

Делалась попытка разграничить категории «революционная совесть» и «революционное правосознание». Первая означала субъективную способность осознавать и применять революционное правосознание, вторая определяла объективное содержание права.

Правоведы 1920-х гг. (П. Стучка, Д. Курский) придавали важное значение этим декретам, но все же главное место отводили судебному решению как ведущей форме правотворчества. Это отчасти объяснялось тем, что декреты этого периода (1917–1918) были разрознены и не приведены в систему.

Д. И. Курский на примере нескольких судебных решений народных судов приходит к выводу о том, «что решения местного народного суда, взятые в большом объеме, дадут богатейший материал для характеристики и самого народного суда, и революционного правотворчества». По его выражению, народный суд является «чистым родником подлинного народного права»¹.

Законодательные нормы не могли охватить всего многообразия действительности, в каждый отдельный момент времени точно отражать «опыт хозяйственного строительства».

В этом случае революционное правосознание приобретало новое значение – метода, восполняющего пробелы в законе, создавая тем самым новую «революционно-пролетарскую» судебную практику.

Так, ст. 9 УК РСФСР (1922) определила социалистическое правосознание в качестве руководящего начала для применения статей Кодекса, а ст. 10 УК РСФСР (об аналогии в применении мер социальной защиты) предоставляла этому принципу вполне конкретную область реализации.

Например, судебная практика давала широкое толкование ст. 128 УК РСФСР о должностных преступлениях. В число субъектов этих преступлений включались не только должностные лица, но и частные лица («нэпманы») в качестве соучастников. Репрессии были обращены на «смычку хозяйственников, частных предпринимателей и посредников». Судебная практика зафиксировала несколько форм уклонения от налогов: по сговору, сокрытие источников доходов под чужой вывеской и за подставным лицом, путем использования двойной бухгалтерии, в форме организации «лжекооператива».

Тем не менее советские правоведы 1920-х гг. столкнулись с противоречием, заложенным в самой правовой системе переходного периода, между «пролетарским судом» и «буржуазным правом». Эффективным средством противодействия «буржуазным» началам стала судебная и правоприменительная практика.

¹ Курский Д. И. Заметки о народном суде // Избранные статьи и речи. Москва, 1958. С. 158.

«Творческая активность судебной практики, точно ограниченная исключительно интересами государства и трудящихся, но вовсе не ограниченная неподвижными рамками закона» – в этом виде-лось начало коррективов правотворческой деятельности в услови-ях переходного периода.

Разрешение дилеммы «пролетарский суд – буржуазное пра-во» осуществлялось следующим образом: судья должен был, прежде всего, попытаться найти прямой ответ в действующем за-коне. Если это не удавалось, он обращался к анализу «общих начал», которые можно вывести из существующего советского за-конодательства. Не найдя достаточно определенного ответа и там, судья вправе был искать решение в «общих принципах классовой политики».

Для такого порядка необходима была тщательно регламен-тированная процедура судебного разбирательства, поэтому зако-нодатель стал особое внимание уделять разработке норм процес-суального права.

Примером может служить ст. 4 ГПК РСФСР (в редакции 1923 г.), которая непосредственно не наделяла судью правом ре-шать дело вопреки законодательству, но в целях восполнения су-ществующих пробелов давала широкие возможности для судебно-го толкования применительно к «особенностям экономической ситуации».

С образованием СССР (1922) создается единая для всех рес-публик судебная система во главе с Верховным Судом СССР. В январе 1923 г. образован Верховный Суд РСФСР. Складывается социалистическая система права, исчезают такие правовые крите-рии, как «революционное правосознание», их заменили целесооб-разность и нормативизм. В дальнейшем это приведет к культу личности и репрессиям. Определенная роль в этот период отво-дится судебным органам, направляемым партийными идеологами¹.

По мере укрепления абсолютной власти партии и создания социалистического права роль суда сводится к применению права при рассмотрении дел и обобщении судебной практики.

Высшей судебной инстанцией в СССР выступал Верховный Суд СССР. Согласно ст. 102 Конституции СССР (1936) правосу-дие в СССР осуществляется Верховным Судом СССР, Верховными

¹ Бойков А. Д. Третья власть в России. Москва, 1997 ; Стецовский Ю. И. Судебная власть. Москва, 1999 ; Кудрявцев В. Н., Трусков А. И. Политиче-ская юстиция в СССР. Москва, 2000.

Судами союзных республик, краевыми и областными судами, судами автономных республик и автономных областей, окружными судами, специальными судами СССР, народными судами.

На Верховный Суд СССР был возложен надзор за судебной деятельностью всех судебных органов СССР и союзных республик.

Для рассмотрения протестов в порядке надзора председателя Верховного Суда или прокурора СССР на решение судов созывался Пленум. В период своей деятельности Пленум Верховного Суда СССР давал руководящие разъяснения судебной практики.

Но даже в это сложное время ученые пытаются выделить роль судебной практики как источника права в социалистическом праве.

Верховный Суд СССР и его Пленум обеспечивают единообразное понимание судами советских законов и единство судебной практики. Пленум Верховного Суда СССР в постановлениях разъясняет, как следует правильно понимать и применять на практике законы. Данные постановления являются обязательными как для судов, так и для правоохранительных органов.

П. Орловский отмечает, что «выводы и обобщения, сделанные Пленумом Верховного Суда СССР из ряда однородных судебных решений, применяемых судами в течение определенного периода времени по однородным делам», и будут судебной практикой. «В этом своем качестве судебная практика приобретает руководящее обязательное значение для судов, а следовательно, является источником советского гражданского права»¹.

Точка зрения С. И. Вильнянского также заслуживает внимания о месте судебной практике «как одного из источников советского права»².

В противовес ученым, которые считали судебную практику источником права, имелись противоположные мнения. Так, И. Тишкевич считает, что постановления Пленума Верховного Суда СССР не являются источником права, поскольку судебные органы наделены лишь судебными функциями, поэтому не вправе заниматься нормотворческой деятельностью³.

¹ Орловский П. Значение судебной практики в развитии советского гражданского права // Советское государство и право. 1940. № 8–9.

² Вильнянский С. И. Значение судебной практики в гражданском праве // Ученые труды Всесоюзного института юридических наук. Москва, 1947. Вып. IX. С. 244–245 ; Вильнянский С. И. Лекции по советскому гражданскому праву. Харьков, 1956. С. 56–60.

³ Тишкевич И. С. Являются ли руководящие указания Пленума Верховного суда СССР источником права? // Советское государство и право. 1955. № 6.

Другой вывод был сделан М. С. Ходуновым в отношении постановлений Пленума Верховного Суда СССР, которые обладают всеми признаками источника права.

Он, в частности пишет: «Пленум не только разъясняет закон, но и предписывает руководствоваться этими разъяснениями, т.е. дает официальное и обязательное для судов и сторон толкование закона и тем самым устраняет возможность другого его толкования нижестоящими судебными органами. Решения и приговоры отменяются, если они не соответствуют принятому Пленумом толкованию закона»¹.

Деятельность Пленума Верховного Суда СССР о даче нижестоящим судам руководящих указаний по вопросам судебной практики на основании решений, принятых по рассмотренным Верховным Судом СССР судебным делам, нашла свое закрепление в ст. 75 Закона о судостроительстве СССР (в редакции 1938 г.). Законодатель прямо не закрепил в норме принцип обязательности решений Пленума, но в практической деятельности судьи должны были ими руководствоваться при рассмотрении дел.

Конституция СССР (1977) сохранила структуру судебной системы и закрепила принцип осуществления правосудия в СССР только судом (ст. 151).

В ноябре 1979 г. принят Закон СССР о Верховном Суде СССР. Одним из полномочий Пленума Верховного Суда становится рассмотрение материалов обобщения судебной практики и дача руководящих разъяснений судам по вопросам применения законодательства (ст. 18). Новый закон расширил полномочия Пленума и фактически сделал его постановления обязательными для судов всех уровней.

Научная дискуссия о юридической природе решений высших судебных органов снова приобретает актуальность. Вопрос остается прежним: есть ли судебный прецедент в социалистическом праве и является ли судебная практика источником права в СССР?

Так, ряд ученых 1960–80-х гг. (А. Б. Венгеров, С. Н. Братусь и др.) пытались объяснить и доказать, что решения высших судебных органов являются источником права. Но марксистско-

¹ Ходунов М. С. Судебная практика как источник права // Социалистическая законность. 1956. № 6. С. 31–33 ; Исаев М. М. Судебная практика Пленума Верховного Суда СССР как источник советского уголовного права // Ученые записки Всесоюзного научно-исследовательского института советского законодательства. Москва, 1947. Вып. V. С. 75–78.

ленинское учение о праве относило данный источник к буржуазному праву, которому не место в социалистическом обществе, а также отвергало теорию разделения власти.

Советский правовед П. И. Стучка в период становления Советской власти и создания нового суда отметил: «Принцип разделения власти для нас, как и в действительной жизни, имеет только значение технического разделение труда. Власть, в данном случае советская, естественно должна быть единой властью, включая в себя и законодательную, и исполнительную, и наконец, судебную»¹.

Следовательно, роль судебных органов сводилась только к применению нормативного акта. В то же время за видимостью закона можно было распознать признаки правотворческой деятельности высшего судебного органа, вызванные жизненной необходимостью в ходе применения закона. Поэтому одни признавали творческую функцию высших судебных органов по созданию прецедента, а другие отвергали.

В связи с этим особое внимание заслуживает утверждение Е. Мартынчика и Э. Колоколова о том, что «в бывшем Советском государстве прочно утвердились два вида судебного правотворчества: руководящие разъяснения пленумов (Верховного Суда СССР и Верховных судов союзных республик) и решения других высших судебных инстанций по конкретным делам. Такова была реальность относительно судебного прецедента и прецедентного права в социалистическом государстве, где теоретически их отвергали, а на практике вуалировали»².

Непринятие социалистическим правом судебного прецедента объяснялось марксистской теорией о необходимости построения коммунистического общества, где не будет ни государства, ни права. В этот переходный период признается и доминирует только одна форма права – нормативно-правовой акт, закон.

В связи с распадом СССР прекратил свое существование и Верховный Суд СССР. Бывшие союзные республики создали свои независимые государства, в которых сформированы новые судебные системы, имеющие свой высший судебный орган.

¹ Стучка П. И. Старый и новый суд // Избранные произведения по марксистско-ленинской теории права. Рига, 1964. С. 238.

² Мартынчик Е., Колоколова Э. Прецедентное право: от советской идеологии к международной практике // Российская юстиция. 1994. № 12. С. 20–22.

Судебная система России также требовала реформы, но такой, которая сможет сделать судебную власть гарантом защиты прав и свобод человека. 24 октября 1991 г. Верховным Советом РСФСР одобрена Концепция судебной реформы в РСФСР. Концепция судебной реформы предусматривает создание правового государства, реальное разделение властей, а ядром судебной реформы выступает преобразование суда и процесса, под знаком и во имя которых коренным образом обновляются институты права¹.

Впервые в истории России принимается Закон РФ «О статусе судей в Российской Федерации» (26 июня 1992 г.). Закон устанавливает, что «судебная власть самостоятельна и действует независимо от законодательной и исполнительной властей». Предусмотрены новые требования к кандидатам на должность судьи, одним из обязательных условий становится наличие высшего юридического образования (ст. 4), определен новый порядок назначения судей (ст. 6), установлена гарантия независимости судей (ст. 9)².

12 декабря 1993 г. в России принимается новая Конституция РФ. Статья 10 Конституции РФ законодательно определила, что государственная власть в Российской Федерации осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную. Согласно ст. 118 Конституции РФ судебная власть осуществляется посредством конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства. Правосудие осуществляется только судами.

Суды становятся основными органами по разрешению споров и применению нормативно-правовых актов в процессе своей деятельности.

Поэтому не исключено, пишет В. Н. Синюков, что «в ближайшей перспективе должна наметиться тенденция к известной структурной эволюции системы российского права в направлении усвоения ею элементов общего (судебного прежде всего) права, которое сначала фактически, а затем все более и формально-юридически будет получать самостоятельное значение в системе источников российского законодательства»³.

В связи с возникновением новых общественно-экономических отношений законодатель пытается урегулировать весь спектр

¹ Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1991. № 44. Ст. 1435.

² Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1992. № 30. Ст. 1792.

³ Синюков В. Н. Российская правовая система. Саратов, 1994. С. 349.

этих отношений. Но жизнь настолько многогранна, что невозможно все в ней предусмотреть, а тем более законодательно закрепить, учесть все тонкости и нюансы реальной жизни.

Это позволило по-новому взглянуть на роль суда в выработке и созданию судебного прецедента как источника права в российской правовой системе, где формулируются новые общественные отношения. Предложение С. С. Алексеева о новой функции высших органов судебной власти в современных условиях является, на наш взгляд, актуальным и своевременным ориентиром по выработке механизмов ее деятельности.

С. С. Алексеев пишет: «Надо полагать, настала пора вообще изменить наше видение правосудия, интерпретацию его назначения как одного лишь "применителя права". Опыт развитых демократических стран, причем не только англо-американской группы, свидетельствует, что высокий уровень правового развития достигается в обществе тогда, когда суд опирается на Конституцию, закон, на общепризнанные права человека, также и творит право. Поэтому придание решениям высших судебных инстанций страны функций судебного прецедента представляется делом назревшим, вполне оправданным»¹.

Вопрос о правотворческой деятельности высших судебных органов по созданию прецедента (судейской нормы) нашел свою поддержку и развитие в научных трудах ряда ученых и практических работников судебной системы².

Закон РФ «О судебной системе Российской Федерации» от 31 декабря 1996 г. сохранил и закрепил единство судебной системы, в которой действуют федеральные суды, конституционные (уставные) суды и мировые судьи (ст. 4).

Деятельность органов судебной власти в настоящее время регулируется нормативными актами, это позволило создать федеральную судебную систему, обязательность юридического образования и стажа по юридической специальности для назначения на должность судьи, публикации судебных решений в специальных сборниках (Вестник Конституционного Суда РФ, Бюллетень Верховного Суда РФ, Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ).

¹ Алексеев С. С. Теория права. Москва, 1994. С. 219.

² Лившиц Р. З. Теория права. Москва, 1994 ; Лазарев В. В. Общая теория права и государства. Москва, 1999 ; Жуйков В. М. Судебная защита прав граждан и юридических лиц. Москва, 1997 ; Верещагин А. Н. Судебное правотворчество в России. Москва, 2004 ; Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судебское право. Москва, 2007.

Официальность публикаций прецедентов является одним из условий его признания и общеобязательности. Поэтому нельзя не согласиться с мнением профессора А. В. Цихоцкого, который отмечает, что существование прецедентного права требует, чтобы судебные прецеденты публиковались в специальных изданиях. Как правило, если правовая система государства признает судебные прецеденты в качестве источников права, то последние подлежат официальному опубликованию¹.

Совокупность этих условий, а также создание новых общественно-экономических отношений, не достаточно урегулированных законом, поскольку в настоящее время старая законодательная база не способна охватить вновь создаваемый экономический базис и связанные с ним отношения, позволяют сделать вывод о том, что в российской правовой системе сформировались необходимые предпосылки и условия, которые позволили возникнуть и существовать судебному нормотворчеству.

Таким образом, высшие судебные органы могут не только применять норму права при рассмотрении дел, но и в случае отсутствия нормы права или закона создавать норму судейского права.

Такую деятельность высших судебных органов положительно оценивает профессор М. В. Баглай, который отмечает: «Если бы у меня спросили, полезно ли было признание у нас прецедентности судебных решений, я бы в определенном смысле ответил положительно»².

Немаловажным условием, которое способствует утверждению прецедента в правовой системе России, является прецедентное право Европейского Суда. Российская Федерация в 1998 г. признала абсолютную юрисдикцию Европейского Суда по правам человека, решения которого являются обязательными для исполнения всеми органами государственной власти страны, в том числе и судебной.

Как считает М. В. Кучин: «Сегодня, после присоединения России к Конвенции, остро встает проблема включения прецедентного права Совета Европы в правовую систему Российской

¹ Цихоцкий А. В. Прецедентное право как объективная реальность // Эдилет. 2000. № 1 (7). С. 84.

² Баглай М. В. Вступительная статья к книге Барак А. Судейское усмотрение. Москва, 1999.

Федерации по аналогии с общепризнанными нормами и принципами международного права»¹.

Думается, основа разрешения этой проблемы частично содержится в ч. 4 ст. 15 и ч. 1 ст. 17 Конституции РФ, из которых следует, что общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы; в Российской Федерации признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с настоящей Конституцией.

Следовательно, федеральные суды Российской Федерации могут руководствоваться и применять нормы Конвенции, Протоколов и прецеденты Европейского Суда, поскольку Конституция РФ имеет высшую юридическую силу и прямое действие.

Председатель Верховного Суда РФ В. М. Лебедев отметил, что большое влияние на совершенствование правосудия оказывают нормы международного права, практика Европейского Суда по правам человека. Первые же вынесенные в Страсбурге решения по результатам рассмотрения жалоб российских граждан станут прецедентами для разрешения аналогичных обращений, которые будут поступать в Европейский Суд в дальнейшем².

Делать вид и не замечать существование данного источника права было бы крайне не благоразумно и пагубно для российской правовой системы, в рамках которой создается правовое государство. Справедливо и точно по этому поводу пишет И. Калинина: «Если же мы будем по-прежнему прятать голову в песок, избегая научно-практической оценки прецедента в российской правовой системе при его фактическом наличии, вот именно тогда и будут создаваться условия для произвола»³.

Поэтому в современных условиях развития российской правовой системы должен найти свое утверждение такой источник права, как судебный прецедент, который фактически и реально

¹ Кучин М. В. Прецедентное право Совета Европы и правовая система России // Правоведение. 2001. № 1. С. 50–52.

² Лебедев В. М. Расширение доступа к правосудию – одна из целей судебной реформы // Российская юстиция. 1999. № 9. С. 2–4 ; Он же. От Концепции судебной реформы к новым идеям развития судебной системы // Российская юстиция. 2000. № 3. С. 2–5.

³ Калинина И. Магическая подкова российского прецедента // Бизнес-Адвокат. 1999. № 22.

существует в России¹ и способен формировать нормы судейского права.

Директор Института государства и права РАН академик Б. Н. Топорнин, выступая на научной конференции «Российское государство и право на рубеже тысячелетий» (Москва, 2–4 февраля 2000 г.), подчеркнул: «Необходима теоретическая разработка новых источников права, которые в последнее время приобретают все большее значение в правовом регулировании, таких как нормативно-правовой договор, правовая доктрина, судебный прецедент»².

В механизме правового регулирования определенную роль играют как судебный прецедент, так и судебная практика, являющиеся формами судебного нормотворчества. Их влияние в правовой системе становится все более значимым и приобретает роль непосредственного регулятора общественных отношений.

Г л а в а 2

Формы судебного нормотворчества

2.1. Судебный прецедент и судебная практика как формы судебного нормотворчества

Развитие правовой системы тесно связано с деятельностью судебных органов, которые придают жизнеспособность нормативным актам своими решениями, а в некоторых случаях отменяют, дополняют и восполняют недостающие нормы права созданными в процессе этой деятельности судейскими нормами. Судебное нормотворчество – не основная функция судебной власти, а побочная деятельность суда, которая позволяет в современных условиях регулировать социально-правовые ситуации до принятия нормативного акта. Основными формами судебного нормотворчества выступают судебный прецедент и судебная практика высших судебных инстанций. В своей монографии А. В. Мадьярова отмечает, что «известно две формы судебного нормотворчества: судебный прецедент и судебная практика»³.

¹ Окуневич С. Судебный прецедент в России – это реальность // Российская юстиция. 2000. № 4 ; Гурова Т. В. Судебный прецедент как формальный источник права и его место в системе источников права в России // Атриум. 1997. № 3. С. 6–9.

² Правоведение. 2000. № 3. С. 242.

³ Мадьярова А. В. Разъяснения Верховного Суда Российской Федерации в механизме уголовно-правового регулирования. Санкт-Петербург, 2002. С. 68.

Творческая деятельность суда положительно оценивалась И. А. Покровским. В частности, он пишет: «Закон и суд не две враждебные силы, а два одинаково необходимых фактора юрисдикции. Оба они имеют одну и ту же цель – достижение материально справедливого; закон для достижения этой цели нуждается в живом дополнении и сотрудничестве в лице судьи. И нечего бояться этой творческой деятельности судьи: судья в неменьшей степени, чем законодатель, сын своего народа и своего времени и в неменьшей степени носитель того же народного правосознания»¹.

На протяжении всего периода судебный прецедент и судебная практика являлись своеобразным ориентиром для единообразного рассмотрения судебных дел, правильного применения установленных нормативно-правовых актов, толкования и восполнения пробелов в законодательстве.

Русский ученый права Д. И. Мейер считал, что «судебная практика всегда служит помощницей законодательству, дополняя его пробелы, точнее определяя применение закона к данным случаям»².

Развитие судебного нормотворчества в основном зависит от политической воли государства и ее правовой политики³. Будет данная деятельность иметь легальный, творческий, вспомогательный характер или будет просто практической деятельностью судебных органов. Активная, творческая самостоятельность судебного нормотворчества начинается с отделения судебной власти от законодательной и исполнительной.

Впервые в России такой шаг был сделан в 1864 г. В результате судебной реформы судебная власть была отделена от законодательной, отменен запрет на толкование законов. Судам предписывалось всякое дело решать на основании закона, не оставляя решения под предлогом неполноты, неясности или противоречия законов.

Так, Н. М. Коркунов отмечал определенное значение судебной власти в регулировании общественных отношений. Судебная власть должна сама разрешать каждый представившийся ей вопрос. И в действительности судебная практика, особенно кассационная,

¹ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. Москва, 2001. С. 95.

² Мейер Д. И. Русское гражданское право. Москва : Статут, 2000. С. 59.

³ Матузов Н. И. Актуальные проблемы теории права. Саратов, 2003.

вследствие неполноты и казуистического характера законодательства, по необходимости имеет творческий характер¹, а если говорить с позиции современного понимания, то это был нормотворческий характер судебной практики того периода.

В настоящее время начался новый этап развития как судебной практики, так и судебного прецедента в правовой системе России. Начало этому было положено в Концепции судебной реформы (1991). Конституция РФ (1993) законодательно закрепила разделение государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную. Таким образом, был дан импульс судейскому нормотворчеству.

В своей деятельности судебная власть должна не только применять закон, но и создавать общие нормы, когда законодатель молчит. Такая деятельность высших судебных органов содействует законодателю как в корректировке нормативных актов, так и восполнении пробелов в нормативно-правовом регулировании, и представляется вполне оптимальной и реально существующей формой судебной деятельности.

Правотворческая деятельность судов, справедливо отмечает В. Д. Зорькин, в правовой системе России формально (официально) не признается, в доктрине интерпретируется противоречиво, но реально существует и через высшие судебные инстанции влияет на развитие права так же, как это имеет место и в ряде других стран Европейского континента (Греция, Италия, Нидерланды, ФРГ и др.)².

Нормотворческие полномочия судебной власти официально не закреплены в нормативных актах, но это не может свидетельствовать о том, что судебная власть как ветвь государственной власти лишена таких полномочий фактически и практически, как раз наоборот, высшие судебные органы наряду с применением правовых норм, их толкованием также осуществляют нормотворческую деятельность.

Рассматривая деятельность Конституционного Суда РФ, Б. С. Эбзеев пишет: «Важной особенностью юридической природы Конституционного Суда РФ является то, что он должен не только применять Конституцию и право, но и «находить» право. Речь, по существу, идет о судебном нормотворчестве»³.

¹ Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. Санкт-Петербург, 1894. С. 307.

² Зорькин В. Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. 2004. № 12. С. 3.

³ Эбзеев Б. С. Человек, народ, государство в конституционном строе Российской Федерации. Москва, 2005. С. 510.

Судебное нормотворчество в российской правовой системе находит свое отражение в судебных прецедентах (правовых позициях) Конституционного Суда РФ и в судебной практике Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ.

«Судебное правотворчество носит вторичный, вспомогательный характер, который заключается во внесении в нормативную систему так называемых вторичных новшеств»¹.

Публично-правовой характер судебной власти, как справедливо отмечает М. Н. Марченко, и ее воздействие на поведение людей и общественные отношения проявляются двояко. С одной стороны, с помощью решений (индивидуальных актов – актов применения), принимаемых судебными органами по конкретным делам и касающихся лишь отдельных лиц и институтов, а другой стороны, с помощью актов (прецедент, «судебная практика», акты толкования, «правовая позиция»), содержащих в себе общие правовые нормы и распространяющихся на все общество или значительную его часть. Таки образом, судебная власть выступает не только в правоприменительной и правотолковательной форме, но и в нормотворческой форме².

Фактическое существование нормотворческой функции у судебной власти требует его теоретического обоснования, для более эффективной ее деятельности, определения четких возможностей ее функционирования в правовой системе. Следует согласиться с мнением А. В. Мадьяровой в том, что «полномочия суда по обращению напрямую к «праву» являются судебным нормотворчеством, а сформулированные таким способом правила составляют «судейское право» – «право, созданное судьями» (*judge – made law*)». Поэтому наиболее взвешенной является позиция, рассматривающая судебное нормотворчество в качестве пусть неизбежного, но все же «побочного продукта» теории разделения властей»³.

Судебное нормотворчество – это выработка высшими судебными органами общих норм правового регулирования, толкование норм в процессе своей деятельности (в определенном виде судопроизводства) с закреплением этих результатов в судебном акте.

¹ Попов О. В. Теоретико-правовые вопросы судебного правотворчества в Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2004. С. 11.

² Марченко М. Н. Судебная власть: основные признаки и особенности // Российское правосудие. 2007. № 5 (13). С. 10.

³ Мадьярова А. В. Указ. соч. С. 90.

В литературе рассматриваются понятия «судебное правотворчество» и «судебное нормотворчество», которые непосредственно связаны деятельностью суда по выработке общих правовых норм как определенного результата этой деятельности. Но «судебное нормотворчество», по нашему мнению, обладает более широкой степенью регулятивных свойств, качеств, чем «судебное правотворчество».

Остановимся на основных формах судебного нормотворчества – судебном прецеденте и судебной практике. Данные формы следует отличать друг от друга. В связи с этим С. В. Боботов справедливо пишет: «Прецедент в отличие от судебной практики, т.е. суммарного результата рассмотрения конкретных дел, создается отдельно вынесенным судебным решением, которое вправе принимать лишь высшие судебные инстанции»¹.

Судебная практика является одним из видов юридической практики наряду с такой деятельностью, как «следственная практика», «административная практика», «прокурорская практика» и т.д. Все это связывается с практической деятельностью того или иного государственного органа по применению нормативно-правовых актов при разрешении юридических дел. Как отмечает В. И. Леушин: «Юридическую практику можно определить как деятельность субъекта по принятию решений правового содержания»².

В то же время судебная деятельность связана с рассмотрением юридических дел в определенном процессуальном порядке (рассмотрение дела по первой инстанции, апелляционное, кассационное, надзорное и конституционное производство). В процессе такой деятельности судами выявляются и учитываются те стороны и особенности общественных отношений, которые недостаточно урегулированы правовой нормой, законом, а поэтому необходима правовая регуляция таких отношений.

В рамках судебной деятельности таким регулятором призван выступать суд, который в процессе своей деятельности создает судебную практику – связывающее звено между общественными отношениями и нормами права. С. С. Алексеев в связи с этим

¹ Боботов С. В. Нормообразующая функция судебной практики // Судебная система России. Москва, 2000. С. 30.

² Леушин В. И. Юридическая практика в системе социалистических общественных отношений. Красноярск : Изд-во Красноярск. ун-та, 1987. С. 26 ; Карташов В. Н. Юридическая деятельность: проблемы теории и методологии : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Москва, 1990.

пишет: «По самой логике права на помощь закону приходит институт исконно правового порядка – правосудие, выраженное в деятельности суда, в судебной практике. Через судебную практику могут быть с достаточной основательностью раскрыты основные начала, "дух" данной сферы права, нашедшие не всегда полное закрепление в законодательстве, в кодексе»¹.

С одной стороны, судебная практика становится дополнительным и вспомогательным средством регулирования общественных отношений, с другой – судебная практика выступает и как деятельность, и как результат этой деятельности. Как деятельность судебная практика – это определенный способ применения правовых норм, а как результат (форма) судебная практика выступает в виде положений, конкретизирующих в рамках закона правовые нормы².

Поэтому не всякое применение судом правовой нормы является судебной практикой, а только то, которое связано с выработкой определенного положения, определенного принципа, определенной формы. В этом смысле следует рассматривать судебную практику как «устоявшееся положение», выработанное в результате неоднократного применения нормы права по аналогичным делам, как определенную форму правоприменительной деятельности³.

Судебная практика и судебный прецедент как явления и отражающие их понятия не являются идентичными. Если судебная практика выступает как источник права, то ее следует рассматривать в двух смысловых значениях, в широком и узком.

В широком понимании это судебная деятельность всех судов, входящих в судебную систему, связанная с правоприменением и выработкой в процессе рассмотрения конкретных дел (или обобщения определенной категории дел) общеобязательных правил поведения.

Во втором случае, более узком, судебная практика представляет собой конкретные общеобязательные решения, выработанные в процессе судебной деятельности. По этому поводу В. А. Туманов пишет: «Под судебной практикой понимают выработанные

¹ Алексеев С. С. Право на пороге нового тысячелетия: Некоторые тенденции мирового правового развития – надежда и драма современной эпохи. Москва, 2000. С. 118, 120.

² Безина А., Лазарев В. Конкретизация права в судебной практике // Советская юстиция. 1968. № 2.

³ Судебная практика в советской правовой системе / под ред. С. Н. Братуся. Москва, 1975. С. 3–74.

в ходе судебной деятельности "правовые положения", определения-дефиниции, правила, указания, которые обладают определенной степенью обобщенности, общепризнанности и обязательности»¹.

Интересно мнение профессора С. С. Алексеева в понимании судебной практики. В частности, он отмечает, что «судебная практика – это практика судебных прецедентов, т.е. судебная деятельность, которая строится по общезначимым принципам культуры общего, прецедентного права, его ведущего начала – "обоснования от прецедента к прецеденту" и которая вместе с тем опирается на основополагающие начала и ценности права – на начала правды, справедливости, соразмерности»².

От правового прецедента следует отличать судебную практику, которая, будучи дополнительным источником права, позволяет вырабатывать правовоположения, обобщающие целесообразный, не противоречащий действующему законодательству повседневный опыт разрешения спорных жизненных ситуаций³.

В то же время М. Н. Марченко считает, что когда речь идет о судебном прецеденте как источнике, то имеется в виду не столько процесс судебной деятельности, в ходе которого формируются «правовые положения», сколько результат этой деятельности, а именно – сами эти вырабатываемые судебной деятельностью общие «правовые положения»⁴.

Несмотря на явные противоречия и расхождения в понимании некоторыми авторами «судебной практики» и «судебного прецедента», в большинстве научных исследований эти явления и понятия рассматриваются как идентичные и взаимозаменяемые, выступающие под общим названием «прецедент»⁵.

Убедительна точка зрения В. М. Лебедева о судебной практике, которая по нашему мнению, полно и всесторонне охватывает понимание и роль судебной практики в системе правового регулирования.

¹ Туманов В. А. Роль судебной практики в развитии советского права // СССР–Франция: социологический и международно-правовой аспект сравнительного правоведения. Москва, 1987. С. 36.

² Алексеев С. С. Право на пороге нового тысячелетия. Москва, 2000. С. 131.

³ Кулапов В. Л., Сенякин И. Н. Теория государства и права. Саратов, 1999. С. 54.

⁴ Марченко М. Н. Сравнительное правоведение. Москва, 2001. С. 396.

⁵ Давид Р. Основные правовые системы современности. Москва, 1988. С. 130–141 ; Кросс Р. Прецедент в английском праве. Москва, 1985. С. 25–54.

Так, В. М. Лебедев пишет: «Судебная практика представляет собой опыт индивидуально-правовой деятельности судов, складывающийся в результате применения права при решении юридических дел»¹.

В теории права условно выделяют три вида судебной практики – текущая, прецедентная и руководящая.

Текущая судебная практика представляет собой опыт применения законодательства, выраженный в решениях судов по конкретным юридическим делам. Данная форма практики является «первичной». В ней только намечаются подходы к решению той или иной категории юридических дел. Это опыт, особенно когда речь идет о применении новых правовых норм, несет на себе печать неопределенности, но постепенно обогащается, включая все новые грани общественных отношений, подпадающих под правовое регулирование.

Прецедентная судебная практика – опыт применения законодательства, выраженный в решениях высших судебных органов по конкретным делам, причем в решениях принципиального характера. Решения имеют принципиальный характер в том случае, если текущая правоприменительная практика свидетельствует о неоднозначном понимании (толковании) правовых норм, в результате при одних и тех же обстоятельствах принимаются различные решения. При этом практика называется прецедентной, так как дает образец толкования и применения права, которому в силу авторитета высших судебных органов должны следовать остальные суды.

Однако в отличие от прецедента как источника права, считает В. М. Лебедев, прецедентная практика или прецедентные решения не являются источником права, поскольку являются не новой юридической нормой, а образцом понимания и применения существующей правовой нормы. Исключения иногда делаются для тех случаев, когда практика сталкивается с пробелами в праве².

Руководящая судебная практика – опыт применения законодательства, выраженный в особых актах центральных судебных органов, в которых данные практики обобщенно, «вторично» формулируются в виде конкретизирующих нормативных предписаний. Это – высшая форма практики. Здесь опыт применения

¹ Лебедев В. М. Судебная власть в современной России. Санкт-Петербург, 2001. С. 187.

² Лебедев В. М. Указ. соч. С. 187–188.

законодательства не связан непосредственно с отправлением правосудия по конкретному делу.

При этом под источником права понимается не текущая судебная практика, а то, что в нашей отечественной науке называется прецедентной судебной практикой, т.е. решениями, принимаемыми Верховным Судом РФ по принципиальным вопросам, по разному решаемым нижестоящими судами¹.

Думается, эти явления (судебный прецедент и судебная практика) следует рассматривать в совокупности их эволюционного развития, поскольку судебная практика на определенных этапах может выступать основой, базой для окончательного установления судебного прецедента, или совокупность судебных прецедентов образует судебную практику в широком понимании, что фактически и практически применительно для правовой системы России.

Судебная практика в российской правовой системе должна способствовать развитию и совершенствованию права, следовательно, «необходимо стимулировать развитие судебной практики в качестве важного дополнительного источника российского права»², способного как регулировать общественные отношения, так и быть основой для формирования правовых норм.

В последнее время законодатель пытается регулировать весь спектр общественных отношений, при этом не всегда точно детализируются создаваемые им нормы права. Но жизнь многогранна, невозможно все в ней предусмотреть, а тем более законодательно закрепить и учесть все тонкости общественных отношений.

Поэтому как бы уважительно мы ни относились к закону (главному источнику российского права), всегда будут обнаруживаться юридические неточности, а как один из способов устранения этого – судебное нормотворчество, поскольку в процессе применения правовой нормы возникают определенные сложности, требующие практической судебной доработки, доведения закона до идеала действия.

В подобных ситуациях, а возникают они на протяжении всего существования права, помогают решать проблему судебный прецедент и судебная практика, концентрированные формы судебного нормотворчества высших судебных органов России.

¹ Лебедев В. М. Указ. соч. С. 213.

² Синюков В. Н. Российская правовая система. Москва, 2010. С. 491.

Так, Р. З. Лившиц отмечает: «Судебная практика приспособливает общеправовую норму к особенному и единичному – конкретным жизненным ситуациям. Поэтому признание за судебной практикой роли источника права не умаляет полномочий законодательной и исполнительной власти. Суды выполняют только им присущие полномочия, которые не могут быть выполнены другими органами. Возрастание роли суда в жизни общества с необходимостью приводит к выполнению судебной практикой нормотворческой функции. Это и происходит в российской действительности»¹.

Так каким же образом судебные органы вырабатывают нормативно-правовые положения?

В. И. Анишина и Г. А. Гаджиев предлагают следующую конструкцию судебного нормотворчества: суд осуществляет правосудие по конкретному делу – применяет нормативные источники, оценивает их с точки зрения правовой бездефектности (конституционности, законности, соответствия международным нормам и правилам), – выявляя дефект, использует различные процедуры преодоления (с обязательным учетом публичного интереса в дисквалификации ущербных норм) – разрешает дело – решение используется при аналогичных случаях². Прежде всего, это связывается с деятельностью высших судебных органов, а именно Конституционного Суда РФ, Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ.

Конституционный Суд в пределах своих полномочий (ст. 3 ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации») рассматривает вопросы в пленарных заседаниях и в заседаниях палат (ст. 21, 22). В основном это дела о соответствии различных актов Конституции РФ, жалобы на нарушение конституционных прав и свобод граждан, запросы судов о проверке конституционности закона, толкование Конституции РФ. По результатам рассмотрения дела суд принимает итоговое решение (постановление).

Постановление Конституционного Суда содержит правовую аргументацию по рассматриваемому вопросу. Правовой основой решения становится выработанная правовая позиция суда, содержащая толкование конституционных норм, правовые принципы

¹ Лившиц Р. З. Судебная практика как источник права // Журнал российского права. 1997. № 6. С. 49–57.

² Самостоятельность и независимость судебной власти Российской Федерации / под ред. В. В. Ершова. Москва, 2006. С. 262.

о соответствии или не соответствии нормативно-правового акта Конституции РФ, а также выработанные правовые правила.

Решения Конституционного Суда становятся обязательными на всей территории Российской Федерации для всех представительных, исполнительных и судебных органов государственной власти, органов местного самоуправления, предприятий, учреждений, организаций, должностных лиц, граждан и их объединений.

В практической деятельности такие решения Конституционного Суда служат основанием для отмены соответствующими государственными органами неконституционных нормативно-правовых актов, внесению изменения в действующий закон, а также непосредственно применяются нижестоящими судами в случае признания отдельных положений закона не соответствующими Конституции РФ.

Практику судебного правотворчества Конституционного Суда можно проиллюстрировать на постановлениях по проверке конституционности ряда статей УПК РСФСР и УПК РФ, в которых сформулированы правовые позиции, обязательные для применения при расследовании и рассмотрении уголовных дел. Данные судебные прецеденты для удобства применения на практике публикуются в законе под статьей, которая признана неконституционной¹.

Данные постановления обладают материально-правовой силой закона и обязательны для применения судом в практической деятельности как судебные прецеденты Конституционного Суда РФ, следовательно, они имеют силу источника права².

Такое понимание о природе постановлений Конституционного Суда РФ разделяет профессор М. В. Баглай. В частности, он отмечает: «Формально Конституционный Суд не наделен нормотворческими полномочиями, и поэтому его постановления и определения как бы не являются самостоятельным источником права, подобно законодательным актам. Но, давая толкование конституционных норм и формулируя правовые позиции по рассматриваемым им вопросам, он развивает законодательство и дополняет

¹ Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР. Москва : НОРМА, 2000 ; УПК РФ. Новосибирск, 2007.

² Эбзеев Б. С. Токование Конституции Конституционным Судом РФ: теоретические и практические проблемы // Государство и право. 1998. № 5. С. 5–12 ; Лазарев Л. В. Конституционный Суд России и развитие конституционного права // Журнал российского права. 1997. № 11. С. 3–13.

действующие источники конституционного права. В связи с этим более верно теоретически считать, что постановления Конституционного Суда являются источниками права»¹.

Таким образом, можно отметить, что постановления Конституционного Суда РФ, содержащие правовые позиции, которыми восполняется пробел в законе, в случае признания закона (нормы) неконституционным, и официальное толкование конституционных норм обладают характерными признаками судебного прецедента, что позволяет ими пользоваться в практических ситуациях на уровне нормативного акта.

Процедура формирования правоположений Верховным Судом и Высшим Арбитражным Судом РФ в основном аналогична, но мы рассмотрим данный вопрос на примере Верховного Суда РФ. В соответствии со своими полномочиями Верховный Суд изучает и обобщает судебную практику, анализирует судебную статистику и дает руководящие разъяснения судам по вопросам применения законодательства, возникающим при рассмотрении судебных дел. Руководящие разъяснения Пленума Верховного Суда обязательны для судов, других органов и должностных лиц, применяющих закон, по которому дано разъяснение.

Правоположения, выработанные Верховным Судом, – это итог обобщения рассмотренных судебных дел по определенной категории. На основе проведенного обобщения Пленум Верховного Суда принимает постановление, в котором содержатся токование, разъяснение действующего закона для единообразного применения судами при рассмотрении дел, формулируются правовые правила в случае установления пробела в законе.

Подобные решения правильного применения закона создаются двумя путями: во-первых, в результате рассмотрения Верховным Судом конкретных дел; во-вторых, в результате обобщения судебной практики. Такое разъяснение законодательства в период союзного государства принадлежало Верховному Суду СССР и Верховным судам союзных республик.

А. А. Пионтковский в свое время отмечал ведущую роль Верховного Суда СССР по разъяснению законодательства. В частности, он пишет: «Верховный Суд СССР как высший судебный орган страны играет большую роль в выработке единообразия в применении советских законов, в обеспечении единства

¹ И на «нет» суд есть. Конституционный // Российская газета. 2001. 29 мая.

судебной практики. Это осуществляется как рассмотрением в порядке надзора отдельных конкретных судебных дел, так и путем дачи судам руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда СССР по возникшим в практике вопросам уголовного и гражданского законодательства и имеющим обязательную силу для всех судов нашей страны»¹.

Разъяснение законодательства – довольно редкое явление в судебной практике других стран. Такие решения высшего судебного органа были приемлемы только для правовой системы СССР, а в настоящий период – для правовой системы России.

Постановления Пленума Верховного Суда РФ, Высшего Арбитражного Суда РФ по вопросам разъяснения применения законодательства даются на основе обобщения судебной практики применения закона и имеют обязательную силу для судов.

Верховный Суд принимает руководящие разъяснения на основе оценки практики применения законов судебными органами. В этом случае вывод, сделанный А. Ф. Черданцевым, о руководящих разъяснениях Верховного Суда заслуживает внимания, поскольку проводится граница между разъяснением закона на основе оценки самого закона и на основе оценки практики применения законов судебными органами.

Именно разъяснения на основе практики применения законов судами становятся сейчас основой руководящих разъяснений пленума высшего судебного органа. По этому поводу А. Ф. Черданцев пишет: «Дача нормативных разъяснений базируется на практике судебных органов, связана только с практикой применения законов, преследует цель обеспечить правильное, с точки зрения авторитетного интерпретатора, толкование и применение законов»².

Одним из примеров судебной практики может служить постановление № 1 Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2009 г. «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке ст. 125 УПК РФ». В постановлении содержатся обязательные для применения судами правоположения, выработавшие процессуальный

¹ Пионтковский А. А. Наука и социалистическое правосудие // Бюллетень Верховного Суда СССР. 1964. № 2. С. 17.

² Черданцев А. Ф. Толкование советского права. Москва, 1979. С. 153 ; Вопленко Н. Н. Официальное толкование норм права. Москва, 1976 ; Пиголкин А. С. Толкование нормативных актов в СССР. Москва, 1962 ; Спасов Б. Закон и его толкование. Москва, 1986 ; Ершов В. Судебное толкование трудовых норм // Советская юстиция. 1993. № 20.

порядок рассмотрения материалов по жалобам (пп. 7, 8, 9), уголовно-правовое положение о месте рассмотрения таких жалоб (п. 6)¹, что позволяет более точно регулировать порядок рассмотрения материалов, предусмотренных ст. 109, 125, 165 УПК РФ.

С принятием нового УК РФ законодатель принял новеллы о применении принудительных мер воспитательного воздействия к несовершеннолетним, но не предусмотрел процессуальный порядок рассмотрения прекращенного уголовного дела в отношении несовершеннолетнего. В результате отсутствия процедуры рассмотрения таких материалов в судах складывался разный порядок рассмотрения. С целью устранения процессуального пробела в законе и недопущения нарушений прав несовершеннолетних Пленум Верховного Суда РФ от 14 февраля 2000 г. «О судебной практике по делам о преступлениях несовершеннолетних» (п. 14) урегулировал пробел в законе, установил процедуру рассмотрения материалов в отношении несовершеннолетних². В дальнейшем порядок рассмотрения таких материалов получил законодательное закрепление в ст. 427 УПК РФ (2001).

Выявленные судебной практикой неясности нормативных правовых актов, пробелы в них, противоречие между различными нормами и другие недостатки, отмечает С. В. Бошно, должны быть незамедлительно использованы законодателем для надлежащего исправления. В случае отсутствия необходимой реакции возрастает регулятивная роль форм выражения судебной практики³.

Постановления Пленума Верховного Суда являются образцом обязательного применения как нижестоящими судебными инстанциями, так и другими органами, должностными лицами в правоприменительном процессе, поскольку заполняет пробел недостающей статьи кодекса (закона), позволяет на основе авторитетного толкования и разъяснения единообразно применять законодательство. Поэтому такая судебная практика, несомненно, является результатом судебного нормотворчества.

Судебная практика Верховного Суда создается также президиумом, судебными коллегиями при рассмотрении конкретных дел по первой инстанции, в кассационном и надзорном порядке. Такие решения имеют авторитетное толкование, разъяснение закона, обязательно используются нижестоящими судами для правильного

¹ Российская газета. 2009. 18 февраля. № 27.

² Бюллетень Верховного Суда РФ. 2000. № 4.

³ Бошно С. В. Формы российского права. Москва, 2004. С. 201.

применения законодательства и вполне могут рассматриваться в качестве источника права, поскольку иногда решают те вопросы, которые в принципе должен решать законодатель.

Судебная практика, как отмечает В. М. Жуйков, закрепленная в некоторых постановлениях Пленума Верховного Суда РФ, является источником права, а судебная практика, выраженная в официально опубликованных постановлениях Верховного Суда по конкретным делам (определениях Судебных коллегий, постановлениях Президиума), фактически также зачастую является источником права и учитывается судами при разрешении ими дел¹.

Данная точка зрения не однозначна, поскольку оппонирующие сторонники считают, что судебная практика – не «источник права» и «не будучи правотворчеством является одним из важнейших источников для правотворчества. Поэтому суд не законодательствует и не управляет. Он применяет право. Судейское же правотворчество – это опасный симбиоз судьи и законодателя в одном лице»².

Негативную позицию к судебной практике и судебному прецеденту как источникам права в отечественной правовой системе поддерживают и некоторые другие авторы. Но это позиция незначительного меньшинства.

Функция судебного нормотворчества высших судебных органов фактически реализуется в судебной деятельности, а поэтому отвергать ее существование было бы крайне не верно, поскольку для механизма правового регулирования это один из способов урегулирования правовых споров применительно к национальной правовой системе. В России судебное нормотворчество пока не получило официального признания, но в силу практического значения создаваемых высшими судебными инстанциями общих правовых норм, содержащихся в судебном прецеденте и судебной практике, все же неизбежно встанет вопрос о его признании.

М. Н. Марченко, рассматривая особенности и признаки форм судейского права, указывает на такие формы, как судебная практика, судебный прецедент, правовая позиция суда, судебное усмотрение. По мнению автора, «правовая позиция» и «судебное

¹ Жуйков В. М. Судебная защита прав граждан и юридических лиц. Москва, 1997. С. 189.

² Нерсесянц В. С. Теория права и государства. Москва, 2001. С. 98–99.

усмотрение» в процессе судейского правотворчества играют вспомогательную, нежели самостоятельную роль¹.

Как представляется, судебный прецедент и судебная практика являются формами судебного нормотворчества, поскольку высшие судебные органы, реализуя функцию судебного нормотворчества в определенном виде судопроизводства с учетом судейского опыта и усмотрения формулируют судейскую норму, которая получает свое закрепление в соответствующем судебном акте. Данные формы судебного нормотворчества имеют «множество резервов, использование которых должно способствовать совершенствованию российского правотворчества»² и урегулированию общественных отношений.

2.2. Судебный прецедент

Теория права определяет три основных направления становления правовой нормы: перерастание мононорм (первобытных обычаев) в нормы обычного права и санкционирование их государством; правотворчество государства, которое выражается в издании специальных документов, содержащих юридические нормы, – нормативных актов; *прецедентное право*, состоящее из конкретных решений (принимаемых судебными и административными органами и приобретающих характер образцов, эталонов для решения других аналогичных дел).

Исходя из этих направлений становления нормы права определяются основные формы права (источники права): обычай, судебный прецедент и нормативно-правовой акт. Данные источники права существуют во всех правовых семьях, но в каждой семье преобладающее значение имеет та или иная форма права.

В советской правовой системе судебный прецедент официально не признавался источником права. Общественные отношения в основном регулировались нормативно-правовыми актами.

В современной российской обстановке изменилось отношение к судебному прецеденту.

В связи с изменениями в экономических, политических, правовых, социальных отношениях прежние нормативно-правовые акты стали не способными охватить и урегулировать вновь

¹ Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судейское право. Москва, 2007. С. 84–99.

² Бошно С. В. Судебная практика – источник правотворчества. Роль судебной практики в правовой системе // Российский судья. 2001. № 3. С. 3–5.

возникающие отношения в обществе из-за длительной законотворческой процедуры, поэтому «доурегулировать» пробелы закона призван такой источник права, как судебный прецедент, создаваемый высшими судебными органами (Конституционный Суд РФ, Верховный Суд РФ, Высший Арбитражный Суд РФ).

Данного положения придерживается В. Н. Синюков, который считает, что следует признать в качестве источника права юридический прецедент, играющий важную роль в современном правовом регулировании и связывающий право с жизнью¹.

В научной литературе правовой или юридический прецедент рассматриваются как равнозначные понятия, поскольку они являются словами-синонимами. Юридический прецедент представляет собой решение органа государственной власти, принимаемый за образец при последующем рассмотрении аналогичных дел.

В. Н. Хропанюк пишет: «Под юридическим прецедентом понимается судебное или административное решение по конкретному юридическому делу, которому государство придает общеобязательное значение. Суть юридического прецедента состоит в том, что ранее состоявшееся решение государственного органа (судебного или административного) по конкретному делу имеет силу правовой нормы и при последующем разрешении подобных дел»².

Следовательно, юридический прецедент можно разделить на административный и судебный.

Административный прецедент – это решение административно-исполнительного органа государственной власти, которое берется за образец в последующих рассмотрениях аналогичных дел административного характера.

Судебный прецедент – это решение, принятое высшим судебным органом по конкретному делу, которое считается обязательным для других судов при рассмотрении аналогичных дел.

В юридическом энциклопедическом словаре прецедент (от лат. *praecedens*, род. падеж *praecedentis* – предшествующий) определяется как поведение в определенной ситуации, которое рассматривается как образец при аналогичных обстоятельствах. Судебный прецедент – решение по конкретному делу, являющееся обязательным для судов той же или низшей инстанции при решении аналогичных дел либо служащее примерным образцом толкования закона, не имеющим обязательной силы³.

¹ Правоведение. 2000. № 3. С. 246.

² Хропанюк В. Н. Теория государства и права. Москва, 1995. С. 185.

³ Юридический энциклопедический словарь. Москва, 1984. С. 296.

В последнее время в российской печати нередко судебным прецедентом называется любое решение судебных органов¹. Это неверно. В этих случаях, как справедливо отмечает С. В. Боботов, следует отграничивать понятие «судебный прецедент» от понятия «судебный казус». Суды рассматривают десятки и сотни тысяч уголовных и гражданских дел, но далеко не каждое из них становится прецедентом².

В. С. Нерсисянц полагает, что судебный прецедент – это судебное решение по конкретному делу, имеющее значение общеобязательного правила для такого решения всех аналогичных дел. Правом принимать решения, имеющие значение прецедента, обладают лишь высшие судебные инстанции (в соответствии с установленными правилами прецедента)³.

В толковом словаре русского языка понятие «прецедент» определяется как «случай, служащий примером или оправданием для последующих случаев этого же рода». При этом дается толкование такому понятию, как «создать прецедент» и «установить прецедент». В первом случае это будет означать как «дать повод для подобных случаев в будущем», во втором случае – «найти в прошлом сходный случай». Судебный прецедент – решение суда, обязательное для решения аналогичных дел в будущем⁴.

Судебный прецедент создается не любым судом, а только высшими органами судебной власти и по конкретному делу, которое становится обязательным для нижестоящих судов при рассмотрении аналогичных дел.

В случае если судебное решение нижестоящего суда «пройдет» все судебные инстанции и будет оставлено без изменения высшим судебным органом, тогда можно говорить, что суд выработал прецедент, но и то только в том случае, если созданы новые правовые правила, регулирующие спорные отношения.

Ценной является точка зрения в понимании прецедента Л. Б. Алексеевой, которая, в частности, пишет: «Под судебным прецедентом понимается выработанный судебной практикой

¹ Прецедент может быть опасен // Известия. 1998. 22 июля ; Мытищинский прецедент получит продолжение? // Российская газета. 2000. 21 сентября.

² Боботов С. В. Правосудие в системе разделения властей // Судебная система России. Москва, 2000. С. 30–31.

³ Нерсисянц В. С. Теория права и государства. Москва, 2001. С. 134.

⁴ Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. Москва, 1999. С. 586.

и подтвержденный авторитетом высшего судебного органа страны образец применения закона»¹.

Если за образец берется правильное применение закона, утвержденного судебным решением высшей судебной инстанцией, то имеет место прецедент толкования или разъяснения закона.

Элементы судебного прецедента имеют место и в российской правовой системе, что связано, прежде всего, с деятельностью Конституционного, Верховного и Арбитражного судов².

В этой связи следует выделить ряд характерных признаков судебного прецедента, отличающие его от других источников права. К ним можно отнести:

- 1) создание судебного прецедента только органом судебной власти, а именно высшими судебными органами;
- 2) определенная юридическая процедура судебного прецедента;
- 3) обязательность применения;
- 4) официальное опубликование в сборниках, как правило, в специальных сборниках.

Раскроем более подробно признаки судебного прецедента, которые могут дополняться и не являются раз и навсегда данными в теории судебного прецедента.

1. Создание судебного прецедента органом судебной власти. Судебный прецедент по своей природе является «продуктом» судебной деятельности. Это своего рода форма, в которой суд трактует создаваемые новые правовые правила, толкование и разъяснения закона, излагая их в своем решении. Данное право по созданию правовых норм и правильному толкованию закона принадлежит только высшим органам судебной власти.

М. Н. Марченко справедливо отмечает: «Говоря о прецеденте как об источнике права и как о результате правотворческой деятельности судов, следует особо отметить, что речь идет о деятельности не всех судов, а только высших судов»³.

Аналогичная ситуация складывается и в других странах, где судебный прецедент признается источником права. Ведущая роль в создании прецедента принадлежит высшим судебным органам.

¹ Алексеева Л. Б. Судебный прецедент: произвол или источник права? // Советская юстиция. 1991. № 14. С. 2–3.

² Кулапов В. Л. Формы права. Теория государства и права : курс лекций / под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. Москва, 1999. С. 332.

³ Марченко М. Н. Сравнительное правоведение. Москва, 2001. С. 396.

Например, в США на уровне федерации – Верховный Суд, а на уровне штатов – Верховные суды штатов, в Канаде – Верховный Суд. В ФРГ такой авторитет придан решениям Федерального конституционного суда, в Швейцарии кантональные суды связаны решением Федерального суда, в Португалии авторитетом прецедента обладают решения Пленума Верховного Суда, в Испании признается правотворческая роль за Верховным Судом. В Италии такое право признается за Кассационным Судом, а в области конституционного права – за Конституционным Судом.

И. Ю. Богдановская в своем исследовании о прецедентном праве, в частности, отмечает: «Прецеденты устанавливаются не всеми судами, а только высшими судебными инстанциями. Нижестоящие суды не создают судебного права»¹.

В России таким правом обладают, хотя официально не утвержденным, Конституционный Суд, Верховный Суд и Высший Арбитражный Суд.

Поэтому можно согласиться с точкой зрения Е. В. Колесникова, который обоснованно пишет: «Учитывая высокое место общероссийских органов правосудия (Конституционный Суд, Верховный Суд, Высший Арбитражный Суд), их воздействие на законодательство и правовую политику, можно утверждать, что отдельные выносимые ими акты – судебные решения – являются больше чем правоприменительными, они имеют общее и правотворческое значение. Надо отметить, что этими ответственными полномочиями обладают только вышеуказанные суды, упомянутые в п. "ж" ч. 1 ст. 102 Конституции РФ, а не иные, хотя официально право на правотворчество не признано за всеми звеньями судебной системы»².

Следовательно, можно с уверенностью сказать, что право создавать судебный прецедент принадлежит только высшим органам судебной власти.

2. Юридическая процедура создания судебного прецедента. Как было отмечено выше, судебный прецедент создается высшим судебным органом страны, где данный источник права действует и практически применяется.

Процедура создания прецедента регулируется законом или общими принципами права. Прецедентное право состоит из норм

¹ Богдановская И. Ю. Прецедентное право. Москва, 1993. С. 22.

² Колесников Е. В. Постановления конституционных судов как источник российского конституционного права // Правоведение. 2001. № 2. С. 34.

и принципов, созданных и применяемых судьями в процессе вынесения ими решения¹.

Прецедент создается при рассмотрении конкретных дел по спорам между гражданами, юридическими лицами, если отсутствует нормативно-правовой акт. При этом существует юридическая процедура (конституционное, гражданское и уголовное судопроизводство) рассмотрения дела в суде путем подачи заявления, жалобы, иска или возбуждения дела.

В ходе рассмотрения дела для урегулирования спорного случая, если спор не регулируется законом, суду предоставляется право выработки правового положения в рамках этого дела. Вынесенное судом решение по делу становится прецедентом.

В качестве примера можно привести дело *Donoghue* (1932). Суд рассмотрел иск покупателя и выработал прецедент о гражданско-правовой ответственности производителя продукции перед покупателем, который заболел в результате недоброкачественного напитка².

Советская правовая система знает прецедент (хотя официально он тогда не признавался), созданный судом в 1940 г. Так, судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда СССР вынесла решение по делу Марцинюка, спасавшего социалистическое имущество и получившего при этом вред. В решении было указано, что вред, причиненный потерпевшему в результате его добровольных действий по сохранности социалистической собственности, подлежит возмещению³.

Из этого судебного прецедента впоследствии появилась в гражданском законодательстве норма о возмещении вреда, возникшего при спасании социалистического имущества (ст. 472 ГК РСФСР), а затем институт «возмещения вреда из спасания имущества».

Постановления Конституционного Суда РФ принимаются в соответствии с юридической процедурой, установленной Федеральным конституционным законом «О Конституционном Суде Российской Федерации»⁴.

¹ Кросс Р. Прецедент в английском праве. Москва, 1985. С. 25.

² Кросс Р. Указ. соч. С. 59–60.

³ Сборник постановлений Пленума и определений коллегий Верховного Суда Союза ССР. 1940 год. Москва, 1941. С. 224–225.

⁴ Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. № 13. Ст. 1447.

Так, Конституционный Суд при рассмотрении соответствующих жалоб признал отдельные статьи УПК, ГПК, КоАП РСФСР (РФ) не соответствующими Конституции РФ, тем самым создал прецеденты. Суды при рассмотрении аналогичных дел руководствуются непосредственно постановлениями Конституционного Суда РФ до внесения соответствующих изменений в закон.

Таким образом, лишь при рассмотрении дела судом в рамках определенной юридической процедуры создается судебный прецедент.

3. Судебный прецедент обязателен для применения. Принцип обязательности прецедента является традиционным для стран, где источником права выступает в основном судебный прецедент. В Англии он окончательно установился лишь в начале XIX в., когда была создана более четкая судебная система, подготовлены наиболее полные и качественные сборники прецедентов.

В Австралии, Канаде, США и других странах принцип обязательности закрепился значительно позднее.

Обязанность судей строго следовать требованиям прецедентного права вытекает из различных формально-юридических источников, главным из которых является доктрина прецедента или правила применения прецедента.

Р. Кросс в своем классическом труде о прецеденте отмечает: «В настоящее время общее представление об английской доктрине прецедента сводится к следующему: каждый суд обязан последовать решению более высокого по положению суда, а апелляционные суды (кроме Палаты лордов) связаны своими прежними решениями»¹.

Эти правила выработаны столетней практикой судов по созданию и применению судебного прецедента. В результате судебная практика твердо установила, что судья должен уважительно относиться к решениям вышестоящих судебных инстанций и обязан применять прецедент вышестоящего суда при рассмотрении дела.

Судья, который пренебрег этой обязанностью, будет подвергнут самому недвусмысленному воздействию, а если подобное пренебрежение станет когда-либо общепринятым, в английской правовой системе наступит революция широчайшего масштаба².

¹ Кросс Р. Указ. соч. С. 28.

² Там же. С. 29.

В российской правовой системе свойство обязательности придается постановлениям Конституционного Суда РФ, постановлениям Пленума Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ. В случае уклонения судей от выполнения и применения правоположений, выработанных этими высшими судебными органами, решение может быть отменено.

4. Официальное опубликование судебного прецедента. Созданный судебный прецедент подлежит официальному опубликованию, что придает прецеденту официальность и общедоступность использования его в практической деятельности, чтобы сходные дела решались сходным образом.

Для этого существуют официальные сборники в Англии, во Франции, в ФРГ, Испании, Италии, Швейцарии, Турции и других странах.

Р. Давид по этому поводу справедливо пишет: «Эти официальные сборники помогают нередко быстро отличить решения, заслуживающие названия судебной практики, от решений, которые было бы желательно быстрее забыть»¹.

Решения высших судебных органов России публикуются в официальных изданиях. Так, решения Конституционного Суда РФ печатаются в «Вестнике Конституционного Суда Российской Федерации», решения Верховного Суда РФ – в «Бюллетене Верховного Суда Российской Федерации», решения Высшего Арбитражного Суда РФ – в «Вестнике Высшего Арбитражного Суда РФ».

В связи с сорокалетием начала издания «Бюллетеня Верховного Суда РСФСР, а затем РФ» председатель Верховного Суда России В. М. Лебедев отметил: «Как правило, из всего многообразия судебной практики предпочтение отдается материалам, отличающимся новизной, представляющим собой своего рода прецеденты разрешения наиболее сложных и необычных категорий дел»².

В условиях правового государства правосудие в России должно быть не только независимым, но прозрачным и доступным для общества. Поэтому через официальные издания реализуется принцип гласности в деятельности высших органов судебной власти с публикацией судебных прецедентов.

¹ Давид Р. Основные правовые системы современности. Москва, 1988. С. 137–138.

² Лебедев В. М. Бюллетеню Верховного Суда России – 40 лет // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2001. № 7. С. 2.

Данные признаки характерны только для судебного прецедента, поскольку наиболее содержательно раскрывают понимание данного источника права. С учетом изложенных признаков можно сформулировать определение понятия судебного прецедента.

Судебный прецедент – это судебное решение высшего органа судебной власти по конкретному делу, вынесенное в рамках определенной юридической процедуры (судопроизводства), содержащее нормативно-правовое положение (правовую позицию, принципы), опубликованное в официальных сборниках и обладающее императивностью применения для аналогичных дел в будущем.

2.3. Судебная практика

Достаточно длительное время научная категория и термин «судебная практика» употребляются в зарубежной и отечественной (дореволюционной, советской, современной) научной, учебной и специальной юридической литературе, а также в текущем российском законодательстве. Наряду с законодательством термин «судебная практика» активно используется в связи с проводимой в стране судебной реформой и возникающими при этом дискуссиями в правовой жизни общества, но единого понимания «судебной практики» так и не достигнуто.

Следует согласиться с мнением М. Н. Марченко, который по этому поводу справедливо отмечает, что «несмотря на широкое распространение и активное использование термина "судебная практика" среди отечественных и зарубежных авторов, занимающихся исследованием явления, именуемого судебной практикой, нет общего представления ни о ее понятии, ни о содержании, ни о формах ее выражения и проявления»¹.

Определяя теоретико-правовое понятие «судебная практика», следует исходить из философско-правового сочетания таких парных категорий, как «практика» – «социальная практика» и «юридическая практика» – «судебная практика», их логической последовательности, сочетаемости, общности и в то же время индивидуальности существования.

Правильный подход к пониманию «юридическая практика», «судебная практика», «правоприменительная практика», отмечает В. М. Сырых, можно выработать лишь с учетом философского

¹ Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судейское право. Москва, 2007. С. 101.

подхода к фундаментальной гносеологической категории «практика». Практика представляет собой целостную систему, составными частями которой выступают:

- а) цели человека;
- б) средства;
- в) результат;
- г) сам процесс деятельности.

Лишь в единстве всех названных компонентов чувственно-предметная деятельность людей является практической деятельностью. Ни один элемент, составляющий содержание практики, сам по себе, вне связи с другими элементами не является практикой и, соответственно, не обладает ее функциями в познании¹.

Рассматривая категорию «практика» в философском аспекте, это позволяет затронуть наиболее широкое понимание практики во всех сферах человеческой деятельности.

Д. А. Керимов справедливо отмечает, что практика – это духовно-предметная деятельность людей, направленная на преобразование общественного бытия². Если идти дальше, то практика представляет определенный опыт, результат какой-либо деятельности, не важно положительный или отрицательный, важно, что это итог, результат, созданные на основе определенной деятельности и опыта. Именно совокупность определенной деятельности, объективированного опыта сознательно и целенаправленно порождает практический результат.

Субъектом такой деятельности всегда выступает человек, который в ходе определенного вида деятельности целенаправленно создает определенный продукт. В зависимости от вида деятельности практика может охватывать разные сферы человеческого бытия. Это может быть экономическая, политическая, государственная, правовая и т.д. В этих процессах всегда присутствует психологическая и практическая деятельность человека, которая нарабатывает определенный опыт, создает необходимый конечный результат и передает его в качестве некоего эталона для использования в аналогичных случаях.

Опыт как важнейший компонент практики представляет собой коллективную, надындивидуальную социально-правовую память, обеспечивающую накопление, систематизацию, хранение

¹ Сырых В. М. Логические основания общей теории права. Москва, 2004. Т. 1: Элементный состав. С. 115.

² Керимов Д. А. Методология права. Москва, 2001. С. 317.

и передачу информации (знаний, умений, оценок, подходов и т.д.), позволяющую фиксировать и в определенной степени воссоздавать весь процесс деятельности или отдельные его фрагменты. Без социально-правовой памяти невозможны эффективное правотворчество и толкование, конкретизация и правоприменение, систематизация и восполнение пробелов в праве¹.

Социальная практика как источник теоретических знаний шире, чем юридическая практика. «Юридическая практика в широком смысле слова является составным элементом социальной практики, то есть опыта материальной деятельности человека по изменению природы и общества»². И далее «юридическая практика вычленяется из социальной практики там и тогда, где и когда решение вычленяется из социального действия как относительно самостоятельное явление, при этом решение принимается под влиянием общенародной воли (непосредственно или выраженной в юридических нормах)»³.

Таким образом, социальная практика как исходный пункт общетеоретических исследований в сфере правоведения охватывает:

а) общественно-историческую практику государственно-правового строительства;

б) конкретные общественные отношения и процессы в различных областях жизни;

в) субъективное отражение этих отношений и процессов – политическое и правовое сознание, интересы и мотивы поведения, ценностные ориентации и социальные установки людей;

г) собственно юридическую практику – деятельность законодательных и правоприменительных органов, граждан по созданию, применению и исполнению правовых актов⁴.

Юридическая деятельность и социально-правовой опыт являются основными составляющими юридической практики. Поэтому

¹ Карташов В. Н. Юридическая практика // Теория государства и права : курс лекций / под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. Москва, 1999. С. 459–460.

² Аверин А. В. Правоприменительная деятельность суда и формирование научно-правового сознания судей: Проблемы теории и практики / под ред. М. И. Байтина. Саратов, 2003. С. 88.

³ Леушин В. И. Юридическая практика в системе социалистических общественных отношений. Красноярск, 1987. С. 26 ; Реутов В. П. Юридическая практика и развитие законодательства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1968.

⁴ Правовая система социализма. Москва, 1986. Кн. 1. С. 112.

предпочтительнее позиция тех авторов, которые рассматривают любой вид юридической практики в неразрывном единстве правовой деятельности и сформированного на ее основе социально-правового опыта. Методологически весьма существенно подчеркнуть тот факт, что к юридической практике относятся только материально-преобразующие стороны (элементы, свойства, субъекты) юридической деятельности¹.

Понимание судебной практики можно проследить через призму юридической практики, поскольку юридическая практика является структурным элементом правовой системы и подразделяется по сферам проявления на судебную, прокурорскую, следственную, адвокатскую, нотариальную и другие виды. Именно правовая практическая деятельность компетентных органов, должностных лиц создает, применяет и реализует нормы права, показывает, насколько эффективна и совершенна действующая в государстве правовая система, сигнализирует о неблагополучии и сбоях в ее функционировании, предлагает пути совершенствования, исправления недостатков, вырабатывает правовые позиции, регулирующие определенный вид общественных отношений в правовой системе.

В правоведении существует несколько точек зрения о понятии юридической практики. Первая группа авторов отождествляет практику с юридической деятельностью (А. Герлох, И. Я. Дюрягин, В. Кнапп). Вторая группа авторов предлагает отграничивать юридическую практику от юридической деятельности и относить к ней определенный опыт правовой деятельности, итоги такой деятельности (С. С. Алексеев, С. И. Вильнянский). Третья группа авторов рассматривает юридическую практику в неразрывном единстве правовой деятельности и сформулированного на ее основе социально-правового опыта (В. К. Бабаев, Н. Н. Вопленко, В. Н. Карташов, В. И. Леушин, В. П. Реутов).

Наиболее предпочтительнее последняя точка зрения о понимании юридической практики, поскольку позволяет наиболее точнее, определеннее раскрыть природу юридической практики, ее структурные элементы, объективнее отразить юридическую деятельность в прошлом, настоящем и будущем, понять значение социально-правового опыта в механизме правового регулирования.

¹ Карташов В. Н. Юридическая деятельность: понятие, структура, ценность. Саратов, 1989.

Под юридической практикой следует понимать юридическую деятельность компетентных органов, должностных лиц в единстве с накопленным социально-правовым опытом и определенными целями по созданию и применению норм права с закреплением результата в юридическом акте¹.

Юридическая практика обладает следующими характерными признаками:

- 1) носит целенаправленный характер;
- 2) реализуется определенными правовыми средствами;
- 3) практическая деятельность регулируется установленными нормами права;
- 4) охватывается сознательным началом на основе накопленного опыта;
- 5) имеет конечный результат;
- 6) носит легитимный характер;
- 7) признается и гарантируется государством.

Совокупность признаков юридической практики показывает ее самостоятельность в правовой системе и определяет ее роль в механизме правового регулирования.

Юридическая практика охватывает всю предметно-практическую деятельность общества и государства по созданию норм права и их переводу на уровень конкретных правоотношений. В нее входят процессы правотворчества и формирования права, правоприменения и реализации норм права действиями граждан и иных субъектов гражданского общества, направленными на возникновение, изменение или прекращение конкретных правоотношений.

Наиболее весомым и развитым видом юридической практики, главной ее составной частью выступает судебная практика. Следует согласиться с мнением В. И. Леушина о том, что «судебная практика как важнейшая разновидность юридической практики находит свое выражение в правилах, сформулированных в постановлениях пленумов Верховных судов. Это наиболее развитая форма выражения практики»².

Роль судебной практики в социальной практике, отмечает А. В. Аверин, переоценить трудно, поскольку судебная практика изучает деятельность человека через призму государственных параметров, выражений для данного рода или вида деятельности в норме права. Судебная практика служит индикатором соотношения

¹ Карташов В. Н. Применение права. Ярославль, 1980.

² Леушин В. И. Указ. соч. С. 113.

общего и частного в социальных связях, что вызывает потребность в единообразии (в разумных пределах) судебной практики на всей территории государства, а это в свою очередь порождает необходимость тесной взаимосвязи судебной (юридической) практики и юридической теории¹.

Судебная практика как вид юридической практики обладает специфическими особенностями, которые отличают ее от других видов юридической практики. К ним относятся:

- 1) судебная практика вырабатывается только судебными органами, в лице судьи или коллегии судей;
- 2) создается в определенном виде, порядке судопроизводства;
- 3) носит целенаправленный характер;
- 4) содержит правовоположения, толкование норм права, правовые позиции;
- 5) закрепляется в судебном акте;
- 6) официально публикуется;
- 7) обязательна для применения.

Данные особенности характерны только для судебной практики, поскольку она является своеобразным ориентиром для единообразного рассмотрения судебных споров, правильного применения нормативных актов, их толкования и восполняет пробелы законодательства.

В юридической литературе имеются разные взгляды на понимание судебной практики, ее критерии, структуру, элементы, но до настоящего времени так и не сформировалось устойчивое понимание данной правовой категории. Чтобы понять природу судебной практики, ее эволюционное развитие в правовом пространстве российской государственности, приведем и проанализируем мнения ученых, практических работников о судебной практике на стыке времен: в Российской империи, советского периода и современного времени, которые, на наш взгляд, содержат понимание судебной практики на определенном этапе развития государства и права.

Судебная реформа 1864 г. предоставила возможности для определения научного понимания и значения судебной практики. Так, еще со времен Русской Правды судьям предоставлялось право формировать и регулировать общественные отношения. Рядом с практикой суда по преступлениям образуется практика судов

¹ Аверин А. В. Указ. соч. С. 88.

по сделкам, договорам, по наследству. Словом, отмечает Н. Л. Дювернуа, право развивается, несмотря на то, что мы не находим ни привычного нам разделения властей, ни специальных органов для всякой отрасли юридической деятельности¹.

До реформы судебная практика отменяла, изменяла и дополняла статьи закона без системы, без общих начал, произвольно изменяла основные гражданские законы и порядок суда и расправы. Но с началом реформы М. А. Филиппов пишет: «кассационный суд будет единым верховным истолкователем истинного смысла закона и он же будет направлять все суды России к единству действия и понимания законов»².

Рассматривая деятельность юристов того периода, В. М. Хвостов подчеркивал, что в судебной практике большую роль играет прецедент. По существу, следование прецедентам имеет свои выгодные стороны, сообщая судебной практике устойчивость и единообразие. Плохо только, если это следование прецедентам совершается слепо, подавляя самостоятельное критическое творчество судьи. У нас такое значение получили решения кассационных департаментов Сената, публикуемые для всеобщего сведения и имеющие значение в глазах судей, почти равносильное нормам права³.

Определенное мнение в понимании судебной практики высказано Н. М. Коркуновым. Сравнивая судебную практику с такими источниками права, как обычай и закон, он пишет: «Судебная практика занимает как бы среднее, посредствующее место между обычаем и законом... Судебная практика, подобно закону, возникает в силу сознательного стремления к реализации данной юридической нормы... Судебные решения, из коих слагается судебная практика, суть вполне сознательные акты. Содержание каждого отдельного судебного решения вырабатывается вполне сознательно и именно ради юридического нормирования отношений. ...Судебная практика подобно закону имеет юридически определенную, аутентическую форму выражения – подлинные судебные решения»⁴.

¹ Дювернуа Н. Л. Источники права и суд в древней России. Санкт-Петербург, 2004. С. 90.

² Филиппов М. А. Судебная реформа в России. Санкт-Петербург, 1871. С. 57.

³ Хвостов В. М. Общая теория права. Москва, 1905. С. 96.

⁴ Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. Санкт-Петербург, 1894. С. 295–296.

Судебная практика, по мнению Г. В. Демченко, выражается в форме отдельных решений или приговоров, которые всегда формулируются точно и записываются по установленным в законе правилам¹.

Более обобщенное понимание судебной практики высказывал Е. Н. Трубецкой. По его мнению, «судебная практика создается определенным государственным органом – судом. Судебная практика может вырабатывать нормы права не только путем множественных, но и путем единичных прецедентов. Так или иначе, судебная практика, несомненно, создает новые нормы в дополнение к закону»². В то же время Л. И. Петражицкий отметил, что «судебная практика определяется обыкновенно как общее, положительное, однообразное применение известной нормы права судами данной правовой области»³.

Приведенные точки зрения позволяют нам определить, что судебная практика складывается из ряда судебных решений, имеющих определенную форму, которые приняты судом сознательно в процессе реализации или создания нормы права. Следовательно, судебная практика – это сознательная деятельность по применению или созданию юридических норм, направленная на регулирование отношений. Но точного определения судебной практики мы не находим, поскольку идет процесс формирования государственно-правовых отношений, в которых немаловажную роль играет и судебная практика, о месте, роли и значении которой отмечали русские ученые того периода.

Получив признание в дореволюционной российской правовой системе, судебная практика проходит новый этап своего становления и развития в советской государственно-правовой системе. Попытки отвергнуть ранее накопленный положительный опыт в этой области были обречены.

Следует согласиться с позицией М. Н. Марченко, который пишет: «В силу объективных законов и закономерностей общественного развития советская государственная и правовая системы не могли возникнуть и успешно развиваться на пустом месте, без опоры на прежний исторический опыт государственного и общественного строительства в стране, на существующую в ней

¹ Демченко Г. В. Судебный прецедент. Варшава, 1903. С. 168.

² Трубецкой Е. Н. Энциклопедия права. Москва, 1908. С. 133.

³ Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Санкт-Петербург, 2000. С. 452.

общую и правовую культуру, наконец, на многовековой опыт правотворческой и правоприменительной, в том числе судебной деятельности»¹.

Вновь образованные судебные органы применяли как законы, так и судебское усмотрение и формирующуюся на этой основе судебную практику. Так, в программе о суде была записано: «Отменив законы свергнутых правительств, партия дает выбранным советскими избирателями судьям лозунг – осуществлять волю пролетариата, применяя его декреты, а в случае отсутствия соответствующего декрета или неполноты его руководствоваться социалистическим правосознанием, отмечая законы свергнутых правительств»², поэтому в полной мере «революционным трибуналам и народным судам предоставлялась возможность выносить свои решения на основе революционного правосознания»³. Понимание судебной практики связывалось с применением правовых актов, судебским правосознанием, выработкой разъяснений для судов о применении того или иного нормативного акта.

Накопленный научный и практический опыт советских ученых, хотя и в дискуссионном плане, вносит определенные коррективы в понимание о судебной практике.

По этому поводу П. Орловский отмечает, что «под судебной практикой следует понимать "не отдельные судебные решения, хотя и высшего судебного органа – Верховного Суда СССР, а выводы и обобщения, сделанные Пленумом Верховного Суда СССР из ряда однородных судебных решений, применяемых нашими судами в течение определенного периода времени по однородным делам"»⁴, т.е. результаты судебной деятельности.

С. И. Вильнянский считает, что «под судебной практикой нужно понимать правовые положения, которые вырабатываются вследствие постоянного и однообразного применения их в деятельности суда»⁵. Рассматривая правовые положения как результат судебной практики, А. Безина и В. Лазарев пишут, что

¹ Марченко М. Н. Источники права. Москва, 2005. С. 375.

² В. И. Ленин, КПСС о социалистической законности и правопорядке. Москва, 1986. С. 136.

³ Стецовский Ю. И. Судебная власть. Москва, 1999. С. 23.

⁴ Орловский П. Значение судебной практики в развитии советского гражданского права // Советское государство и право. 1940. № 8–9.

⁵ Вильнянский С. И. Лекции по советскому гражданскому праву. Харьков, 1958. С. 57.

«правовые положения создаются судебной практикой в процессе конкретизации норм и при пополнении пробелов»¹.

Большой шаг в научном понимании судебной практики был сделан А. Б. Венгеровым. Автор определяет судебную практику как «объективно складывающийся итог, результат (форму) правоприменительной деятельности, обусловленной конкретизацией правовой нормы в рамках закона в процессе неоднократного применения нормы по аналогичным делам»².

В то же время В. П. Реутов приходит к выводу, что «судебная практика в широком смысле слова – это деятельность судов по изданию судебных актов, ведущих к возникновению, изменению или прекращению правоотношений. Кроме того, следует различать понятие судебной практики в узком смысле слова. Под ней понимается выявленное в результате обобщения направление в деятельности судебных органов, результат деятельности в виде определенного устойчивого положения»³.

В дальнейшем более точно подошли к понятию «судебная практика» в общетеоретическом аспекте С. Н. Братусь и А. Б. Венгеров. В итоге они делают вывод о том, что «судебная практика представляет собой единство того вида судебной деятельности по применению правовых норм, который связан с выработкой правоположений на основе раскрытия смысла и содержания применяемых норм, а в необходимых случаях их конкретизации и детализации, и специфического результата, итога этой деятельности»⁴. Данная дефиниция в теории права была отправной, но судебная деятельность не стоит на месте и результаты ее деятельности дают возможность для дальнейших научных дискуссий, предложений и выводов.

С таким пониманием судебной практики не все были согласны и определяли судебную практику как всю деятельность судов по разрешению конкретных дел, включая решения верные и неверные, оставшиеся в силе и отмененные или измененные,

¹ Безина А., Лазарев А. Конкретизация права в судебной практике // Советская юстиция. 1968. № 2. С. 7.

² Венгеров А. Б. Роль судебной практики в развитии советского права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 1966. С. 8.

³ Реутов В. П. Указ. соч. С. 8.

⁴ Братусь С. Н., Венгеров А. Б. Понятие, содержание и формы судебной практики // Судебная практика в советской правовой системе. Москва, 1975. С. 16–17.

соответствующие указанной общей линии или противоречащие ей¹.

Трудно согласиться с таким широким подходом к пониманию судебной практики, хотя если признать судебной практикой результаты всей судебной деятельности без учета статуса принятых судебных решений от народного суда до постановлений Пленума Верховного Суда СССР, то тогда что же брать за образец для единообразного применения закона, какими положениями высших судебных инстанций руководствоваться, чтобы разрешить правовой спор? Правильно думать в такой ситуации: имеет место понимание судебной практики в широком смысле, но руководствоваться следует положительной судебной практикой, которая может служить образцом, ориентиром для применения нормативного акта в правовом споре (узкое понимание судебной практики), а не порождать негативные результаты судебной деятельности.

Еще в 1985 г. Л. С. Явич справедливо отметил, что судебные органы могут вырабатывать новые общие нормы в результате обобщения судебной практики и вынесения высшими судами указаний, обязательных для нижестоящих инстанций². Именно результаты такой судебной практики могут выступать регулятором спорных отношений, в то же время мы не можем отрицать негативную, репрессивную судебную практику, которая складывалась в определенный советский период и применялась судебными органами. В общем, это было исключением в судебной практике.

Приведенные мнения ученых позволяют сделать вывод, что судебная практика советского периода представляла собой определенный вид судебной деятельности по применению, толкованию правовых норм, выработке правовых положений как в процессе рассмотрения конкретного дела, так и на основе обобщения дел определенной категории, складывающегося в виде результата этой деятельности, обязательного для применения судебными органами. Данное определение не бесспорно, и те общетеоретические предложения, которые были сделаны в советское время, находят свое отражение в российской правовой системе, но с учетом новых сфер судебной деятельности и формирования на основе этого судебной практики.

¹ Правовая система социализма: Понятие, структура, социальные связи. Москва, 1986. С. 111.

² Явич Л. С. Сущность права. Ленинград, 1985. С. 140.

В Конституции РФ (1993) закреплено, что Верховный Суд РФ и Высший Арбитражный Суд РФ дают разъяснения по вопросам судебной практики (ст. 126, 127 Конституции РФ), что позволяет высшим судебным органам легитимно создавать судебную практику для нижестоящих судебных инстанций, а также для правоохранительных органов в целях обеспечения правильного и единообразного применения судами законодательства. Термин «судебная практика» встречается в целом ряде других законов, касающихся деятельности судебных органов, а также органов прокуратуры¹. Весьма активно он используется в современный период в связи с проводимой в стране судебной реформой.

Так, в Федеральной целевой программе «Развитие судебной системы России на 2007–2011 годы» отмечено: «судебная практика свидетельствует о том, что около семидесяти процентов исков налогоплательщиков к налоговым органам удовлетворяется в пользу первых, что свидетельствует об отсутствии учета принимаемых судебных решений для корректировки деятельности указанных органов исполнительной власти»².

Понятие «судебная практика» встречается в печати, когда речь идет о применении правовых норм судебными органами и закреплении результатов в судебном решении. Однородные судебные решения, единообразно применяющие нормативные акты к спорным случаям, образуют судебную практику, которую необходимо применять в дальнейшем при рассмотрении споров.

Следует согласиться с М. Н. Марченко, который по этому поводу справедливо отметил, что «в интересах правовой теории и практики было бы более предпочтительным иметь дело не с набором разноплановых, нередко противоречащих друг другу академических определений и соответствующих представлений о судебной практике, а с "приведенными к общему знаменателю" ее дефинициями или же общим представлением о судебной практике, выработанным на основе анализа ее наиболее важных особенностей и черт»³.

Судебные органы по роду своей деятельности наделены правом рассматривать правовые споры, давать толкование нормативным

¹ ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» // СЗ РФ. 1997. № 1 ; ФЗ «О прокуратуре Российской Федерации» // СЗ РФ. 1995. № 47.

² Российская газета. 2006. 1 ноября.

³ Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судейское право. Москва, 2007. С. 102.

актам, признавать нормативные акты не соответствующими Конституции РФ, вырабатывать правовые позиции, правоположения. Судья как должностное лицо в системе судебных органов, на основе своих профессиональных знаний, опыта в ходе разрешения юридических дел применяет нормативные акты, использует все средства правового применения, толкования, учитывает ранее выработанную судебную практику по аналогичным спорам с целью принятия законного и обоснованного решения по делу.

Любой спор о праве имеет свой вид и порядок судопроизводства. Например, взыскание алиментов, расторжение брака, рассмотрение административных, уголовных, арбитражных и конституционных дел и т.д. Такой порядок судопроизводства регулируется процессуальными нормами, имеет строгую регламентацию для рассмотрения дела и принятия решения.

Рассмотрение правовых споров в определенном виде судопроизводства с учетом судейского опыта и усмотрения, по применению нормативных актов позволяет судье вырабатывать правоположения, правовые позиции с закреплением их в судебном решении, регулирующем спорные отношения. Поэтому обоснованно С. Н. Братусь и А. Б. Венгеров определяют, что судебная практика – это одновременно и динамика (указанный вид судебной деятельности при осуществлении правосудия), и статика (результаты этой деятельности – правоположения)¹.

Такое понимание судебной практики не изменилось и в настоящее время, оно проверено многолетним опытом судебной деятельности. Современный бум законотворчества пытается урегулировать весь круг общественных отношений, принимаемые законы имеют настолько общий характер, что им требуются дополнительная проработка, детализация, толкование со стороны судебных органов, а в некоторых случаях и судебный нормоконтроль.

Этого требует сама природа закона как общего (абстрактного) правила, которое в процессе его применения должно регулировать многообразные, конкретные, индивидуальные отношения. В этом случае закон в сочетании с выработанными судьей (судьями) при уяснении смысла закона и конкретизированными на его основе правилами в процессе его применения выполняет свою

¹ Судебная практика в советской правовой системе / под ред. С. Н. Братуся. Москва, 1975. С. 17.

служебную роль – регулирует охватываемые им общественные отношения. Поэтому справедливо пишет Л. Б. Алексеева: «следует исходить из того, что законодатель все, что хотел, смог, счел нужным сказать, он сказал в законе и в постановлении о порядке его применения и введения в действие закона. Все остальное он отдал в руки судебной власти, полагаясь на ее профессионализм, ответственность и добрую совесть»¹.

После того, как закон введен в действие, он переходит в иную сферу жизни, отмечает В. М. Лебедев, и в иную сферу власти – правоприменительную. И в этой сфере судебная власть является верховной. Она достаточно компетентна и ответственна для того, чтобы на нее можно было положиться².

Из этого следует, что только суду предоставлено право давать закону вторую жизнь путем его толкования, разъяснения, конкретизации, нормоконтроля, выработки общих правоположений, правовых позиций, которые дополняют закон и регулируют его применение в практической деятельности.

Судебная практика – это результат судебной деятельности, но не всякий результат будет судебной практикой. Здесь следует отметить, что судебная деятельность как элемент судебной практики связана не только с осуществлением правосудия судебными органами по разрешению правовых споров посредством определенного вида судопроизводства, но и с деятельностью органов судейского сообщества³. Этот вид деятельности никоим образом не связан с выработкой или формированием судебной практики.

Деятельность судебных органов в области правосудия, связанная с защитой прав, свобод и законных интересов граждан и юридических лиц посредством определенного вида судопроизводства, дает результаты разрешения спора о праве, установления факта с закреплением в судебном решении, такой вид судебной деятельности образует судебную практику.

Рассмотрим точки зрения о понятии судебной практики, которые высказаны учеными и практиками в конце XX в. и начале XXI в.

¹ Алексеева Л. Б. Судебная власть в правовом государстве. Москва, 1991. С. 25.

² Лебедев В. М. Становление и развитие судебной власти в Российской Федерации. Москва, 2000. С. 207.

³ Гук П. А. Судебная деятельность как важнейший элемент правовой жизни общества // Правовая жизнь в современной России / под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. Саратов, 2005. С. 484–496.

Так, Лившиц Р. З. отмечает, что «суды создают нормы права, другими словами, судебная практика является источником права. На нынешнем этапе этот тезис, безусловно, охватывает судебную практику в обобщенном виде, в виде постановлений вышестоящих судебных органов. Далее суды, принимая правовые нормы, восполняют пробелы в правовом регулировании»¹.

Вот мнение В. М. Жуйкова о судебной практике. «Суд в настоящее время зачастую вынужден создавать (творить) право, иначе его деятельность станет не просто неэффективной, а приведет к результатам, противоположным тем, которых от него вправе ожидать общество: он будет не защищать права, а способствовать их нарушениям»².

В результате научного исследования В. Ю. Соловьев делает вывод о том, что судебная практика – это единство судебной деятельности по осуществлению правосудия и итога (опыта) этой деятельности, объектированного в форме судебных решений, вступивших в законную силу³.

Следует согласиться с мнением председателя Верховного Суда РФ В. М. Лебедевым, который пишет: «Изменение роли и места судебной власти в механизме государственно-правового управления (упорядочение общественных отношений) потребовало переоценки значения судебной практики в системе правового регулирования (под судебной практикой понимается не деятельность судов по рассмотрению конкретных дел, а итог этой деятельности). Судебная практика представляет собой опыт индивидуально-правовой деятельности судов, складывающийся в результате применения права при разрешении юридических дел»⁴.

Широкое и узкое понимание судебной практики высказала М. В. Немытина, по ее мнению: «С одной стороны, судебная практика – это результат деятельности судов, нашедший выражение в постановленных ими решениях. В данном случае речь идет

¹ Лившиц Р. З. Судебная практика как источник права // Судебная практика как источник права. Москва, 1997. С. 13–14.

² Жуйков В. М. К вопросу о судебной практике как источнике права / Судебная практика как источник права. Москва, 2000. С. 81.

³ Соловьев В. Ю. Судебная практика в российской правовой системе : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2003. С. 5 ; Он же. Понятие судебной практики // Журнал российского права. 2003. № 1 ; Придворова М. Н. Судебная практика в правовой системе Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2003.

⁴ Лебедев В. М. Указ. соч. С. 197.

о судебной практике в широком смысле, как о всем массиве вынесенных судами решений. С другой, судебная практика – это совокупность правил и указаний, обладающих особой степенью обобщенности и общепризнанности. Во втором случае судебная практика может носить не только правоприменительный, но и правообразующий характер. Здесь речь идет о судебной практике в узком значении, о судебной практике в смысле возможностей судов и судей творить право»¹.

Более обобщенное понятие судебной практики дается Н. Д. Железновой. Она пишет: «Под судебной практикой следует понимать деятельность, реализуемую органами судебной власти государства (системой судов различных инстанций и их должностными лицами) в целях осуществления правосудия (формирования суждений о применении норм объективного права к обстоятельствам объективной реальности), протекающую, как правило, в различных процессуальных формах, регламентированных законодательством и правовыми обычаями, в результате которой происходит достижение результатов (частных задач) правосудия»².

Рассматривая вопрос о понимании судебной практики в современных условиях, мы не можем оставить и не привести мнение М. Н. Марченко о наиболее важных чертах и особенностях судебной практики, которые сводятся к следующему.

Во-первых, судебная практика тесно связана с практикой, «промежуточными звеньями в этой цепи, необходимо рассматривать, следуя по восходящей линии, "правоприменительную практику". Следующим звеном – более общим понятием, является "юридическая практика", она включает в себя не только правоприменительную, но и правотворческую, а также правотолковательную (разъяснительную) деятельность в единстве с соответствующим профессиональным опытом». Завершающим звеном в этой цепочке является понятие социально-исторической практики. Проводя анализ через эти понятия, автор с полной уверенностью отмечает, что в системе этих категорий и понятий «судебная практика» как явление и понятие выступает не только как самое «конкретное», но и как самое богатое по своему логическому

¹ Немытина М. В. Формирование судебной практики: концептуальный подход // Правовая политика и правовая жизнь. 2004. № 3. С. 64.

² Железнова Н. Д. Судебно-юридическая практика: понятие, функции и структура // Российский судья. 2003. № 5. С. 9 ; Она же. Судебная практика в правоприменительном процессе. Н. Новгород, 2001.

объему и содержанию. Причина этого заключается в том, что понятие судебной практики отражает и аккумулирует в себе не только общие – общеродовые и общевидовые признаки и черты, свойственные звеньям, находящимся с ним в одной логической цепочки понятий, но и свои собственные, присущие только ей – судебной практике как явлению – особенности.

Во-вторых, судебная практика согласно ее названию связана с повседневной деятельностью и накопленным опытом именно судебных органов. Она формируется и развивается не сама по себе, в изоляции от других видов и разновидностей правоприменительной и шире всей юридической практики, а в тесной взаимосвязи и взаимодействии с ними. Судебная практика неизменно сохраняет автономный характер как порождение именно «своей», а не какой-либо иной государственной власти, свои собственные особенности и черты.

В-третьих, при выявлении и рассмотрении основных черт и особенностей судебной практики следует проводить различие между судебной практикой как явлением и понятием в общесоциологическом – широком смысле, с одной стороны, и в сугубо юридическом, нормативно-правовом – узком смысле. Содержание судебной практики в широком смысле складывается из деятельности и накопленного опыта всеми судебными инстанциями, связанными с рассмотрением спорных вопросов и вынесением соответствующих решений в результате рассмотрения тех или иных дел. Судебная практика в узком значении этого термина имеет избирательный характер и охватывает собой лишь определенную часть того, что входит в понятие судебной практики, и связывается с практической деятельностью судебных органов по принятию лишь тех решений, в которых содержатся правоположения¹.

Приведенная точка зрения М. Н. Марченко заслуживает особой поддержки, но в то же время, обосновывая черты и особенности в понимании судебной практики, мы не находим окончательного обобщенного понятия судебной практики с учетом высказанных положений, что в свою очередь дает возможность для дальнейших дискуссий по данной проблематике.

Во-первых, в правоприменительной практике определено признано, что к судебной практике не следует относить любое решение мирового судьи, арбитражного, военного и районного

¹ Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судейское право. Москва, 2007. С. 103–111.

суда, определения и постановления вышестоящих судебных инстанций всех уровней, если в них содержатся напоминания, повторяющиеся формулировки применения нормативного акта, это лишь правильное применение закона к конкретным спорным отношениям. В этих случаях такие рекомендации преследуют цель – напомнить судам о законе, ясные и исчерпывающие указания которого по каким-либо причинам игнорировались судьями или неправильно ими применялись.

Во-вторых, становление и формирование судебной практики как результата судебной деятельности начинаются тогда, когда судье необходимо дать соответствующее толкование, разъяснение действующего закона при рассмотрении конкретного спора и этот судебный результат будет подтвержден вышестоящей судебной инстанцией или выработан ею самостоятельно, и в дальнейшем будет служить ориентиром при разрешении правовых споров.

В-третьих, при разрешении конкретного дела судья или коллегия судей выработали правовое положение, содержащее новые правила, определения, порядок разрешения дела, которые необходимо судьям применять в будущем при аналогичных случаях.

В-четвертых, обобщенные материалы рассмотренных уголовных, гражданских и административных дел служат основаниями для создания и выработки высшими судебными инстанциями, Пленумом Верховного Суда РФ и Пленумом Высшего Арбитражного Суда РФ разъяснений по вопросам судебной практики (ст. 126, 127 Конституции РФ), которые являются обязательными для применения.

В-пятых, рассмотрение споров о признании не соответствующим нормативного акта федеральному закону или федеральному конституционному закону, в результате которого дисквалифицируются отдельные положения нормативного акта и судьями (судьями) вырабатываются правовые положения, регулирующие отношения, на период внесения изменений в данный нормативный акт.

В-шестых, рассмотрение в конституционном судопроизводстве дел о соответствии Конституции РФ федеральных законов, нормативных актов Президента РФ, Совета Федерации, Государственной Думы, Правительства РФ, в случае их дисквалификации или признания соответствующими основному закону, формулирует правовые позиции, обязательные для применения, поскольку акты или их отдельные положения, признанные неконституционными, утрачивают силу (ч. 6 ст. 125 Конституция РФ).

В-седьмых, толкование Конституционным Судом РФ Конституции РФ (ч. 5 ст. 125 Конституции РФ) создает акт конституционного судебного толкования, обязательный для всех.

В-восьмых, решения Конституционных (Уставных) судов субъектов РФ при разрешении дел о соответствии Конституции (Уставу) субъекта РФ нормативных актов местного значения, в случае их дисквалификации или признания соответствующими основному закону субъекта РФ, формулируют правовые позиции, обязательные для применения.

В-девятых, при рассмотрении вопроса о толковании Конституционным (Уставным) судом субъекта РФ Конституции (Устава) субъекта РФ в случае положительного решения создается акт судебного толкования Конституционного (Уставного) суда субъекта РФ, обязательный для применения всеми органами местной и федеральной власти на территории данного субъекта РФ.

В-десятых, прецеденты Европейского Суда по правам человека (ЕСПЧ), содержащие толкование Конвенции, применяются судами РФ.

Отмеченные моменты, кем и когда создается судебная практика, позволяют определить ее характерные признаки, отличающие от других судебных актов:

1) судебная практика – это результат судебной деятельности по рассмотрению конкретного дела или обобщенный результат определенной категории дел;

2) содержит в своем решении правовоположение, правовые позиции, принципы, толкование закона;

3) обязательна для применения всеми судебными инстанциями;

4) может быть опубликована в специальных сборниках, официальных изданиях.

Конечно, сразу распознать, где судебная практика, а где простое судебное решение, без специальной правовой подготовки и правового опыта будет непросто. В последнее время применение одного лишь закона без учета судебной практики может привести к принятию ошибочного решения.

Сказанное позволяет сделать вывод о том, что судебная практика – это определенный результат, итог судебной деятельности, основанный на опыте и судебском усмотрении, закрепленный в судебном акте, содержащий правовоположения, толкование нормы права, правовые позиции, принципы и служащий образцом для применения.

Глава 3

Элементы судебного нормотворчества

3.1. Судопроизводство

Создание судебного прецедента и судебной практики невозможно без определенного порядка судебного производства (судопроизводство) и судейского усмотрения, поскольку их совокупность предопределяет процесс формирования судейской нормы высшими судебными органами.

На протяжении многих веков правосудие связывают с судопроизводством, называя его инквизиционным, состязательным, буржуазным, демократическим, альтернативным и т.д. Исследователь английского права А. К. Романов пишет: «Для правовой системы Англии характерным является так называемый состязательный тип судопроизводства. Ему противостоит судопроизводство инквизиционного типа»¹. Такая форма судопроизводства имеет применение на определенных исторических этапах развития государства.

Существование судопроизводства невозможно без судоустройства. В рамках судебной реформы совершенствуются судоустройство и судопроизводство. Судебная деятельность находит необходимую государственную поддержку, поскольку строительство сильной судебной власти и эффективного судопроизводства – это процесс, который не может быть ограничен временными рамками и требует определенной юридической корректировки на базе теоретических основ судопроизводства.

Государство устанавливает систему судоустройства, правила судопроизводства для рассмотрения дел. Для этого необходимо существование организованных определенным образом судов. Организацию судов определяет судоустройство, а порядок рассмотрения дел судом – судопроизводство, которые соотносятся между собой как система судебных органов и как деятельность этих органов по рассмотрению споров в рамках определенной процедуры.

Такие правила, процедуры необходимы «для применения наиболее эффективных методов и приемов осуществления судопроизводства и предотвращения возможных ошибок»². Каждому государству присущи свои правила судопроизводства при рассмотрении дел.

¹ Романов А. К. Правовая система Англии. Москва, 2000. С. 231.

² Кудрявцев В. Н. Стратегии борьбы с преступностью. Москва, 2003. С. 79.

С изменением государственного строя меняется правосудие и, как следствие, система судопроизводства. Ш. Монтескье отмечал: «Чем более правление приближается к республиканскому, тем определеннее и точнее становится способ отправления правосудия»¹. Способом отправления правосудия является ни что иное, как судопроизводство, которое осуществляется на основе установленных законодателем процессуальных норм.

В науке и учебных дисциплинах судопроизводство рассматривается в разных отраслях права – уголовно-процессуальном, гражданско-процессуальном, арбитражно-процессуальном, конституционном судебном процессе. Ранее поднимался вопрос о создании отдельной отрасли права – судебного права, в которое входят судоустройство, уголовное и гражданское судопроизводство.

Данная проблема вызвала много дискуссий, но до конца так и не была реализована, не считая ряда публикаций и монографий². Вопрос же о выделении судопроизводства как отдельной правовой категории в общей теории права не предпринимался.

В настоящее время однозначного ответа на этот вопрос юридическая наука не дает. Есть мнение, что судопроизводство является разновидностью юридического процесса, поэтому проводить изучение следует в рамках данной правовой категории, а исследование категории судопроизводства будет неэффективным.

Убедительна позиция И. М. Зайцева о том, что юридический процесс включает в себя как различные правовые процедуры, так и судебные процессы (судопроизводства). Наличие в праве процедур и судопроизводств не вызывает споров в юридической литературе, сложнее решается вопрос об их сходстве, различии и соотношении. По этому вопросу высказываются диаметрально противоположные суждения³.

Так, М. И. Байтин и О. В. Яковенко отмечают, что правовая процедура – это особый нормативно-установленный порядок осуществления юридической деятельности, обеспечивающий

¹ Монтескье Ш. О духе законов. Москва, 1999. С. 73.

² Обсуждение проблемы судебного права // Советское государство и право. 1980. № 1 ; Полянский Н. Н., Строгович М. С., Савицкий В. М., Мельников А. А. Проблемы судебного права. Москва, 1983 ; Ефремова Н. Н. Становление и развитие судебного права в России XVIII – начала XX в. Москва, 2007 ; Мурадян Э. М. Судебное право. Санкт-Петербург, 2007.

³ Зайцев И. М. Юридический процесс // Теория государства и права : курс лекций / под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. Москва, 1999. С. 404.

реализацию норм материального права и основанных на них материальных правоотношений, охраняемый от нарушений правовыми санкциями. Правильное понимание юридической процедуры предлагает четкое представление о ее соотношении с юридическим процессом. Отождествление процесса с процедурой ведет к неправильному представлению о внутреннем его строении, вплоть до отрицания его структуры.

Юридический процесс и правовая процедура – явления соотносимые, тесно взаимосвязанные, но не идентичные. Понятие юридического процесса шире, ибо в одном случае оно может совпадать с определенной комплексной процедурой в целом, в другом – выступает как судебный процесс¹.

Позитивным является мнение авторов монографии «Принципы юридического процесса», которые полагают, что ни теорию «судебного права», ни теорию «общего юридического процесса» так и нельзя признать состоявшимися, поскольку они и не могли быть востребованы в условиях, когда идеи правовой государственности отвергались на уровне государственной идеологии и практики правового регулирования².

По нашему мнению, юридический процесс – более широкое понятие, охватывающее все сферы юридической деятельности, тогда как судопроизводство представляет собой определенную нормативно-установленную деятельность судебных органов по рассмотрению юридических споров, судебного разрешения вопросов, возникающих в ходе досудебного разбирательства, исполнения судебных решений и т.д.

Такая деятельность судебных органов в современных условиях, наоборот, требует общетеоретических закреплений, поскольку судебная власть – одна из разновидностей государственной власти и ее деятельность тесно связана с судопроизводством, как законодательная власть связана с законотворчеством, исполнительная власть – с принятием постановлений, распоряжений, инструкций и приведением их в исполнение. Конституционное разделение власти на самостоятельные ветви позволяет говорить о специфичности их деятельности. Судебная власть реализует функцию правосудия через судопроизводство.

¹ Байтин М. И., Яковенко О. В. Теоретические вопросы правовой процедуры // Журнал российского права. 2000. № 8. С. 97–98.

² Баландин В. Н., Павлушина А. А. Принципы юридического процесса. Тольятти, 2001. С. 5 ; Павлушина А. А. Теория юридического процесса: итоги, проблемы, перспективы развития. Москва, 2009.

Раскрытие сущности судопроизводства возможно через призму общих закономерностей возникновения и развития данного явления, его понятийный аппарат, признаки, принципы, виды, стадии, источники формирования судопроизводства.

Происходящие в последнее десятилетие изменения в правовой системе России позволяют нам отметить, что судопроизводство есть самостоятельная категория общей теории права, отвечающая требованиям, предъявляемым к юридическим категориям. Для этого имеются как научные, так и практические основания.

В России на конституционном уровне суды определены как самостоятельная и независимая судебная власть. Правосудие осуществляется только судом. Это одно из условий построения правового государства в современных условиях. Деятельность органов судебной власти в правовом государстве должна обеспечивать не только защиту прав и свобод человека, но и защиту права в целом от любых действий и решений от кого бы они ни исходили, посредством установленного судопроизводства.

В литературе отождествляют понятия «правосудие» и «судопроизводство». И. Б. Михайловская в связи с этим приходит к выводу о том, что судебная власть, институционально представленная системой судебных органов, реализует функцию правосудия (судопроизводства), а также ряд вспомогательных функций, создающих условия надлежащего кадрового, материально-технического, информационно-аналитического и иного обеспечения судебной деятельности. В силу сказанного понятия судопроизводства и правосудия представляются тождественными¹.

По нашему мнению, это разные юридические понятия и отождествлять их не следует, поскольку по своему содержанию, структуре, функциональной деятельности они несут различную правовую нагрузку.

Так, И. Л. Петрухин отмечает, что функция судебной власти – разрешение социально-правовых конфликтов и установление юридических фактов путем осуществления правосудия в формах конституционного, гражданского, арбитражного, административного и уголовного судопроизводства².

Определенной поддержки в понимании судопроизводства как способа осуществления правосудия заслуживает мнение В. А. Лазаревой, которая отмечает, что «формой реализации

¹ Судебная власть / под ред. И. Л. Петрухина. Москва, 2003. С. 24.

² Там же. С. 86.

судебной власти есть правосудие, а методами (способами) его осуществления выступают различные виды судопроизводства: конституционное, гражданское (включая арбитражное), административное и уголовное»¹.

В судебной практике Конституционного Суда РФ определено указывается на стадии судопроизводства².

Таким образом, судебная власть представляет собой совокупность властных полномочий по защите прав, свобод и законных граждан, и юридических лиц. Полномочия судебной власти подразделяются на основные по осуществлению правосудия и вспомогательные.

Правосудие – это форма государственной деятельности, которая заключается в рассмотрении и разрешении судом правовых споров, отнесенных к его компетенции, установлению юридических фактов. Правосудие осуществляется судом посредством установленного судопроизводства.

Под судопроизводством понимают определенный способ, установленный порядок, правила по рассмотрению и разрешению судебными органами социально-правовых аспектов, отнесенных к их ведению.

Следовательно, можно отметить наличие правовой конструкции: судебная власть – правосудие – судопроизводство. Содержание ее сводится к тому, что судебная власть – одна из ветвей государственной власти, в функции которой входит осуществление судебной защиты в форме правосудия посредством установленного судопроизводства.

Понимание судопроизводства необходимо рассматривать в широком аспекте, включая его общие принципы и виды. Конституция РФ (1993) каждому гарантирует судебную защиту прав и свобод. Законодательно определено, что судебная власть в российской правовой системе осуществляется посредством конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства. Тем самым конституционно устанавливаются отраслевые виды российского судопроизводства, т.е. способы судебной защиты.

В литературе судопроизводство трактуется в разных смысловых значениях. Так, понятие производство определяется как

¹ Лазарева В. А. Судебная защита в уголовном процессе РФ: проблемы теории и практики : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Москва, 2000. С. 16.

² Постановление Конституционного Суда РФ № 4-П от 25 февраля 2004 г. // Российская газета. 2004. 3 марта.

общественный процесс создания материальных благ; изготовление, выработка, создание какой-нибудь продукции¹.

С позиции юридической науки судопроизводство представляет собой определенные действия суда (судьи) по разрешению правовых споров, установлению юридических фактов, установленных в рамках нормативно-процессуального акта.

Судопроизводство – порядок рассмотрения уголовных и гражданских дел (соответственно различают уголовное и гражданское судопроизводство). Термин «судопроизводство» носит условный характер, поскольку в законе речь идет не только о рассмотрении и разрешении дела судом, а о производстве по уголовному делу во всех стадиях уголовного процесса².

В советский период судопроизводство определялось как установленный законом порядок возбуждения, расследования, судебного рассмотрения и разрешения уголовных дел; подготовки, судебного рассмотрения и разрешения гражданских дел³. Такое понимание судопроизводства можно объяснить положением судов, которое они занимали в структуре государства в период советской власти.

Судопроизводство (от англ. *Legal proceedings*) – форма реализации судебной власти. В более узком смысле под судопроизводством понимают порядок рассмотрения дел судами⁴.

В российской юридической энциклопедии дается пояснение судопроизводству и определяется буквально как производство в суде.

Судопроизводство – совокупность процессуальных (процедурных) норм, определяющих порядок деятельности при отправлении правосудия, права участников процесса, гарантии их прав, общие положения (принципы) построения данной отрасли права. Важнейший признак любого вида судопроизводства – процессуальная форма, которую можно определить как регулируемую процессуальным правом систему правовых принципов, норм, правил, определяющих процедуру, условия, последовательность процессуальных действий. Процессуальная форма имеет особенности

¹ Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. Москва, 2001. С. 611.

² Юридический энциклопедический словарь. Москва, 1984. С. 365.

³ Советский энциклопедический словарь / гл. ред. А. М. Прохоров. Москва, 1984. С. 1280.

⁴ Тихомирова Л. В., Тихомиров М. Ю. Юридическая энциклопедия. Москва, 1998. С. 435.

в зависимости от вида судопроизводства и, как правило, отражена в соответствующем процессуальном кодексе¹.

Законодатель дает также определенную трактовку судопроизводству и определяет его как регулируемую процессуальным законодательством Российской Федерации деятельность суда или судьи в ходе судебного разбирательства гражданских, административных и уголовных дел, а также деятельность органа дознания, лица, производящего дознание, следователя или прокурора при возбуждении уголовного дела, проведении дознания и предварительного следствия².

Судопроизводство в широком смысле – все производство по уголовному делу, в том числе досудебное производство (дознание, предварительное следствие) и рассмотрение дела в суде; в узком непосредственном значении – производство по делу в суде. В первом значении судопроизводство отождествляется с уголовным процессом, а использование термина «судопроизводство» имеет целью подчеркнуть особое значение суда (производство в суде) для разрешения уголовного дела. В Конституции РФ используется термин «судопроизводство» в значении производства и решения по делу судом³.

В то же время, по нашему мнению, к судопроизводству не следует относить деятельность правоохранительных органов и должностных лиц (дознание, предварительное следствие), поскольку их деятельность не совпадает с деятельностью суда или судьи при рассмотрении дел. От того, как они организованы, зависит точный смысл термина «судопроизводство». Основные положения Концепции судебной реформы не дают основания для такого толкования понятия «судопроизводство»⁴.

Тем не менее можно согласиться с тем, что судопроизводство представляет регулируемую процессуальным законодательством деятельность суда (судьи) по рассмотрению дел. И. М. Зайцев справедливо отмечает, что судопроизводство – это установленный законом порядок деятельности суда и участников процесса, правовая форма судебной юрисдикции по применению

¹ Российская юридическая энциклопедия. Москва, 1999. С. 951.

² ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2001. № 23. Ст. 2291.

³ Юридический энциклопедический словарь / гл. ред. О. Е. Кутафин. Москва, 2002. С. 498.

⁴ Лебедев В. М. Судебная власть в современной России. Санкт-Петербург, 2001. С. 69.

санкций соответствующих юридических норм для защиты и охраны субъективных прав граждан и организаций, через судопроизводства процессуальными средствами осуществляется судебная власть¹.

Каждое мнение о понимании судопроизводства заслуживает внимания, обобщая сказанное, можно сделать вывод о том, что под судопроизводством следует понимать определенный порядок (правила, процедуры), установленный нормативным актом или судебной практикой осуществления органами судебной власти возложенных на них функций.

Судопроизводство обладает определенными признаками, которые отличают его от иных юридических процессов:

- 1) судопроизводство осуществляется только органом судебной власти – судом;
- 2) порядок судопроизводства определяется нормативным актом или судебной практикой;
- 3) регулирует формирование судебской нормы, установление факта, правовых споров, возникающих между гражданами, юридическими лицами, участниками судопроизводства;
- 4) обязательность судопроизводства при рассмотрении споров о праве, установлении факта, судебской нормы;
- 5) носит легитимный характер и гарантируется государством.

Теория и практика признают, что правила, порядок судопроизводства устанавливает как законодатель путем принятия нормативного акта, являющегося основным источником права в судопроизводстве, так и суд в лице высших органов судебной власти (Конституционный Суд РФ, Верховный Суд РФ, Высший Арбитражный Суд РФ), принятые ими решения по вопросам судопроизводства выступают дополнительными источниками права и играют непосредственную роль при разрешении судом спорных казусов².

В первом случае – это Конституция РФ, ФКЗ «О Конституционном Суде в Российской Федерации», УПК РФ, ГПК РФ, АПК

¹ Зайцев И. М. Указ. соч. С. 405.

² Постановление Пленума ВС РФ № 13 от 23 декабря 1993 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1994. № 3 ; постановление Пленума ВС РФ № 84 от 8 декабря 1999 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2000. № 2 ; решения Конституционного Суда РФ о проверке конституционности отдельных норм УПК, ГПК, АПК, КоАП РСФСР // Российская юстиция. 2001. № 10.

РФ, Кодекс об административных правонарушениях РФ, во втором – постановления (прецеденты) Конституционного суда РФ, Пленума Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ, касающиеся порядка рассмотрения судами дел определенной категории. Сочетание нормативных актов (основных источников права) и судебной практики и судебных прецедентов (дополнительных источников права) создает наиболее эффективную систему судопроизводства для осуществления возложенных на судебную власть функций.

Судопроизводство основывается на правовых идеях, принципах, закрепленных в Конституции РФ, и определяет основополагающие начала судебной деятельности в правовой системе России.

К принципам судопроизводства относятся следующие положения: осуществление правосудия только судом; право граждан на судебную защиту; осуществление судопроизводства с участием присяжных и арбитражных заседателей; состязательность и равноправие сторон в судопроизводстве; язык судопроизводства; гласность судопроизводства; непосредственность судопроизводства¹.

Система принципов судопроизводства позволяет провести разграничение с другими юридическими процедурами (предварительным расследованием, прокурорским надзором и т.д.), выделив судопроизводство в отдельную правовую категорию.

Деятельность суда, осуществляемую в особом порядке (процедуре), основанном на жестком расписании всего того, что должно происходить в суде, принято называть видами судопроизводства². В зависимости от предмета спора, отрасли права, типа государства и его устройства судопроизводство можно классифицировать по следующим основаниям: по отраслям права, процедуре рассмотрения, по историческому типу, по государственно-правовому устройству, по форме осуществления.

По отраслям права существует конституционное, арбитражное, гражданское, уголовное и административное судопроизводство.

По процедуре рассмотрения можно выделить апелляционное, кассационное, надзорное, приказное, исковое, особое судопроизводство.

¹ О принципах судебной власти, судопроизводства – см.: Анишина В. И. Основы судебной власти и правосудия в Российской Федерации. Москва, 2008.

² Панова И. В. Административное судопроизводство – вид судопроизводства в Российской Федерации // Российский судья. 2003. № 5. С. 25.

По историческому типу судопроизводство подразделяется на такие виды, как первобытно-общинное, рабовладельческое, феодальное, капиталистическое, социалистическое.

По государственно-правовому устройству в странах действует тоталитарное и демократическое судопроизводство.

По форме осуществления применяется инквизиционное и состязательное судопроизводство.

Система судопроизводства, в которую входит общее понятие судопроизводства, цели, задачи, принципы, виды, стадии, источники судопроизводства, позволяет говорить об основах судопроизводства, которые создают правовую базу для построения отраслевых видов судопроизводства и «категорически исключают возможность выполнения функций правосудия какими бы то ни было другими государственными органами, кроме суда»¹.

В ходе разработки законопроектов и принятия законов (УПК, ГПК, АПК РФ, КоАП РФ) следовало выработать основные положения о судопроизводстве: понятие, принципы, стадии, доказательства, стороны, виды (апелляционное, кассационное, надзорное производство и т.д.), что исключило бы неоднозначное толкование и применение отдельных положений этих нормативных актов.

Так, например, в Кодексе административных правонарушений РФ законодатель недостаточно четко определил процедуру обжалования постановлений (глава 30). Поэтому судебная практика фактически выработала апелляционный, кассационный и надзорный порядок рассмотрения судом жалоб на постановления об административных правонарушениях.

В рамках проводимой административной реформы снова поднимается вопрос о необходимости принятия пакета законов об административных судах и административном судопроизводстве², что позволит в полной мере реализовать один из конституционных способов судебной защиты права от нарушений со стороны административных органов и должностных лиц. Хотя по этому поводу дискуссии еще продолжаются и пока рано ставить точку, но последнее слово все же остается за высшими органами законодательной и исполнительной власти, которые в первую очередь обязаны учитывать интересы российских граждан.

¹ Вопросы судопроизводства и судоустройства в новом законодательстве Союза ССР / под ред. С. А. Голунского. Москва, 1959. С. 17.

² Старилов Ю. Н. Административные суды в России: новые аргументы «за» и «против». Москва, 2004.

Поэтому справедливо отмечает В. В. Демидов, что в решении задач модернизации и укрепления судебной власти, совершенствования правосудия по-прежнему приоритетной остается реализация инициатив высших судов и органов Судейского сообщества по совершенствованию законодательства. Все это делается для того, чтобы каждый гражданин был уверен в том, что только в суде он сможет справедливо разрешить свои проблемы¹.

Выступая на пятом экономическом форуме в Красноярске, Д. А. Медведев отметил, что следует разработать систему мер, направленных на возмещение гражданам и организациям потерь от неправосудных решений и волокиты в судах. Нужно создать механизм проверки необоснованно возбужденных уголовных дел, которые впоследствии прекращаются без вынесения приговора преступнику. Наконец, требуется развивать процедуры досудебного и внесудебного порядка разрешения споров².

Реализация данных предложений позволит обеспечить защиту прав и свобод граждан, юридических лиц со стороны национального правосудия, предоставит возможность разрешать споры в примирительных процедурах.

Положения Конституции дают основание рассматривать судопроизводство как правовую категорию, поскольку судебная власть является одной из ветвей государственной власти и имеет право на свою общую теорию судопроизводства. Это в свою очередь определяет общетеоретическое понимание судопроизводства для последующего изучения отраслевых форм судопроизводства.

Исследование, изучение теоретических основ судопроизводства вызваны, прежде всего, тем, чтобы выработать единые подходы ко всем видам судопроизводства, основной целью которого будет эффективность осуществления судебной властью возложенных на нее функций, в том числе и нормотворческой.

3.2. Судейское усмотрение

В соответствии со ст. 120 Конституции РФ судьи независимы и подчиняются только Конституции Российской Федерации и федеральному закону. Независимость судей – главное условие существования в стране самостоятельной и авторитетной судебной власти, способной объективно и беспристрастно осуществлять правосудие, защищать права и законные интересы граждан.

¹ Судебная реформа смотрит в 2012 год // Судья. 2005. № 4. С. 7.

² Медведев Д. Свобода лучше, чем несвобода // Российская газета. 2008. 21 февраля.

Конституционный принцип правосудия состоит из двух взаимосвязанных элементов: судьи независимы и судьи подчиняются Конституции и федеральному закону. Разорвать, изолировать эти положения невозможно, ибо независимость судей обуславливается их подчинением только Конституции и закону, а такое подчинение реально лишь при условии, что они действительно независимы. Если бы судьи не подчинялись Конституции и закону, то их независимость фактически свелась бы к вседозволенности, голому усмотрению, произволу, что несовместимо с сущностью демократического правосудия¹. Реализация данного принципа непосредственно связана с судебной деятельностью при разрешении правовых споров, применением судьей нормативных актов, судебной практики к спорным правоотношениям.

Применение права представляет собой сложный процесс, который проходит несколько стадий, каждая стадия имеет свою специфику, что позволяет строго регламентировать правоприменение, исключить возможность нарушения прав участников судебного производства.

В юридической литературе нет единства мнений о количестве стадий правоприменения. Наиболее убедительным представляется мнение ученых о трех основных стадиях процесса применения права: установления фактической основы дела; установления юридической основы дела; принятия решения по делу².

В теории права правоприменение связано с нормативно-правовым актом, поскольку на стадии правоприменительного процесса дается правовая квалификация (юридическая оценка) установленным фактическим обстоятельствам дела, т.е. решается вопрос, какая норма права распространяется на данный случай, подпадает ли этот факт под ее действие. В последнее время правоприменение рассматривается через проблему судебного прецедента как возможного источника российского права, судебного усмотрения и судебного правотворчества³.

¹ Конституция Российской Федерации. Комментарий / под общ. ред. Б. Н. Топорнина, Ю. М. Батурина, Р. Г. Орехова. Москва, 1994. С. 506–511.

² Григорьев Ф. А., Черкасов А. Д. Применение права // Теория государства и права : курс лекций / под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. Москва, 1999. С. 417.

³ Вопленко Н. Н., Рожнов А. П. Правоприменительная практика: понятие, основные черты и функции. Волгоград, 2004 ; Они же. Судебная практика как источник права. Москва, 1997 ; Они же. Судебная практика как источник права. Москва, 2000 ; Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судебское право. Москва, 2007.

Правоприменение в судебной деятельности воплощается в конституционном, гражданском, арбитражном, административном и уголовном судопроизводстве. Процедура судопроизводства проходит несколько этапов и состоит из следующих стадий: возбуждение судопроизводства; подготовка к судебному разбирательству; судебное разбирательство; принятие судебного решения; исполнение судебного решения. Без прохождения такой последовательности невозможно принять ни одно судебное решение при осуществлении правосудия, исключение составляют рассмотрение дел в особом порядке, выдача судебного приказа, где отсутствует стадия судебного разбирательства. Данные стадии имеются во всех видах судопроизводства и в основном совпадают со стадиями процесса применения права.

Судья как субъект правоприменения является физическим воплощением органа государственной власти (судебной) и уполномочен применять материальный и процессуальный закон. В судебном правоприменении должен быть реализован закон в полном соответствии с его смыслом, но законодатель не всегда точно может довести до правоприменителя смысл закона, охватить законом весь спектр общественных отношений. Поэтому в правоприменительном процессе устранить неясность закона, дать наиболее точное его толкование, разъяснение, восполнить пробел закона призван судья.

Право выбора в применении нормативного акта, правовой позиции, судебной практики, выработки правового положения для разрешения правового спора имеет только судья (коллегия судей) как законный посредник между правом и спорными отношениями. В ходе разрешения правовых споров судья использует и применяет свои профессиональные знания, опыт, в том числе и усмотрение, формулирует выводы и закрепляет их в судебном акте.

Мыслительно-аналитическая деятельность судьи (судей) по выбору единственно верной правовой нормы, правовых позиций, правоположения судебной практики, при наличии нескольких легитимных вариантов для применения к спорному правоотношению или выработки общего правоположения (судейской нормы) представляет собой судейское усмотрение.

Рассматривая понятие «судейское усмотрение», следует определить, совпадает ли данная категория с понятием «судебное усмотрение». В литературе единое мнение отсутствует. На наш взгляд, данные понятия, если их рассматривать в широком аспекте,

могут совпадать. Но если их рассматривать в узком понимании по субъекту, то они имеют существенное различие.

Так, категория «судебное» усмотрение употребляется как деятельность, осуществляемая не только отдельными судьями, но всеми другими работниками аппарата суда, тогда как категория «судейское» усмотрение применима только при осуществлении правосудия только судьями. Поэтому неслучайно А. Барак, исследуя проблемы судейского усмотрения при рассмотрении дел, связывает этот процесс с опытом, интуицией и правовым мировоззрением судьи. Судейское усмотрение, отмечает автор, означает полномочие, которое закон дает судье, чтобы делать выбор из нескольких альтернатив, из которых каждая законна¹.

В понимании содержания и сущности усмотрения, возникающего в процессе принятия законного решения судьей по конкретному делу, при условии свободы его выбора из равной степени законных альтернатив, целесообразнее говорить именно «о судейском» усмотрении. Это связано и с тем, что понимание усмотрения в таком значении способствует лучшему уяснению судейской функции в судебном процессе. Именно судья пользуется свободой выбора, когда каждый из открытых для него вариантов решений допускается с точки зрения правовой и судебной системы².

Соответственно, правосубъектность судьи в полном объеме определяется и принципом законности в судопроизводстве, которому должно соответствовать его убеждение при оценке фактических и юридических обстоятельств дела. Судья – продукт своего времени, отмечает Р. С. Данелян, следовательно, судейское усмотрение формируется опытом жизни судьи, его пониманием господствующих канонов справедливости и морали³.

Рассматривая вопрос судейского усмотрения, П. И. Люблинский пишет: «Судейское усмотрение для справедливого своего применения требует создания законодательных правил для руководства и многочисленных гарантий, препятствующих вырождению его в произвол. Усмотрение в государственно-правовом смысле можно определить не только отрицательным образом, как

¹ Барак А. Судейское усмотрение. Москва, 1999. С. 13.

² Сенякин И. Н., Степин А. Б., Подмосковский В. Д. Судебное усмотрение в частном праве. Саратов, 2005. С. 23.

³ Данелян Р. С. Судейское усмотрение. Теоретические, законодательные и правоприменительные аспекты. Ростов-на-Дону, 2006. С. 24.

некоторую свободу деятельности публичного органа от законодательной регулировки, но и положительным – как право свободной целесообразной оценки в применении по указанным в законе основаниям предоставленных данному органу полномочий»¹.

Судейское усмотрение в судопроизводстве можно рассматривать в двух направлениях. В первом случае усмотрение с точки зрения толкования закона, и во втором – усмотрение с точки зрения применения в пределах закона, т.е. целесообразный выбор. Пределы судебного усмотрения – это правовые рамки, установленные правомочными субъектами с помощью правовых юридических средств, четко ограничивающие объем применения права. Вполне обоснованно предлагается рассматривать пределы ограничений в двух аспектах: материально-правовом и процедурно-процессуальном².

С законными пределами существуют и моральные пределы, ограничения судебного усмотрения, которые не менее важны и нужны судье в его профессиональной деятельности. «Важную лепту в вопрос об ограничениях судебного усмотрения вносят и этические правила, которыми руководствуется (или не руководствуется) судья. Эти правила формализованы в меньшей степени, а подчас они действуют в неписаной форме и определяются общей моральной атмосферой в каждом конкретном суде»³.

Достижение справедливой оценки возможно посредством как строгой, законодательной нормировки, так и правильно поставленного усмотрения судьи. Такая позиция, отмечает В. И. Телятников, отражающая реальность правовой жизни общества, подтверждает значимость принципа независимости судьи для правильного применения процессуального закона⁴.

По мнению О. А. Папковой, судебским усмотрением является предусмотренная юридическими нормами, осуществляемая в процессуальной форме мотивированная правоприменительная деятельность суда, состоящая в выборе варианта решения правового вопроса, имеющая общие и специальные пределы⁵.

¹ Люблинский П. И. Судейское усмотрение // Журнал министерства юстиции. 1904. № 10. С. 253.

² Берг Л. Н. Судейское усмотрение и его пределы : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2008. С. 18–19.

³ Клеандров М. И. О судебском усмотрении // Российское правосудие. 2007. № 6. С. 15.

⁴ Телятников В. И. Убеждение судьи. Санкт-Петербург, 2004. С. 115.

⁵ Папкова О. А. Усмотрение суда. Москва, 2005. С. 39.

С нашей точки зрения, судебское усмотрение можно определить как предоставленное судье право свободного анализа и выбора единственно возможного варианта решения (из имеющихся нормативных актов, правовых позиций, судебных прецедентов, судебной практики) в правовых рамках, способного урегулировать отношения при разрешении юридического спора или формулирования судебской нормы в определенном виде судопроизводства с закреплением результата в судебном акте.

Формы судебного усмотрения проявляются в ходе судебной деятельности на всех стадиях судопроизводства, но формирование окончательного варианта решения, его формулировка, мотивация и изложение проходят на стадии принятия судебного решения.

Усмотрение есть субъективное мнение, внутреннее убеждение судьи, которое формируется в окончательный вывод, решение после выбора необходимой нормы права при рассмотрении спора. Такое судебское усмотрение основывается на правовой норме, которая выбрана и применяется к спорной ситуации.

Судебское усмотрение основывается на выборе правовой нормы либо правовой позиции, правоположения для регулирования юридического спора. В данном случае усмотрение используется судьей, когда необходимо выбрать и применить норму права из альтернативных норм либо выбрать и применить прецедент (правовую позицию), судебную практику к конкретному случаю, для убедительности аргументирования, подтверждения основного источника права дополнительным источником права. Данная форма усмотрения основана на выборе нормы права, прецедента (правовой позиции), судебной практики, т.е. смешанная форма судебного усмотрения

Судебское усмотрение может иметь место в случаях, когда отсутствуют нормы права (отраслевые) применительно к спорному случаю. Судья тогда имеет законную возможность использовать аналогию закона или права (ст. 6 ГК РФ), сделав выбор из нескольких возможных вариантов закона или общих начал и смысла законодательства. Это форма усмотрения основана на аналогии.

Если невозможно использовать норму права, аналогию закона или права, судье предоставляется право сделать выбор в пользу правовой позиции (прецедента) или сложившейся судебной практики для разрешения спора. При такой ситуации судебское усмотрение основывается на судебном прецеденте, судебной практике.

В том случае, если возникает пробел и невозможно воспользоваться выше приведенными формами судебного усмотрения,

судье предоставляется право усмотрения, основанное на общих принципах права, для формулирования общей нормы права (судейской нормы) и урегулирования правового спора. Тем самым посредством судебного усмотрения происходит заполнение правового вакуума. В данном случае судебское усмотрение непосредственно формирует общую судебскую норму, участвуя тем самым в судебном нормотворчестве.

Судейское усмотрение при создании прецедента толкования направлено не на выработку общей нормы, а на раскрытие содержания, смысла уже созданной нормы права всеми средствами и способами толкования. Такое судебское усмотрение основывается на толковании правовых норм.

Судейское усмотрение применяется в любой стадии судопроизводства и материализуется в окончательной или промежуточной форме в судебном решении. Усмотрение характеризуется следующими признаками: применяется судьей при разрешении правовых споров; обладает судебской свободой выбора в правовых рамках (что исключает произвол); представляет судье право выбора наиболее верного решения из нескольких вариантов; имеет мотивацию выбора; применяется в процессе судопроизводства; излагается в судебном акте.

Исследуя проблему судебного усмотрения, Д. Б. Абушенко наряду с положительными моментами существования данного института обеспокоен тем, что отечественный законодатель, увлеченный идеей использования судебного усмотрения как некоего универсального инструмента для регулирования целого ряда правовых отношений, просто не учел, что в условиях подконтрольности принимаемых на основе усмотрения актов предоставленная, в том числе и судам первой инстанции, свобода очень скоро будет заменена такими «нормами» высших судебных инстанций, которые им (законодателю) и не мыслились¹.

По нашему мнению, законодатель, таким образом, стимулирует судебную деятельность, предоставляя суду как органу государственной власти и, в частности судье, наделенному правом усмотрения, провести доработку, корректировку нормативного акта, а в некоторых случаях сформулировать судебскую норму, тем самым создавая условия для судебного нормотворчества, которое в современных условиях наиболее оперативно способно восполнить пробелы и недоработки законодательства.

¹ Абушенко Д. Б. Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе. Москва, 2002. С. 159.

Справедливо по этому поводу отмечает М. Н. Марченко, что «вопрос будущего судейского права наряду с парламентским правом и судебной практики как источника права необходимо решать не в отдельности друг от друга, не в изоляции от других социально значимых явлений, институтов и учреждений, а в едином комплексе, в их взаимодействии друг с другом»¹.

На сегодняшний момент это один из комплексных подходов в разрешении проблемы судебного нормотворчества и судейского усмотрения в правовой системе России.

3.3. Судейская норма

Правотворческая деятельность связана с созданием нормативных актов, направленных на регулирование общественных отношений, при этом законодателем не всегда точно формулируются создаваемые нормы права, допускаются коллизии, пробелы в нормативных актах, а в некоторых случаях отдельные нормы правового акта признаются не соответствующими Конституции РФ. Но жизнь настолько многогранна, что невозможно все в ней предусмотреть, а тем более законодательно закрепить и учесть все тонкости общественных отношений.

Поэтому как бы уважительно мы ни относились к закону (основному источнику российского права), всегда будут обнаруживаться юридические неточности, и как один из способов устранения этого – судебное нормотворчество. Поскольку в процессе применения правовой нормы возникают определенные сложности, требующие практической судебной доработки, необходимо доведение закона до идеала действия путем толкования, разъяснения, а если норма правового акта отсутствует или признается неконституционной – создание судейских норм для урегулирования общественных отношений.

Вот в таких случаях, а возникают они на протяжении всего существования права, разрешить проблему помогают судебный прецедент и судебная практика, создаваемые высшими судебными органами России.

Вопрос о правовоположениях судебной практики в общей теории права имел и имеет неоднозначное понимание и исследовался как в советской правовой системе, так и в российской.

¹ Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судейское право. Москва, 2007. С. 394.

Применительно к советской правовой системе С. С. Алексеев отмечал, что правоположения – это устоявшиеся типовые решения применения юридических норм, которые реально приобретают черты общих правил. Они представляют собой более высокую ступень юридической практики (прецедентного толкования), являются устоявшимися типовыми решениями, которые не только касаются фактических обстоятельств, но и в определенной мере конкретизируют содержание прав и обязанностей¹. Данное положение развивается и другими учеными.

Так, В. В. Лазарев, положительно оценивая роль высших судебных органов по выработке правоположений, обоснованно считает, что правоположения – это общие веления правоприменяющих органов, которые с наибольшей определенностью отражают волю законодателя и служат относительно самостоятельным средством поднормативного юридического воздействия на субъекты общественных отношений. Толкование и конкретизация права – основные источники правоположений. Правоположения, выработанные на основе использования аналогии (в условиях пробельности права) и нашедшие воплощение в общих постановлениях Пленума Верховного Суда СССР, становятся временной нормой. Однако Пленум Верховного Суда, закрепляя данные правоположения или формулируя их на основе обобщения судебной практики, выступает не как правоприменяющий субъект, а как управленческий орган с определенными специфическими правотворческими функциями².

По мнению С. Н. Братуся и А. Б. Венгерова, правоположение – это новое юридическое понимание, охватывающее такие юридические образования, как руководящие разъяснения и прецеденты толкования; понятие, приближающееся к правовым нормам, но не совпадающее полностью с ними. Зачастую правоположение превращается в классическую правовую норму (как правило, в периоды проведения кодификации законодательства), но может оказывать регулятивное воздействие в своем первоначальном качестве, как образование судебной практики, в форме руководящего разъяснения, прецедента толкования³.

¹ Алексеев С. С. Проблемы теории права. Свердловск, 1973. Т. 2. С. 93.

² Лазарев В. В. Правоположения: понятие, происхождение и роль в механизме юридического воздействия // Правоведение. 1976. № 6. С. 3–15.

³ Судебная практика в советской правовой системе. Москва, 1975. С. 65–66.

Иной взгляд на понимание правоположения высказан В. Н. Карташовым. В частности, он пишет: «Правоположения являются результатом, итогом практической деятельности правоприменительных органов, где аккумулируется соответствующий опыт этой деятельности. Правоположения – не любой обобщенный результат какой бы то ни было правовой деятельности, а лишь такие правила, юридические предписания, которые не только служат образцами правильного, целесообразного и наиболее эффективного применения права, но и в определенной степени вносят новизну в процесс правового регулирования общественных отношений. Итак, правоположениями являются лишь такие правила, которые воспринимаются судебной (правоприменительной) или правотворческой практикой. Они представляют собой результат творческой деятельности судов по казуальному восполнению пробелов в праве»¹.

Данное понимание было свойственно советскому периоду формирования судебной практики и не утратило своего значения в современный период. Так, В. Л. Кулапов определяет правоположение как обусловленное потребностями практики правовое предписание, служащее вспомогательным источником и дополнительной правовой основой разрешения юридических дел в динамично изменяющихся и сложных для квалификации реально складывающихся типичных ситуациях. Правоположение составляет основное содержание не только правового прецедента, но и прецедента толкования².

Сказанное еще раз подтверждает, что в литературе остается доминирующим понятие о правоположении судебной практики, элементы которого дополняются новыми и состоят из руководящих разъяснений, правового прецедента и прецедента толкования.

Н. Н. Вопленко и А. П. Рожнов рассматривают многоуровневый процесс формирования правоприменительной практики, включающий в себя «прецедент толкования > прецедент применения > правоположение > деловое обыкновение», и определяют правоположение как «сложившиеся в наиболее сложных ситуациях текущего правоприменения на основе получивших признание в юридической практике прецедентах толкования и (или) прецедентах применения конкретизированные общие правила, выступающие вспомогательным источником права и тем самым

¹ Карташов В. Н. Применение права. Ярославль, 1980. С. 62–63.

² Кулапов В. Л. Теория государства и права. Саратов, 2005. С. 371.

дополнительной правовой основой разрешения юридического дела»¹.

Формирование судебных правоположений или судебской нормы предоставлено только высшим судебным инстанциям в определенном процессуальном порядке (судопроизводстве) и получает свое закрепление в форме судебного акта.

Правоположения судебной практики, как отмечают В. А. Сапун и М. Г. Смирнова, имеют субсидиарный (дополнительный) характер применения при разрешении конкретных правовых ситуаций. Не все элементы судебной практики выступают в виде правоположений, а лишь те из них, которые являются своеобразными правовыми средствами, институционными образованиями, имеют определенную юридическую силу и степень обязательности. Они создаются в результате судебной деятельности, их предписания с необходимостью учитываются в последующем субъектами юридической деятельности, имеют поднормативный характер, выступают своеобразными сгустками профессионального правосознания на грани их перерастания в юридические нормы, служат прообразом юридических норм².

Такая форма судебной деятельности не остается без внимания теоретиков права. Так, Р. З. Лившиц пишет: «Признавая в судебной системе самостоятельную ветвь государственной власти, мы тем самым признаем допустимость принятия судами правовых норм. Именно судебные правовые нормы являются типичным средством управления в цивилизованном обществе»³.

Развивая свое понимание о нормотворчестве судебных органов, автор приходит к выводу о том, что уже сейчас, на первых этапах движения к правовому государству, есть основания признать, что суды создают нормы права или, другими словами, судебная практика является источником права. На нынешнем этапе этот тезис охватывает судебную практику в обобщенном виде, в виде постановлений вышестоящих судебных органов. В перспективе

¹ Вопленко Н. Н., Рожнов А. П. Правоприменительная практика: понятие, основные черты и функции. Волгоград, 2004. С. 115, 164 ; Вопленко Н. Н. Источники и формы права. Волгоград, 2004.

² Сапун В. А. Правоположения судебной практики в системе источников российского права // Судебное правоприменение: проблемы теории и практики / под ред. В. М. Сырых. Москва, 2007. С. 210.

³ Лившиц Р. З. Судебная практика как источник права // Судебная практика как источник права. Москва, 1997. С. 12.

сила и авторитет правовой нормы будут признаны и за отдельными судебными решениями¹.

Данная точка зрения о выработке судебными органами норм подтверждается жизненной реальностью происходящего в российской правовой системе².

В современных условиях происходит динамичное развитие двух правовых систем континентального и общего права. По этому поводу В. Д. Зорькин пишет: «Между тем право уже давно не идет по пути чистого разделения двух традиций, особенно в современный период глобализации мирового сообщества. Мы являемся свидетелями постепенной конвергенции двух правовых систем»³. Следовательно, практика предлагает нам новые формы судейского права, присущие и нашей правовой системе, которые требуют теоретического обоснования.

Выступая на III ежегодной Международной научной конференции «Теоретические и практические проблемы правопонимания», проходившей в 21–23 апреля 2008 г. в Российской академии правосудия (г. Москва), судья Высшего арбитражного суда РФ, профессор Т. Н. Нешатаева справедливо отметила, что главное назначение суда состоит не столько в разрешении споров, сколько в формировании права и правовой политики. Нормотворчество судьи, которое носит «точечный» характер, является, по ее мнению, столь необходимым процессом, как и законотворчество. И только в совокупности оба этих процесса образуют правотворчество. Внешне это может выглядеть произвольным, однако по убеждению докладчика, произвол начинается тогда, когда нет прецедента. Настоящий произвол возникает тогда, когда суд

¹ Лившиц Р. З. Теория права. Москва, 2001. С. 110.

² Кучин М. В. Нормотворческая деятельность судебных органов Российской Федерации и судебный прецедент // Право и политика. 2000. № 5 ; Спектор Е. И. Судебный прецедент как источник права // Журнал российского права. 2003. № 5 ; Зорькин В. Д. Прецедентный характер решений Конституционного суда РФ // Журнал российского права. 2004. № 12 ; Анишина В. И. Правовая природа актов судебного правотворчества / В. И. Анишина // Журнал российского права. 2006. № 10 ; Попов О. В. Теоретико-правовые вопросы судебного правотворчества в Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2004 ; Лозовская С. В. Правовой прецедент: вопросы теории и практики : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2005 и др.

³ Зорькин В. Д. Россия и Конституция в XXI веке. Взгляд с Ильинки. Москва, 2007. С. 114.

лишен этой функции. Поэтому настало время начать теоретическое осмысление процесса формирования права судьей¹.

Думается, такой новаторский подход к теоретической проблематике создания судебной нормы поддерживается многими учеными, но есть и противники судебного нормотворчества, их меньшинство. Следовательно, теоретическое исследование судебной нормы, процесса формирования судьей права должно развиваться с учетом всех положительных взглядов на данную проблему.

М. Н. Марченко рассматривает формы судебного права через специфические признаки и черты, которые формируют общее представление, понятие о них. Один из них – позитивистский характер форм и содержащихся в них норм судебного права. Изложенные особенности характеризуют форму судебного права, а вот ее первичной клеточке, как это принято говорить о норме права – норме судебного права, характеристика дана незначительная. Но если, как отмечает автор, форма судебного права содержит норму судебного права, то последней должны быть присущи признаки и черты, которыми обладает форма судебного права. К ним относятся такие особенности, как «содержание в актах (формах) судебного права не только общеобязательных норм, но и правовых принципов», «возникновение и развитие форм судебного права на основе юридически установленных и иных жизненных фактов», «ретроспективный характер форм судебного права и их содержания» и др.²

Так что же собой представляет судебная норма?

Следует признать, что суд – не законодатель по своей природе, поскольку у законодателя совсем иные цели, задачи, процедура в принятии нормативных актов в отличие от судебных органов. «Задача судов заключается в том, чтобы, решая дела и обнаружив отсутствие нормы, восполнять пробелы в праве. Судьи устанавливают нормы не только в случае пробелов в праве, но и тогда, когда норма имеется, но, по мнению суда, устарела или является неопределенной. В таком случае суд вправе отойти от нее и установить новую норму»³.

Такое положение прослеживается в современной России. В основном это относится к деятельности Конституционного суда

¹ Российское правосудие. 2008. № 7. С. 104–106.

² Марченко М. Н. Судейское правотворчество и судебное право. Москва, 2007. С. 85–99.

³ Богдановская И. Ю. Прецедентное право. Москва, 1993. С. 45.

РФ, а также Верховного суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ. В этом случае И. И. Шувалов справедливо отмечает, что «обе власти – законодательная и судебная – занимаются постоянно как установлением, так и применением права»¹.

Суд как один из органов государственной власти имеет право применять тот или иной нормативный акт к спорным ситуациям, давать толкование закону, вырабатывать рекомендации, правила, разъяснения, принципы, дефиниции на основе обобщенной судебной практики, признавать нормативный акт неконституционным, т.е. в процессе применения, толкования, развития права и судебного нормоконтроля происходит формирование судейской нормы. Результатом такой деятельности становится выработанная и сформулированная правовая аргументация, правовая основа по делу, закрепленная в судебном решении в виде правовых правил, положений, принципов, толкования, дефиниций.

В литературе отсутствует четкое понимание судейской нормы. Так, Давид Р., проводя различия между нормами, выработанными судебной практикой, и нормами, установленными законодателем, отмечает, что «норма, созданная судебной практикой, существует и применяется лишь в той мере, в какой судьи (каждый судья) считают ее хорошей»². Например, в России и Германии серьезную роль играют нормы, выработанные и закрепленные в решениях конституционных (уставных) судов³.

Исследуя природу судебного прецедента, Р. Кросс пишет: «"Прецедентное право" состоит из норм и принципов, создаваемых и применяемых судьями в процессе вынесения ими решения... Но не все сказанное судьей в его выводах по делу образует прецедент, а только его правовая аргументация... из числа сформулированных им правоположений только те, которые он считает непосредственно необходимыми для своего решения, образуют *ratio decidendi*, а остальное, таким образом, будет *obiter dictum* (путно сказанным)». Также *ratio decidendi* связывают с интерпретацией статута⁴. Фактически только *ratio decidendi* представляет

¹ Шувалов И. И. Правотворчество в механизме управления обществом: необходимость комплексного исследования. Москва, 2005. С. 49.

² Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. Москва, 1999. С. 98.

³ Сравнительное избирательное право. Москва, 2003. С. 15.

⁴ Кросс Р. Прецедент в английском праве. Москва, 1985. С. 25, 56–57, 78.

собой прецедентную норму¹, в которой, по нашему мнению, содержатся правовые правила (нормы), принципы или толкование статута. Но четкого понимания, что представляет собой судебская норма применительно к теории права, мы не находим.

Рассматривая проблему судебного нормоконтроля и функцию суда как позитивного законодателя, А. Н. Верещагин отмечает, что если суд (конституционный или иной) лишает силы определенную норму, то это зачастую ведет к ее автоматической замене другой нормой. Характер вновь появившейся нормы отражает природу той, которая была отменена. Таким образом, мы имеем своего рода «нормативную симметрию», где нормы определенных типов коррелируют друг с другом. Нормы могут быть сформулированы различным образом (запреты могут быть превращены в предписания и т.д.). Но они имеют некие соответствия, которые автоматически приходят им на замену².

Автор предлагает определенную схему образования новой нормы вместо отмененной, в которой будут содержаться разрешение, запрет, предписание на действие или бездействие. Данное положение отражает ситуацию, складывающуюся в практике Конституционного Суда РФ. Новая норма содержит нормативно-правовые предписания, направленные на регулирование отношений, которые отмененной нормой не регулировались.

В. Д. Зорькин отмечает, что решения Конституционного Суда имеют такую же сферу действия во времени, пространстве и по кругу лиц, как решения нормотворческого органа, и, следовательно, такое же, как нормативные акты, общее значение³.

Исследуя правовую природу правовых позиций Конституционного Суда РФ, Л. В. Лазарев пишет, что «решения Конституционного Суда в отличие от нормативных актов, во-первых, принимаются с целью не правового регулирования, а контроля за конституционно-правовым качеством действующего права, защиты Конституции и являются "побочным продуктом" этой судебно-контрольной деятельности, что не отрицает их право-регулирующего воздействия; во-вторых, представляют собой интерпретацию конституционно-правовых принципов и норм,

¹ Богдановская И. Ю. Прецедентное право. Москва, 1993. С. 23.

² Верещагин А. Н. Судебное правотворчество в России. Москва, 2004. С. 105–106.

³ Зорькин В. Д. Россия и Конституция в XXI веке. Взгляд с Ильинки. Москва, 2007. С. 119.

раскрывающую смысл конституционных положений и в его контексте должное конституционное содержание проверяемого акта (нормы), т.е. всегда носят производный, непосредственно от Конституции и общих принципов права, характер; в-третьих, принимаются в процедуре не законотворчества, а конституционного судопроизводства; в-четвертых, принимаются в форме судебного решения, отличного от форм нормативного акта с его главами, статьями, частями и т.д.; в-пятых, нормативное содержание присуще не всему решению Конституционного суда, а только содержащимся в нем правовым позициям и основанным на них итоговым выводам»¹.

Конечно, отождествлять норму права и судебскую норму мы не можем, хотя отдельные их черты, признаки имеют сходства, поэтому провести их сравнение как норм, создаваемых государственными органами для регулирования отношений, дать понятие судебской нормы, раскрыть ее признаки вполне возможно и необходимо, поскольку в литературе пока мало изучено данное направление.

В юридической литературе норма права определяется как общеобязательное, формально определенное правило поведения, установленное либо санкционированное государством и направленное на урегулирование конкретного вида общественных отношений².

Правовая норма состоит из необходимых элементов – гипотезы, диспозиции, санкции, обеспечивающих ее функциональную самостоятельность. Будучи моделью поведения человека в типичных жизненных ситуациях, правовая норма характеризуется свойствами, присущими всем социальным нормам, и обладает следующими признаками:

1) носит государственно-властный характер, т.е. норма права устанавливается или санкционируется государством;

2) имеет общеобязательность. Правило поведения, содержащееся в норме, обязательно для исполнения неопределенно большим количеством адресатов, оказавшихся в предусмотренных предписанием повторяющихся жизненных ситуациях;

¹ Лазарев Л. В. Правовые позиции Конституционного суда России. Москва, 2008. С. 62–63.

² Байтин М. И. Сущность права. Москва, 2005 ; Он же. Теория государства и права : курс лекций / под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. Москва, 1999 ; Он же. Общая теория права и государства / под ред. В. В. Лазарева. Москва, 1999 ; Кулапов В. Л. Теория государства и права. Саратов, 2005.

3) имеет представительно-обязывающее содержание. Норма права регулирует сложившиеся общественные отношения, устанавливая типичные права и обязанности их участникам, определяя с их помощью модели возможного, должного и запрещенного поведения;

4) имеет формальную определенность, которая предполагает структурно-логическую завершенность и точность, недвусмысленность изложения содержания предписания, внешне выраженного в официально признанном акте;

5) обладает обеспеченностью экономическими, информационными и иными ресурсами государства.

Признаки, присущие норме права, определенным образом характеризуют и судебскую норму. Как норму права создает власть законодательная, так и судебскую норму создает власть судебная в лице высших судебных органов. Нормативный акт создается по определенной законотворческой процедуре, формирование судебской нормы проходит только в установленном судопроизводстве. Созданная судебная норма обладает общеобязательностью, направлена на регулирование отношений, на возникновение прав и обязанностей, распространяется на неопределенный круг лиц, обеспечивается судебными органами через средства информации, контролируется единообразное ее применение судебными инстанциями.

Следовательно, по нашему мнению, судебской норме свойственны характерные признаки: общеобязательность, формальная определенность, устанавливается высшими государственными органами судебной власти в определенном порядке судопроизводства, обеспечивает единообразное действие.

Общеобязательность проявляется в том, что выработанная судебская норма, содержащая правило поведение, принцип, толкование, обязательна как для спорного случая, так и для других общественных отношений, которые могут возникнуть при определенных условиях.

Формальная определенность заключается в том, что судебская норма является правовой конструкцией, изложенной в судебном акте определенно точно к спорной ситуации, а также к неопределенному кругу лиц.

Создание судебской нормы осуществляется высшими органами судебной власти (Конституционным Судом РФ, Верховным Судом РФ и Высшим Арбитражным Судом РФ) в процессе судебной

деятельности (определенном виде судопроизводства: конституционном, уголовном, гражданском, административном) и находит свое закрепление в судебном решении. Судебные акты высших судебных органов официально публикуются, обеспечиваются судебным контролем для единообразного применения судебных норм.

По своему содержанию судебская норма включает гипотезу (условия), диспозицию (правила поведения), которые позволяют регулировать как спорные отношения, так и аналогичные отношения, которые могут возникнуть в будущем; принципы и толкование нормативного акта.

Примером такой конструкции (если ..., то ... иначе) может служить ряд постановлений Конституционного Суда РФ. Так, предметом проверки Конституционным Судом РФ стали отдельные положения статей УПК РФ на соответствие Конституции РФ. В принятых судом решениях содержится конструкция (если ..., то ... иначе), позволяющая регулировать общественные отношения неопределенного круга лиц, а именно: право потерпевших на обжалование судебного решения о прекращении уголовного дела в связи с отказом государственного обвинителя от обвинения; пересмотр судебного решения в порядке надзора по жалобе потерпевшего или по представлению прокурора, ухудшающих положение осужденного; о проверке заявления потерпевшего прокурором, следователем, органом дознания по установлению лица, виновного в преступлении, по ст. 115, 116 УК РФ; выработан механизм избрания меры пресечения обвиняемому после поступления дела в суд; предоставлены права лицам, в отношении которых осуществляется производство о применении принудительных мер медицинского характера¹.

Данные судебские нормы непосредственно применяются в судебной деятельности судами общей юрисдикции в совокупности с Конституцией РФ, поскольку законодатель так и не внес изменения и дополнения в действующий УПК РФ. Действие судебской нормы прекращается с принятием законодательным органом соответствующей нормы права.

М. Н. Марченко справедливо отмечает, что в период между принятием судом соответствующего вердикта о несоответствии отдельных положений нормативно-правового акта Конституции

¹ Собрание законодательства РФ. 2003. № 51 ; 2005. № 14, 22, 28; 2007. № 48.

РФ и моментом внесения законодателем изменений в нормативно-правовой акт действует норма (нормы), содержащаяся в судебном вердикте. С внесением изменений в нормативно-правовой акт эта «судейская» по своей природе и характеру норма «перекрывается» соответствующей парламентской (законодательной) нормой¹. Следовательно, судебская норма, содержащая правила поведения, регулирует отношения на период отсутствия законодательной нормы.

В литературе также обоснованно высказывается точка зрения о том, что определения (разъяснения), помещенные в актах судебной власти, имеют нормативный характер. Они обладают всеми признаками нормативности: неконкретность адресата, действие предписания не независимо от применения, возможность неоднократного применения². По нашему мнению, эти судебные дефиниции являются продуктом судебного нормотворчества высших судебных органов, и их вполне следует относить к судебской норме.

В содержательно-правовую часть судебской нормы входят также правовые принципы. Принципы права представляют собой определяющие идеи, положения, составляющие нравственную и организационную основу возникновения, развития и функционирования права. Они позволяют раскрыть природу, сущность права в объективном и субъективном смысле. Свое выражение принципы находят в международных, внутригосударственных декларациях, закрепляются в нормах конституции, федеральных законах.

В судебной деятельности при формировании правовой основы по конкретному делу или выработке положений по определенному виду судебной практики судьи оперируют общими принципами, закладывая их в основу судебного решения, придавая им жизнь и силу в правовом регулировании.

Французский юрист Жан-Луи Бержель отмечает, что «источником власти для общих принципов является судебная практика. Если точнее, судебная практика не создает их из первых попавшихся элементов, но извлекает из закона или обычая при помощи толкования»³. Тем самым общие принципы вторично формулируются в судебном акте для регулирования спорных отношений.

¹ Общая теория государства и права. Академический курс : в 3 т. / отв. ред. М. Н. Марченко. Москва, 2007. Т. 2. С. 485.

² Апт Л. Ф. Легальные определения в законодательстве и судебной практике. Москва, 2010. С. 160–161.

³ Бержель Ж.-Л. Общая теория права. Москва, 2000. С. 166, 170.

При осуществлении правосудия суды руководствуются общими принципами, закрепленными в Конституции РФ, федеральных законах, а также общепризнанными международными принципами. В Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» разъяснен порядок применения общих принципов, а постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» раскрывает механизм применения принципов, норм и договоров, содержащихся в международном праве¹.

Таким образом, принципы, закрепленные в судебных актах высших судебных органов, становятся своеобразными регуляторами отношений.

Толкование судебными органами норм права представляет собой особую природу. Теория права выделяет прецеденты толкования правовых норм.

А. Б. Венгеров по этому поводу пишет: «Этот результат возникает в процессе толкования правовых норм судебными органами (в России – Конституционным судом, Верховным судом, Высшим арбитражным судом, а например, в Англии – Палатой лордов) или самим законодательным органом. Прецедент толкования несколько отличается от судебного прецедента своей ориентацией на логические проблемы содержания того или иного закона, на его отдельные аспекты, на процедуру запроса и т.д.»².

Примером прецедента толкования в правовой системе России являются постановления Конституционного Суда РФ по толкованию Конституции РФ, которые имеют не только нормативный характер, но и приоритетное значение перед другими видами ее толкования.

Созданные Конституционным Судом прецеденты толкования «не являются правоприменительными, индивидуальными актами, актами применения Конституции. Они содержат нормативно-интерпретационный характер, обобщенность и обязательность. При этом происходит конкретизация общих конституционных

¹ Бюллетень Верховного суда РФ. 1996. № 1 ; 2003. № 12.

² Венгеров А. Б. Теория государства и права. 3-е изд. Москва, 2000. С. 353.

установлений, соприкоснувшихся с реальной жизнью права, формулирование «живого» конституционного права»¹.

Законодательные органы не всегда ясно и точно в языковой и юридической формах издают нормативно-правовые акты. В таких случаях всегда существуют в законе непонятный смысл, недосказанность, косность языка, пробел и другие юридические неточности. Поэтому процедура судебного толкования нормы права более оперативно придает ей ясность и точность. В другом случае толкование способствует наиболее правильному и единообразному применению нормы права в тех сферах общественных отношений, которые регулируются.

Право толкования нормы права принадлежит только высшим судебным органам. Создаваемые ими акты толкования придают норме более четкую форму и содержание. Как отмечает А. Барак, «правила толкования статутов существуют в любой правовой системе, и они направлены на устранение недостатка определенности и сомнения, проистекающего из формулировки статутной нормы»².

Рассматривая вопрос о судебном толковании высших судебных инстанций в российской правовой системе, А. В. Смирнов и А. Г. Манукян отмечают, что разъяснения Пленума Верховного суда РФ не могут в настоящее время рассматриваться как легальное толкование. Они – официальное толкование, однако особого рода, поскольку даются в интересах закона и формально имеют для судов лишь ориентирующее значение. Что же касается толкования юридических норм, содержащихся в постановлениях Конституционного суда РФ, то толкование норм Конституционным судом, без сомнения, относится к легальной разновидности и при этом является нормативным³.

В то же время А. В. Слесарев считает, что толкование (как особая форма уяснения прав) и разъяснение (как особая форма доведения результатов интерпретации права до неопределенного круга лиц) играют в механизме правоприменения, правового регулирования в целом различную роль. Разъяснение правовых норм

¹ Лазарев Л. В. Конституционный суд России и развитие конституционного права // Журнал российского права. 1997. № 11. С. 6.

² Барак А. Судейское усмотрение. Москва, 1999. С. 75.

³ Смирнов А. В., Манукян А. Г. Толкование норм права. Москва, 2008. С. 21–22.

является следующим за толкованием элементом механизма право-применения¹.

Следовательно, под судебным толкованием следует понимать судебное решение (акт) высшего судебного органа, создавшее наиболее точную формулировку смысла, содержащегося в законе (норме права), и имеющее обязательную силу.

Примерами судебного толкования являются постановления Конституционного суда РФ, содержащие толкование норм права, того или иного нормативного акта, а также толкование норм Конституции РФ; постановления Пленумов Верховного суда РФ и Высшего арбитражного суда РФ, в которых содержатся толкование норм права и разъяснение норм права, обязательные для единообразного применения и соблюдения единства судебной практики.

О нормах, содержащихся в судебной практике, В. Н. Бибило пишет: «Судебная практика по конкретным делам также устанавливает новые нормы права, хотя они не всегда формулируются в самом судебном решении, но их можно вывести из сущности принятого решения»². Такая практика складывается с нормами, создаваемыми судебной практикой судами Республики Беларусь, что позитивно влияет на регулирование отношений.

Рассмотренные составляющие судебной нормы позволяют сделать вывод о том, что правовая основа, сформулированная и закреплённая в судебном акте в виде толкования нормативного акта (нормы права), правовых правил, позиций, принципов, дефиниций, и есть судейская норма, которая становится обязательной для применения, регулирует как спорные отношения, так и вновь возникающие общественные отношения, официально публикуется, обеспечивает единство судебной практики по определенным видам правоотношений, несет определенную функциональную нагрузку в механизме правового регулирования.

¹ Слесарев А. В. Судебно-арбитражное толкование норм гражданского права. Санкт-Петербург, 2005. С. 44 ; Максимова Н. А. Толкование в судебной практике и его правообразующая роль // Правовая политика и правовая жизнь. 2003. № 2. С. 137–143.

² Бибило В. Н. Формы судебной практики как источника права // Вестник Гродненского государственного университета. Сер. 4, Правоведение. 2008. № 2. С. 25.

Глава 4

Судебное нормотворчество в современной России

4.1. Формирование правовых позиций Конституционным Судом РФ

Правосудие – главная, но не единственная функция судебной власти. Наряду с правосудием судебная власть осуществляет судебный контроль (надзор) за законностью и обоснованностью применения мер процессуального принуждения (ареста, обыска, ограничения тайны переписки, телефонных переговоров и т.п.); толкование правовых норм (толкование Конституционным Судом норм Конституции РФ, руководящие разъяснения Пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ); установление фактов, имеющих юридическое значение; ограничение конституционных прав граждан; судебный надзор за решениями судов¹, а также осуществляет правотворческую (нормообразующую) функцию².

Процедура формирования правовых позиций Конституционным Судом, в основном зависит от тех полномочий, которые осуществляет Суд. Основные полномочия закреплены в Федеральном конституционном законе «О Конституционном Суде Российской Федерации» от 21 июля 1994 г. и Регламенте Конституционного Суда от 1 марта 1995 г.³

Конституционный Суд является судебным органом конституционного контроля, самостоятельно и независимо осуществляет судебную власть посредством конституционного судопроизводства. Полномочия придаются ему в целях защиты основ конституционного строя, основных прав и свобод человека и гражданина, обеспечения верховенства и прямого действия Конституции РФ на всей территории Российской Федерации.

¹ Козлова Е. И., Кутафин О. Е. Конституционное право России. Москва, 1998. С. 481.

² Терехин В. А. Судебная власть в государственно-правовом механизме обеспечения прав и свобод граждан (вопросы теории и практики) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2001. С. 13 ; Ярославцев В. Г. Нравственное правосудие и судейское правотворчество. Москва, 2007.

³ СЗ РФ. 1994. № 13. Ст. 1447 ; Сборник нормативных актов о суде и статусе судей РФ. Вып. второй. Кн. первая. Москва, 2000.

Выступая на научно-практической конференции, посвященной 15-летию принятия Конституции РФ, Президент РФ Д. А. Медведев отметил, что «Конституция реально должна прорасти и в принимаемом законодательстве, и в правоприменительной практике, во всех решениях государственной власти и в инициативах гражданского общества. Только в таком случае ее потенциал может быть реализован в полной мере. И только так можно достичь провозглашенных конституцией стратегических целей нашего развития». В дискуссии возникшей на конференции, Д. А. Медведев подчеркнул, «чтобы акты, которые принимаются во исполнение Конституции, судебные решения или предложения, касающиеся совершенствования правопорядка в целом, соответствовали духу и букве Конституции, и существует Конституционный Суд»¹. Именно Конституционный Суд РФ поддерживает стабильность и единообразие в применении Конституции РФ.

При осуществлении конституционного судопроизводства Суд воздерживается от установления и исследования фактических обстоятельств. В своей деятельности Конституционный Суд призван решать исключительно вопросы права.

Полномочия и содержание деятельности Конституционного Суда состоят из следующих основных направлений:

1) разрешает дела о соответствии Конституции РФ федеральных законов, нормативных актов Президента РФ, конституций республик, уставов, законов и иных нормативных актов субъектов Федерации, изданных по ограниченному кругу вопросов, договоров, заключаемых органами государственной власти РФ или субъектов Федерации, и не вступивших в силу международных договоров РФ;

2) разрешает споры о компетенции между органами государственной власти как федеральными, так и на уровне субъектов РФ;

3) проверяет по жалобам нарушение конституционных прав и свобод граждан и по запросам судов, конституционность законов, применяемых или подлежащих применению в конкретном судебном деле;

4) дает толкование Конституции РФ;

5) дает заключения о соблюдении установленного порядка выдвижения обвинения против Президента России в государственной измене или совершении иного тяжкого преступления;

¹ Президент России. Официальный сайт. URL: [http:// kremlin.ru](http://kremlin.ru)

6) выступает с законодательной инициативой по вопросам своего ведения;

7) осуществляет иные полномочия, предоставленные ему Конституцией РФ, Федеральным договором и федеральными конституционными законами.

Особенности производства дел по данным категориям закреплены в разделе III Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации».

Конституционный Суд состоит из 19 судей, назначаемых на должность Советом Федерации по представлению Президента РФ. Рассмотрение и разрешение дел Судом проходят в пленарных заседаниях и заседаниях палат. Конституционный Суд состоит из двух палат, включающих в себя соответственно десять и девять судей. В пленарных заседаниях участвуют все судьи Конституционного Суда, а в заседаниях палат – только судьи, входящие в состав соответствующей палаты.

В пленарном заседании Конституционный Суд вправе рассмотреть любой вопрос, входящий в его компетенцию. Исключительно в пленарных заседаниях Суд разрешает дела о соответствии Конституции РФ конституций республик и уставов субъектов РФ, дает толкование Конституции РФ и заключение о соблюдении порядка выдвижения обвинения против Президента России, а также решает и другие вопросы, установленные законом.

В заседаниях палат Конституционного Суда разрешаются дела, отнесенные к ведению данного органа и не подлежащие рассмотрению в пленарных заседаниях. Законодатель определил три основные группы вопросов, подлежащих разрешению, а именно: дела о соответствии Конституции РФ, споры о компетенции, жалобы на нарушение конституционных прав и свобод граждан и по запросам судов о проверке конституционности закона, примененного или подлежащего применению в конкретном деле.

Поводом к рассмотрению дела в Конституционном Суде является обращение в Суд в форме запроса, ходатайства или жалобы. Следует отметить, что ранее действовавшее законодательство предоставляло Конституционному Суду право рассмотрения вопросов по собственной инициативе. В настоящее время Суд таких полномочий не имеет.

Это вполне оправдано, поскольку обеспечивает в значительной мере принцип объективности и беспристрастности в деятельности Суда при принятии им решений.

Основанием к рассмотрению дела является обнаружившаяся неопределенность в вопросе о том, соответствует ли Конституции РФ закон, иной нормативный акт, договор между органами государственной власти, не вступивший в силу международный договор, или обнаружившееся противоречие в позициях сторон о принадлежности полномочия в спорах о компетенции, или обнаружившаяся неопределенность в понимании положений Конституции РФ, или выдвижение Государственной Думой обвинения против Президента России в государственной измене или совершении иного тяжкого преступления.

Формирование правовых позиций Конституционного Суда, отмечает Н. В. Витрук, осуществляется на основе рассмотрения конкретных дел в процедуре конституционного судопроизводства при официальном толковании Конституции РФ, при абстрактном и конкретном нормоконтроле, при разрешении споров о компетенции, при рассмотрении конституционных жалоб и т.д.¹

Рассмотрение дела по запросу, ходатайству или жалобе в Суде регулируется процедурными правилами и состоит из последовательно сменяющих друг друга стадий.

В конституционном судебном процессе можно выделить следующие стадии:

- 1) внесение обращений в Суд;
- 2) предварительное изучение обращений судьями;
- 3) принятие обращения к рассмотрению, отказ в принятии обращения к рассмотрению или отзыв обращения;
- 4) назначение и подготовка дела к судебному разбирательству;
- 5) судебное разбирательство дела;
- 6) выработка Конституционным Судом итогового решения;
- 7) провозглашение, опубликование и вступление в силу решения Суда;
- 8) исполнение решения Конституционного Суда².

Представляется, что процесс выработки правовой позиции Судом начинается со стадии назначения и подготовки дела к судебному разбирательству после того, как обращение принято к рассмотрению и дело назначено к слушанию.

¹ Витрук Н. В. Конституционное правосудие в России (1991–2001 гг.): Очерки теории и практики. Москва, 2001. С. 112.

² См. подробнее о стадиях конституционного судопроизводства: Кряжков В. А., Лазарев Л. В. Конституционная юстиция в Российской Федерации. Москва, 1998.

Это обусловливается определенными действиями, проводимыми Судом по уточнению юридически значимых обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения дела: определение конституционных и иных правовых положений, которыми следует руководствоваться; разрешение вопроса о составе лиц, участвующих в деле; определение доказательств.

Подготовительная стадия включает определение даты и времени начала слушания дела. По этому поводу принимается решение: если вопрос слушается в пленарном заседании, то всем составом Суда, а если в заседании палат, то соответствующей коллегией судей.

После подготовительной стадии следует рассмотрение дела по существу, т.е. порядок исследования собранных материалов в судебном заседании. Судебное исследование материалов начинается с сообщения судьи-докладчика, который информирует участников процесса о поводах и основаниях к рассмотрению дела, существо вопроса, содержании имеющихся материалов и мерах, предпринятых по подготовке дела к рассмотрению. По окончании выступления судье-докладчику могут быть заданы вопросы другими судьями, участвующими в рассмотрении дела.

Далее с учетом мнения сторон председательствующий по делу устанавливает порядок исследования вопросов. Сначала выступают стороны, которые дают пояснения по существу рассматриваемого вопроса и приводят правовые аргументы в обоснование своей позиции.

Практика Конституционного Суда показала, что для полноты уяснения обстоятельств рассматриваемого дела полезным является заслушивание специалистов, представителей заинтересованных государственных органов, ведомств, не являющихся сторонами по данному делу, которые высказывают свою правовую позицию, сообщают дополнительные сведения, что способствует достижению полноты и объективности подхода к оценке Конституционным Судом обстоятельств дела¹.

По окончании судебного исследования сторонам предоставляется возможность сделать заключительные выступления. Если после выступлений Суд признает необходимым выяснить дополнительные обстоятельства, имеющие существенное значение для разрешения дела или исследовать новые доказательства, он принимает решение о возобновлении рассматриваемого вопроса.

¹ Витрук Н. В. Конституционное правосудие. Москва, 1998. С. 207.

После дополнительного исследования стороны имеют право на повторные заключительные выступления, но лишь с новыми обстоятельствами и доказательствами.

В случае если Суд приходит к выводу, что оснований для постановки вопроса о выяснении дополнительных обстоятельств, имеющих существенное значение для разрешения дела, или об исследовании новых доказательств не имеется, то Суд признает исследование вопросов дела завершенным. Председательствующий в судебном заседании объявляет об окончании слушания дела. Наступает новая фаза в рассмотрении дела – выработка и вынесение итогового решения Суда. Для этого Суд удаляется в совещательную комнату безотлагательно. Решение Суда принимается в закрытом совещании.

Процесс выработки правовых позиций представляет собой определенную аналитическую работу судей по выработке единственно верного вывода по рассматриваемому делу.

Совещание судей состоит из заседаний, которые могут прерываться для отдыха, сна и по другим объективным причинам. Регламент работы заседаний определяется Судом. Совещание судей можно условно разделить на несколько стадий:

- 1) обсуждение исследованных в судебном заседании материалов дела;
- 2) голосование;
- 3) составление решения;
- 4) подписание решения.

Каждая стадия самостоятельна, требует логического завершения и перехода с одной на другую. Конечная цель данной процедуры – выработка и принятие итогового решения Конституционного Суда. Проходят через такую процедуру и принимаются все решения Конституционного Суда. Но не каждое решение Суда становится судебным прецедентом, а только такое решение, в котором содержится правовая основа или как принято называть в литературе правовая позиция.

Следует согласиться с мнением Н. В. Витрука о правовой позиции как определенного итога в деятельности Суда. В частности, он пишет: «Правовые позиции Конституционного Суда есть правовые выводы и представления Суда как результат интерпретации (толкования) Судом духа и буквы Конституции РФ и истолкования им конституционного смысла (аспектов) положений отраслевых (действующих) законов и других нормативных актов

в пределах его компетенции, которые снимают неопределенность в конкретных конституционно-правовых ситуациях и служат правовым основанием итоговых решений (постановлений) Конституционного Суда»¹.

Решение Суда провозглашается от имени Российской Федерации в открытом судебном заседании, немедленно после его подписания. Данная стадия включает провозглашение итогового решения Суда, направление его сторонам и другим заинтересованным лицам, официальное опубликование и вступление в силу.

Как правило, решение Суда провозглашается в полном объеме и включает мотивировочную и резолютивную его части. Стороны и другие органы заранее уведомляются о времени провозглашения решения.

Решение Суда, вынесенное в виде постановления или заключения, не позднее двухнедельного срока со дня его подписания направляется судьям Конституционного Суда, сторонам, Президенту РФ, Совету Федерации, Государственной Думе, Правительству РФ, Уполномоченному по правам человека, Верховному Суду РФ, Высшему Арбитражному Суду, Генеральному прокурору РФ, министру юстиции РФ.

Указанные решения могут быть также направлены другим государственным органам и организациям, общественным объединениям, должностным лицам и гражданам.

Данные судебные акты подлежат незамедлительному опубликованию в официальных изданиях: «Российской газете», «Собрании законодательства Российской Федерации», «Вестнике Конституционного Суда Российской Федерации».

Решение Конституционного Суда окончательно, не подлежит обжалованию и вступает в силу немедленно после его провозглашения. Юридическая сила решений Суда состоит в его обязательности на всей территории Российской Федерации для всех представительных, исполнительных и судебных органов государственной власти, органов местного самоуправления, предприятий, учреждений, организаций, должностных лиц, граждан и их объединений.

Применение правовых позиций Конституционного Суда в практической деятельности позволяет правильно разрешить

¹ Витрук Н. В. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации: понятие, природа, юридическая сила и значение // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 1999. № 3 (28). С. 95.

правовой спор, снять неопределенность применяемого нормативного акта.

В этой связи В. А. Туманов отмечает, что «не без основания Конституционный Суд называют "негативным законодателем". Однако он более чем таковой в той мере, в какой его решения носят характер прецедента, то есть содержат правило или указание, которому и в дальнейшем должны следовать законодательные или иные органы»¹.

В практике применения решений Конституционного Суда возникают вопросы о том, какая часть в решении Суда обладает обязательностью (прецедентностью). Законодатель по этому поводу не дал точного ответа.

Неточность формулировки об обязательной части решения Суда в законе позволяет нам отметить, исходя из практического опыта применения решений Суда, что к обязательной части можно относить как правовые выводы, правовые положения, правовые позиции, изложенные в мотивировочной части, так и окончательные выводы, изложенные в резолютивной части решения Суда.

Отчасти такая неопределенность была снята одним из решений Конституционного Суда. В своем определении Суд разъяснил: «Следует иметь в виду, что правовые позиции, содержащие толкование конституционных норм либо выявляющие конституционный смысл закона, на которых основаны выводы Конституционного Суда Российской Федерации в резолютивной части его решений, обязательны для всех государственных органов и должностных лиц (ст. 6 Федерального конституционного закона "О Конституционном Суде Российской Федерации")»².

Думается, следует также считать обязательным правовые положения, изложенные в мотивировочной части решения Суда, поскольку в этой части решения раскрываются и отражаются основные правовые понятия, принципы, положения, которые принимаются Судом как в пользу доводов заявителя, так и против заявленных доводов. Часть их трансформируется в выводах Суда и получает свое изложение уже в резолютивной части решения.

¹ Туманов В. А. Предисловие. Конституционный Суд Российской Федерации: Постановления. Определения. 1992–1996. Москва, 1997. С. 5.

² Определение Конституционного Суда РФ от 7 октября 1997 г. о разъяснении постановления Конституционного Суда РФ от 28 ноября 1996 г. по делу о проверке конституционности ст. 418 УПК РСФСР в связи с запросом Каратузского районного суда Красноярского края // Российская газета. 1997. 17 октября.

Заслуживает мнение Л. В. Лазарева об обязательной части решений Конституционного Суда. В частности, он пишет: «Обязательность решения Конституционного Суда не означает вместе с тем, что таковым является все его содержание, что оно целиком носит нормативно-прецедентный характер как источник конституционного права. Она относится, прежде всего, к резолютивной части, содержащейся в ней формулировке решения. Но обязательна и мотивировочная часть, правда, не все в ней сказанное, а то, что образует систему правовых аргументов, правовую позицию, лежащую в основе решения и выражающую правопонимание соответствующего конституционного принципа, нормы и должного конституционного содержания оспоренного правоположения»¹.

Если мы считаем, что решения Суда имеют обязательную силу, то что собой представляет обязательная часть решения, его правовая основа? В науке и литературе по этому поводу отсутствует единая точка зрения. Одни авторы отмечают, что это правовая позиция², другие относят ее к преюдиции³, третьи сторонники классического подхода и считают ее прецедентом⁴.

Каждая точка заслуживает внимания, но, как нам представляется, данное правовое явление обладает характерными признаками прецедента, поэтому его следует относить к судебному прецеденту Конституционного Суда.

Так, Н. В. Варламова отмечает: «Признав правовые позиции новым самостоятельным видом источников права Российской Федерации, мы оказываемся ничем не связанными при формировании традиции (практики) их образования и действия. Напротив, рассматривая правовые позиции в качестве разновидности судебного прецедента, придется учитывать общие закономерности,

¹ Лазарев Л. В. Конституционный Суд России и развитие конституционного права // Журнал российского права. 1997. № 11. С. 9 ; Он же. Правовые позиции Конституционного Суда России. Москва, 2008.

² Витрук Н. В. Правовые позиции Конституционного Суда РФ: понятие, природа, юридическая сила и значение // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 1999. № 3 (28).

³ Морщакова Т. Г. Разграничение компетенции между Конституционным Судом и другими судами Российской Федерации // Вестник Конституционного Суда РФ. 1996. № 6.

⁴ Гаджиев Г. А. Феномен судебного прецедента в России // Судебная практика как источник права. Москва, 2000 ; Нешатаева Т. Н. К вопросу об источниках права – судебном прецеденте и доктрине // Судебная практика как источник права. Москва, 2000.

которым подчинено его функционирование, несмотря на все своеобразие национальных правовых систем. Данный подход представляется более правильным. Если Конституционный Суд является пусть и специфическим, но органом, осуществляющим судебную власть, то и его правотворческие функции должны реализоваться в присущей судам форме судебного прецедента»¹. Поэтому следует исходить из общей теории права, которая признает одним из источников права судебный прецедент (не важно основной источник или дополнительный).

Данная точка зрения основана на фактическом и практическом существовании судебного прецедента в правовой системе России. В первую очередь это проявляется в решениях Конституционного Суда Российской Федерации.

В. В. Лазарев считает, что Конституционный Суд РФ официально и законно создает судебный прецедент в Российской Федерации, т.е. является в определенном отношении своего рода субъектом правотворчества².

Поддерживая данную позицию, М. В. Баглай пишет: «К числу источников конституционного права относятся постановления Конституционного Суда Российской Федерации. Хотя с формальной точки зрения Конституционный Суд не относится к числу правотворческих органов, акты которого по юридической силе стояли бы выше актов парламента и Президента, но по существу он таковым является»³.

Следует согласиться с А. Х. Саидовым в том, что Россия в отличие от стран англо-американской правовой системы пойдет своим путем в деле становления актов судебной власти в качестве источника права. Так, в настоящее время многие решения

¹ Варламова Н. В. Правовые позиции Конституционного Суда РФ: юридическая природа, техника выявления и проблемы имплементации в правовую систему // Проблемы исполнения федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов Российской Федерации решений Конституционного Суда РФ и конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации : материалы Всерос. совещания (Москва, 22 марта 2001 г.) / под ред. М. А. Митюкова, С. В. Кабышева и др. Москва, 2001. С. 141.

² Общая теория права и государства / под ред. В. В. Лазарева. Москва, 1999. С. 194 ; Топорнин Б. Н. Система источников права: тенденции развития. Москва, 2000. С. 41.

³ Баглай М. В. Конституционное право Российской Федерации. Москва, 1998. С. 27.

Конституционного Суда России по существу являются источником права¹.

Теоретические выводы находят свое подтверждение в практической деятельности Конституционного Суда РФ. Приведем ряд решений Суда, содержащих прецедентно-правовую основу.

Так, постановлением Конституционного Суда РФ от 14 января 1992 г. по делу о проверке конституционности Указа Президента РСФСР от 19 декабря 1991 г. «Об образовании Министерства безопасности и внутренних дел РСФСР»² Указ Президента был признан Судом не соответствующим Конституции РСФСР. Правовая основа решения состояла в том, что был нарушен конституционный принцип разделения властей на законодательную, исполнительную и судебную, а также закрепленного Конституцией РСФСР разграничения компетенции между высшими органами государственной власти и управления Российской Федерации. В результате чего это единое министерство было расформировано.

Данным постановлением, отмечают В. А. Ржевский и Н. М. Чепурнова, был создан важный прецедент по решению вопросов о неправомерности использовать главой исполнительной власти (при отсутствии чрезвычайных ситуаций) предоставленные ему права, если они нарушают конституционные полномочия высших органов законодательной власти, поскольку это прямо противоречит конституционному принципу разделения властей³.

На основе этого судебного прецедента были решены некоторые другие дела Конституционным Судом РФ⁴.

В области защиты прав и свобод человека и гражданина Конституционным Судом выработан не один судебный прецедент о защите прав граждан от нарушений некоторых статей законов (ГПК РСФСР, УПК РСФСР, КЗоТ РСФСР, КоАП РСФСР, ЖК РСФСР и др.). В таких случаях А. В. Наумов пишет: «Суд обязан вынести решение на основании решения Конституционного Суда, т.е. прецедент Конституционного Суда приобретает легально-официальное значение»⁵.

¹ Саидов А. Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности) / под ред. В. А. Туманова. Москва, 2000. С. 380.

² Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1992. № 6. Ст. 247.

³ Ржевский В. А., Чепурнова Н. М. Судебная власть в Российской Федерации: конституционные основы организации и деятельности. Москва, 1998. С. 67–68.

⁴ Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1992. № 21. Ст. 1141 ; 1993. № 9. Ст. 344 и др.

⁵ Наумов А. В. Судебный прецедент как источник уголовного права // Российская юстиция. 1994. № 1. С. 11.

Одним из примеров может служить постановление Конституционного Суда РФ от 23 июня 1995 г. о проверке конституционности ч. 1 и п. 8 ч. 2 ст. 60 Жилищного кодекса РСФСР в связи с запросом народного суда и жалобами граждан¹. Основанием к рассмотрению данного дела послужило то, что граждане, осужденные к лишению свободы на срок свыше шести месяцев, утрачивали право на жилое помещение.

Тем самым Конституционный Суд в мотивировочной части своего решения, выработал прецедентное положение, состоящее в том, что содержание п. 8 ч. 2 ст. 60 ЖК РСФСР, фактически вводящее не предусмотренное уголовным законодательством дополнительное наказание в виде лишения жилплощади, приводит к дискриминации в жилищных правах отдельных категорий граждан по признаку наличия у них судимости и в силу этого нарушает гарантируемый государством принцип равенства прав и свобод человека и гражданина. Суд признал эту норму не соответствующей Конституции и определил, что временное отсутствие гражданина (нанимателя жилого помещения или членов его семьи), в том числе в связи с осуждением к лишению свободы, само по себе не может служить основанием лишения права пользования жилым помещением.

Данный судебный прецедент Конституционного Суда непосредственно применялся правоприменительными органами и судами при возникновении аналогичных ситуаций, поскольку законодателем пробел урегулирован был только в апреле 2001 г.²

Конституционный Суд защищает интересы граждан и тогда, когда законодательный акт субъекта Федерации нарушает права собственников.

Так, согласно Закону г. Москвы «Об основах платного землепользования в городе Москве» от 16 июля 1997 г. гражданин, живущий в пределах кольцевой автодороги, не может владеть участком более 6 соток, а тем, кто проживает за кольцевой автодорогой, но в пределах г. Москвы, устанавливается 12 соток. Имеющиеся излишки земли у таких граждан предложено было передать городу либо арендовать по цене 1 тыс. руб. за одну сотку в квартал.

В суды г. Москвы стали поступать многочисленные жалобы на неправомерность закона, но только 87-летней Т. В. Близинской

¹ Конституционный Суд РФ. Постановления. Определения. 1992–1996. С. 349.

² Собрание законодательства РФ. 2001. № 17. Ст. 1647.

из Косино удалось дойти до высшей судебной инстанции. Она владела домом и земельным участком 22 сотки, полученным ее семьей в 1824 г. Суды низших инстанций принимали решения против нее, мотивируя тем, что отъем земли идет по закону. Пенсионерка вынуждена была обратиться с жалобой в Конституционный Суд. Дело разрешилось в пользу пенсионерки¹.

Постановлением Конституционного Суда РФ от 13 декабря 2001 г. о проверке конституционности ч. 2 ст. 16 Закона г. Москвы «Об основах платного землепользования в г. Москве» в связи с жалобой Т. В. Близинской положения оспариваемого закона были признаны не соответствующими Конституции РФ, а ранее принятые судебные решения подлежат пересмотру в установленном порядке.

В своем постановлении Суд последовал ранее принятым постановлениям от 16 июня 1998 г. и 11 апреля 2000 г. Такая позиция Суда была обусловлена юридической природой решений Конституционного Суда, являющихся единственными судебными актами, которые лишают противоречащие Конституции РФ нормы юридической силы и, следовательно, обеспечивают единообразное применение конституционных положений.

Данный судебный прецедент получил распространение и на других участников правоотношений, чьи права были нарушены столичным законом.

Не менее важный прецедент был создан Конституционным Судом в отношении конфискации. В рамках административного и таможенного кодексов допускалась конфискация определенных предметов (оружия, транспорта и д.р.) административными органами.

Конституционный Суд РФ рассмотрел дело о проверке конституционности ст. 266 Таможенного кодекса РФ, ч. 2 ст. 85, ст. 222 Кодекса РСФСР об административных правонарушениях по жалобам граждан. Постановлением Конституционного Суда от 11 марта 1998 г. данные статьи кодексов были признаны не соответствующими Конституции РФ, поскольку конфискация допускается только в судебном порядке². Данный прецедент будет использован Судом при рассмотрении другого дела.

Конституционным Судом были пересмотрены отдельные статьи уголовно-процессуального кодекса РСФСР и выработаны

¹ Российская газета. 2001. 25 декабря.

² Российская газета. 1998. 26 марта.

правовые позиции¹. Каждое решение Суда, содержащее правовые позиции, стало судебным прецедентом и непосредственно применялось в деятельности следственных и судебных органов.

Уникальным по своей значимости является постановление Конституционного Суда от 5 июля 2001 г. по делу о проверке конституционности постановления Государственной Думы от 28 июня 2000 г. № 492 «О внесении изменения в постановление Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации "Об объявлении амнистии в связи 55-летием Победы в Великой Отечественной войне 1941–1945 годов"» в связи с запросом Советского районного суда г. Челябинска и жалобами ряда граждан².

Конституционный Суд признал не соответствующим Конституции РФ оспариваемый нормативный акт Государственной Думы, поскольку имели место нарушения процедуры принятия акта об амнистии от 26 мая 2000 г. во втором чтении, когда условия распространения амнистии на лиц, награжденных орденами и медалями, в противоречие общей концепции акта не были увязаны с тяжестью преступлений. В ходе принятия постановления от 28 июня 2000 г. также были нарушены требования Конституции РФ.

В постановлении Суд сформулировал правовые позиции, положение которых сводилось к тому, что вследствие предпринятого Государственной Думой дополнительного регулирования правовой статус лиц, подлежавших ранее амнистии, фактически мог быть не восстановлен и в связи с теми или иными субъективными, находящимися вне контроля обстоятельствами правоприменительной деятельности, что недопустимо с точки зрения требований законности, справедливости и соразмерности в правовом государстве, в соответствии с которыми Государственная Дума, руководствуясь ст. 19 и 21 Конституции РФ, напротив, должна исключить возможность какого-либо произвольного применения нормативных предписаний.

Суд признал, что в результате лица, чье правовое положение полностью зависело от государства, которое первоначально

¹ Деятельность Конституционного Суда РФ в цифрах (ноябрь 1991 г. – июль 2001 г.) // Российская юстиция. 2001. № 10 ; Ковтун Н. Н. Постановления Конституционного Суда РФ по уголовно-процессуальным вопросам: проблемы законодательной техники и практического применения // Государство и право. 2001. № 11. С. 99–106.

² Российская газета. 2001. 18 июня.

предоставило им право на восстановление правового статуса, а затем — вследствие несвоевременного устранения дефектов собственного правового акта — лишило их возможности воспользоваться амнистией, претерпели излишние, не обусловленные целями уголовной ответственности и назначенным наказанием страдания, что противоречит содержащемуся в Конституции РФ запрету унижающего человеческое достоинство обращения со стороны государства и его органов по отношению к любому лицу.

Таким образом, Суд установил за лицами, которые не воспользовались актом амнистии, право на возмещение ущерба. Тем самым создан судебный прецедент, устанавливающий ответственность за незаконно принятый Государственной Думой нормативно-правовой акт.

В полномочия Суда входит толкование Конституции РФ. Такое право предоставлено только Конституционному Суду и накладывает на него большую ответственность в выработке прецедента.

Толкование Конституции РФ Конституционным Судом Российской Федерации, пишет В. Т. Кабышев, приобрело системный характер и имеет огромное значение, прежде всего для правореализационного процесса. Но толкование Конституции — это и дальнейшее развитие доктрины российского конституционализма во всех его ипостасях¹.

Т. Я. Хабриева отмечает, что толкование Конституции Конституционным Судом состоит в преодолении в рамках установленных законом процедур и на основе использования всех известных науке приемов и способов, неопределенности понимания Основного закона или соотносимых с ним правовых норм, в казуальной или нормативной объективации подлинного их содержания с целью обеспечения конституционной законности и поддержания надлежащего конституционного правопорядка.

Результатом толкования Конституции становится решение Суда, которое как прецедент толкования имеет значение не только для участников дела, но и для других субъектов².

¹ Кабышев В. Т. Российский конституционализм на рубеже тысячелетий // Правоведение. 2001. № 4. С. 65.

² Хабриева Т. Я. Толкование Конституции Российской Федерации: теория и практика. Москва, 1998. С. 72–73, 173 ; Кутафин О. Е. Предмет Конституционного права. Москва, 2001.

Судебное правотворчество, считает А. Барак, толкует законодательный акт и становится его частью. Его статус в нормативной иерархии равен статусу толкуемого им законодательного акта. Судебное правотворчество, проистекающее из толкования конституции, имеет то же нормативное положение, что и сама конституция, и только изменение конституции или самого судебного правила может это изменить¹.

Это еще раз подтверждает, что судебный прецедент толкования, созданный Конституционным Судом, дополняет своим содержанием конституционную норму и создает возможность для более точного и однообразного применения в спорных случаях.

В прецедентах толкования Конституции имеет содержательное значение не только постановляющая, но и мотивировочная часть решения. В этом полезными оказываются мнения судей, дополняющие мотивировку постановления.

Как отмечалось выше, решения Конституционного суда РФ обязательны на всей территории России, для всех органов и должностных лиц.

В рамках судебной реформы внесены изменения в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации», законодатель ввел порядок устранения пробела в случае признания закона не соответствующим Конституции РФ и сроки, в течение которых должностные лица должны внести проект нового нормативного акта. До принятия нового нормативного акта непосредственно применяется Конституция РФ². Но законодатель не всегда торопится ликвидировать дисквалифицированную правовую норму. Практически в таких случаях правоприменительные органы обращаются не только к Основному закону, но и к правовым позициям (прецедентам) Конституционного Суда, которые становятся дополнительным регулятором, связывающим звеном между конституционной нормой и спорными отношениями.

Примером могут служить постановления Конституционного Суда РФ от 14 апреля 2008 г. и от 30 июня 2011 г., которыми признана не соответствующей Конституции РФ ст. 1 ФЗ «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» в той части, в какой ограничивается право граждан на регистрацию по месту жительства в пригодном для проживания

¹ Барак А. Судейское усмотрение. Москва, 1999. С. 138.

² Российская газета. 2001. 20 декабря.

жилом строении, расположенном на садоводческом земельном участке. В постановлении сформулирован механизм реализации прав граждан на регистрацию в жилом строении, а именно до принятия соответствующих нормативных актов признание жилых строений пригодными для проживания может осуществляться судами общей юрисдикции в порядке установления фактов, имеющих юридическое значение, а регистрация проводится уполномоченными органами в данном жилом строении¹. Правовые позиции, закрепленные в постановлениях Суда, распространяются на неопределенный круг лиц, которые попали в сходную ситуацию, и подлежат обязательному применению в случае обращения граждан в суд с заявлением об установлении юридического факта и спора о регистрации.

«Судьи, – пишет В. И. Анишина, – разрешая конкретные дела, вынуждены восполнять пробелы и разрешать противоречия действующего законодательства, создавая при этом новое судебное право. Важнейшим источником в этом процессе являются решения и правовые позиции Конституционного Суда. Думается, наступил момент, когда требуется официальное признание судебного правотворчества как необходимого способа формирования правовых норм, на основе которых смогут разрешаться не только одно конкретное дело, но и другие аналогичные дела»².

Председатель Конституционного Суда РФ В. Д. Зорькин справедливо отметил о необходимости применения судами постановлений Конституционного Суда, «если парламент не исправил закон, суды должны принимать такие дела к производству и пересматривать их, исходя из требований Конституции и с учетом соответствующих постановлений Суда, иначе мы лишим граждан доступа к правосудию»³.

Следовательно, мы имеем ситуацию, когда практически применяются Конституция РФ и правовые позиции (прецеденты) Конституционного Суда РФ, которые совместно ликвидируют пробел в законодательстве, заполняют правовой вакуум своим нормативно-правовым содержанием, регулируя тем самым определенный круг общественных отношений.

¹ Российская газета. 2008. 26 апреля ; 2011. 8 июля.

² Анишина В. И. Правовые позиции Конституционного Суда России // Российская юстиция. 2000. № 7. С. 12.

³ Закон прав // Российская газета. 2008. 12 декабря.

4.2. Судебная практика Верховного Суда РФ

Верховный Суд РФ в судебной системе России есть высший орган судебной власти для судов общей юрисдикции. В своей деятельности Верховный Суд руководствуется Конституцией РФ и нормативными актами, регулирующими его деятельность.

Согласно ст. 126 Конституции РФ Верховный Суд Российской Федерации является высшим судебным органом по гражданским, уголовным, административным и иным делам, подсудным судам общей юрисдикции, осуществляет в предусмотренных федеральным законом процессуальных формах судебный надзор за их деятельностью и дает разъяснения по вопросам судебной практики.

Конституционные полномочия Верховного Суда России закреплены в таких нормативных актах, как Федеральный конституционный закон «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации» от 7 февраля 2011 г.¹ и Федеральный конституционный закон «О судебной системе Российской Федерации» от 31 декабря 1996 г.²

Верховный Суд действует в составе: Пленума Верховного Суда, Президиума Верховного Суда, Апелляционной коллегии, Судебных коллегий по административным, гражданским и уголовным делам, Военной коллегии.

Судебная практика Верховным Судом создается по нескольким направлениям. Во-первых, Пленум Верховного Суда дает судам общей юрисдикции разъяснения по вопросам применения законодательства Российской Федерации в целях обеспечения единства судебной практики. Во-вторых, Президиум Верховного Суда в соответствии с федеральными законами и в целях обеспечения единства судебной практики и законности проверяет в порядке надзора, в порядке возобновления производства по новым и вновь открывшимся обстоятельствам вступившие в силу судебные акты, рассматривает материалы по результатам изучения и обобщения судебной практики, анализа судебной статистики. В-третьих, судебные коллегии Верховного Суда при рассмотрении дел вырабатывают судебную практику единообразного применения законодательства, а также изучают и обобщают судебную практику по ранее рассмотренным делам.

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. 2011. № 7. Ст. 898.

² Российская газета. 1997. 6 января.

Каждое направление Верховного Суда в создании единства судебной практики имеет свою специфическую особенность. Основной целью такой деятельности Верховного Суда становятся выработка наиболее точных рекомендаций для единообразного применения действующего законодательства судами общей юрисдикции и правоохранительными органами, выработка определенной процессуальной процедуры, восполнение и преодоление пробела в законе, толкование и разъяснение нормативного акта, применяемого судами.

Более точно и широко деятельность судебных органов по формированию судебной практики раскрыта В. Н. Карташовым. Так, он пишет: «Формирование судебной практики происходит на всех уровнях судебной системы и начинается обычно в процессе разрешения конкретных дел, когда осуществляются скрупулезный анализ фактических обстоятельств, уяснение нормативной основы применения, конкретизация права, юридическая оценка и квалификация ситуации. Накопление опыта здесь идет вначале в правосознании судьи, объективируясь в мотивировочной части решения по делу, в акте применения права. При разрешении однородной группы дел этот опыт постепенно "вызревает", обогащается, получает проверку в реальной жизни, вырабатываются положения, служащие судье своеобразным ориентиром, "путеводителем" в его деятельности».

Далее автор отмечает, что «существенное значение имеют те положения, которые закрепляются в принципиальных решениях по конкретным делам судов разных уровней либо в руководящих разъяснениях Пленума Верховного Суда СССР и Пленумов Верховных судов союзных республик.

Правоположения и прецеденты толкования, закрепленные в руководящих разъяснениях Пленумов, вырабатываются на уровне обобщения судебной практики. Являясь обязательными для судебных органов, они определяют направление судебной практики, правильное, единообразное и наиболее оптимальное толкование, конкретизацию норм, восполнение пробелов в той или иной отрасли права»¹. Данный механизм формирования судебной практики свойственен и для современных судебных органов, которые (относится только к высшим судебным органам) осуществляют также функцию судебного нормотворчества.

¹ Карташов В. Н. Применение права. Ярославль, 1980. С. 67.

Тем не менее в настоящее время, как отмечает В. Н. Синюков, Конституция и законодательство Российской Федерации официально не признают правотворческой роли судебной практики, и последняя не рассматривается в качестве источника российского права. Правда, такую роль она не может не играть фактически, заполняя своими решениями многие пробелы законодательства, его неясности и двусмысленности. Решения и постановления Конституционного Суда России, Пленумов Верховного Суда, Высшего Арбитражного Суда служат ориентирующим для судов фактором, подчас не менее императивным, чем формальные установления законодательства¹.

Судебная практика Верховным Судом создается на основе изучения и обобщения рассмотренных дел, а также в ходе рассмотрения конкретных дел. Это позволяет более оперативно урегулировать спорные общественные отношения, своевременно сигнализировать о неблагополучии дел в связи с применением закона, выработать рекомендации единообразного применения судами нормативных актов, информировать о некоторых аспектах работы судебного органа, проводить профилактические мероприятия по установленным нарушениям в ходе обобщения и рассмотрения дел.

Также создается судебная практика на основе изучения и обобщения рассмотренных дел судами, начиная с мировых судей, районных судов, областных, краевых, республиканских судов, и Верховным Судом РФ. На каждом судебном уровне происходит изучение и обобщение рассмотренных судом дел определенной категории, которые вызывают профессиональный интерес судей для правильного и единообразного применения законодательства, выявления недостатков процессуальной процедуры, нарушений материального и процессуального права и т.д.²

Обобщенная судебная практика судов общей юрисдикции служит ориентиром для единообразного понимания и применения законодательства при рассмотрении спорных казусов. Судебная практика материализуется в справках, информационных письмах,

¹ Синюков В. Н. Российская правовая система. Москва, 2010. С. 491–492.

² Поспелова З. М. Вопросы обобщения судебной практики // Аппарат суда: организация работы в современных условиях / отв. ред. Н. В. Радутная. Москва, 1998. С. 64–71 ; Она же. Рекомендации по организации и методике изучения и обобщения судебной практики. Москва, 1987 ; Карташов В. Н. Обобщение юридической практики. Ярославль, 1991.

обзорах, утверждается президиумами судов (областным, краевым, республиканским и Верховным Судом РФ) и имеет убеждающую силу для судей в правоприменительном процессе.

Иное дело, когда изучение и обобщение судебной практики проводится для подготовки Пленума Верховного Суда, обобщенные результаты выносятся на заседание Пленума. До принятия Пленумом постановлений с разъяснениями по конкретной категории дел проводится определенная работа по изучению данных судебной статистики и сбору необходимых материалов как непосредственно в Верховном Суде РФ, так и в нижестоящих судах. В ходе такой подготовки запрашиваются справки по результатам обобщения судебной практики из Верховных судов республик, краевых, областных и соответствующих им судов.

Кроме этого, обращается внимание на возникшие у судов вопросы по применению законодательства и ошибки, допускаемые при рассмотрении конкретной категории дел.

Собранные в процессе подготовки материалы обобщаются для разработки первоначального варианта проекта постановления Пленума с привлечением специалистов соответствующих министерств, ведомств, а также ученых-правоведов. Это необходимо для выработки правоположений и разъяснений по наиболее важным вопросам, от которых зависит качество осуществления правосудия по той или иной категории дел. Подготовленный проект рассылается в нижестоящие суды для получения отзывов на него. Также проект постановления обсуждается в судебных коллегиях Верховного Суда РФ, на заседании Научно-консультативного совета при Верховном Суде РФ, после этого проект дорабатывается с учетом поступивших поправок.

В ходе такой работы часто уточняется содержание предложенных правоположений, разъяснений законодательства, по результатам которых возникает необходимость в подготовке новых вариантов проекта. После проведенной подготовительной работы проект выносится на Пленум.

В ходе заседания Пленума заслушиваются и обсуждаются позиции практических работников, ученых по каждому пункту постановления, в том числе спорные вопросы применения материального и процессуального права, устранения пробелов в праве и способы их преодоления, предлагаются толкование и конкретизация обсуждаемой нормы права и т.д. На этом же заседании Пленума образуется редакционная комиссия из числа его членов

и иных участников обсуждения, которая дорабатывает проект с учетом высказанных предложений и замечаний и выносит окончательный проект на Пленум для голосования.

Принятию постановления предшествуют выступления Министра юстиции РФ, Генерального прокурора РФ и членов Пленума по существу доработанного проекта, и только после этого он принимается путем голосования по каждому его пункту. По результатам голосования постановление Пленума Верховного Суда считается принятым и подлежит опубликованию.

В том случае если обсуждаемый вопрос охватывает интересы арбитражных судов, подготовка проводится совместно и ее результаты выносятся на совместное заседание Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ, по итогам которого совместный Пленум принимает общее постановление.

Постановления Пленума Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда становятся обязательными для судов, других органов и должностных лиц, применяющих закон.

Обязательность обусловлена тем, что в случае игнорирования постановления Пленума при рассмотрении дела решение суда может быть отменено вышестоящей судебной инстанцией. В таких случаях судебная практика постановлений Пленума Верховного Суда России служит для судов дополнительным источником права в силу ее обязательности применения при рассмотрении дел определенной категории.

Приведем ряд примеров судебной практики постановлений Пленума Верховного Суда, поскольку ее игнорирование неминуемо приводит к принятию ошибочных судебных решений и, как следствие, влечет их отмену.

В Конституции РФ закреплено, что каждый имеет право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений и ограничение этого права допускается только на основании судебного решения (ст. 23). Конституцией также гарантирована неприкосновенность жилища, поэтому никто не вправе проникать в жилище против воли проживающих в нем лиц иначе как в случаях, установленных федеральным законом или на основании судебного решения (ст. 25).

Эти новые для отечественного законодательства положения, установившие судебный контроль за действиями, нарушающими конституционные права граждан, вызвали определенные трудности у судов в их практическом применении.

Во избежание разнобоя в применении указанных норм Конституции РФ Пленум Верховного Суда России принял 24 декабря 1993 г. постановление № 13 «О некоторых вопросах, связанных с применением ст. 23 и 25 Конституции Российской Федерации», которым сформулировал правовые положения и дал разъяснения: как должен действовать судья при поступлении к нему материалов на ограничение прав, какое выносится судьей решение¹.

В частности, Пленум разъяснил, что материалы, подтверждающие необходимость ограничения прав, указанных в ст. 23 и 25 Конституции, предоставляются судье уполномоченными на то органами и должностными лицами. По результатам рассмотрения материалов судьей выносится мотивированное постановление о разрешении провести оперативно-розыскные или следственные действия, связанные с ограничением права на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, с проникновением в жилище, либо отказывает в этом. В случае если судья не дал разрешения на проведение указанных действий, уполномоченные на то органы вправе обратиться по тому же вопросу в вышестоящий суд.

При рассмотрении таких материалов судьи непосредственно руководствуются данным постановлением как источником права и выработанной Пленумом судебной процедурой с учетом того, что в этой части законодатель так и не внес изменения в УПК РСФСР.

В качестве примера одного из источников права можно привести постановление Пленума Верховного Суда РФ, восполняющее пробел в законодательстве по вопросу о реализации права на судебную защиту военнослужащих, поскольку на практике возникла проблема с обеспечением судебной защиты лиц данной категории от нарушений их прав со стороны органов военного управления и воинских должностных лиц.

Отраслевое законодательство в тот период не регулировало отношения, связанные с реализацией этого права военнослужащими с учетом специфики воинской службы. В законе не были определены суды, компетентные рассматривать жалобы военнослужащих на действия органов военного управления и воинских должностных лиц, и порядок рассмотрения таких жалоб.

Военные суды в соответствии с действующим тогда законодательством рассматривали лишь уголовные дела (как исключение

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 1994. № 3.

гражданские дела они рассматривали лишь в тех местностях, где не было народных судов), а рассмотрение народными судами дел такой категории было затруднительно в связи со спецификой и особенностями дислокации воинских частей.

Данная проблема была решена Пленумом Верховного Суда на основании прямого применения (ст. 63 действовавшей тогда Конституции РФ в редакции от 21 апреля 1992 г.) ст. 46 Конституции РФ от 12 декабря 1993 г. В постановлении от 18 ноября 1992 г. № 14 «О судебной защите прав военнослужащих от неправомерных действий органов военного управления и воинских должностных лиц» (в редакции постановления Пленума Верховного Суда РФ от 21 декабря 1993 г. № 11) Пленум разъяснил, что каждый военнослужащий имеет право обжаловать указанные действия в военные суды, которые рассматривают дела по жалобам военнослужащих применительно к правилам, установленным Законом РФ от 27 апреля 1993 г. «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан» и главами 22, 24.1 ГПК РСФСР¹.

Данное постановление, по нашему мнению, является источником права, так как положило начало функционирования в Вооруженных Силах РФ права военнослужащих на судебную защиту. Впервые были поставлены под судебный контроль действия и решения органов военного управления и воинских должностных лиц, военные суды наделялись полномочиями рассматривать гражданские дела по жалобам военнослужащих, и был определен порядок рассмотрения дел такой категории.

Значение постановлений Пленума возросло особенно с принятием Конституции РФ 1993 г. Это объясняется тем, что впервые в нашем государстве Конституция принята в качестве акта высшей юридической силы, который фактически имеет прямое действие и подлежит непосредственному применению на всей территории России (ст. 15). Поэтому станет ли Конституция РФ фактически актом высшей юридической силы или останется формальным, декларативным документом, во многом зависит от судов.

В связи с этим в практике судов возник вопрос об обеспечении непосредственного применения Конституции РФ в случаях противоречия ей федерального закона или других нормативно-правовых актов.

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 1993. № 1.

Данный вопрос был разрешен постановлением Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия»¹. Пленум сформулировал ряд принципиально важных положений, имеющих обязательное применение.

Так, суды обязаны обеспечивать надлежащую защиту прав и свобод человека и гражданина путем своевременного и правильного рассмотрения дел. При рассмотрении дел судам следует оценивать содержание закона или иного нормативного правового акта, регулирующего рассматриваемые судом правоотношения на предмет соответствия Конституции РФ, и во всех необходимых случаях (при наличии противоречия или пробела в законодательстве) применять Конституцию РФ в качестве акта прямого действия.

В случае неопределенности в вопросе о том, соответствует ли Конституции РФ примененный или подлежащий применению по конкретному делу закон, суд обращается с запросом о конституционности этого закона в Конституционный Суд России, а производство по делу приостанавливается до разрешения запроса в Конституционном Суде².

При рассмотрении дел, вытекающих из жилищных правоотношений, Пленум отметил, что судам необходимо учитывать, что Конституция РФ предоставила каждому, кто законно находится на территории Российской Федерации, право свободно передвигаться, выбирать место пребывания и жительства, а также гарантировала право на жилище (ч. 1 ст. 27, ч. 1 ст. 40).

Исходя из этих положений Конституции, следует иметь в виду, что отсутствие прописки либо регистрации, заменившей институт прописки, само по себе не может служить основанием для ограничения прав и свобод человека, включая и право на жилище.

Значимость этого постановления Пленума как источника права заключается в том, что оно устанавливает механизм прямого применения судами Конституции РФ в ходе рассмотрения уголовных и гражданских дел.

В связи с изменением экономического строя и переходом на рыночные отношения в стране неизбежно проходят инфляционные

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 1996. № 1.

² Анишина В. И. Запрос суда в Конституционный Суд РФ. Москва, 2002.

процессы, стоимость товара изменяется в сторону увеличения. Если стоимость похищенного имущества определялась на момент совершения преступления, то при рассмотрении дела в судебном заседании и взыскании материального ущерба с виновных лиц стоимость оставалась прежней, без учета ее стоимости на момент рассмотрения дела.

Тем самым потерпевшему от преступления практически взыскивалась стоимость похищенного в значительно меньшем размере, чем была на день рассмотрения дела. С целью недопущения нарушений имущественных прав потерпевшей стороны, пострадавшей от преступления, Пленум Верховного Суда РФ принял постановление № 5 от 25 апреля 1995 г. «О некоторых вопросах применения судами законодательства об ответственности за преступления против собственности»¹.

Пленум выработал правовое положение следующего содержания: «При определении размера материального ущерба, наступившего в результате преступного посягательства, необходимо учитывать стоимость имущества на день рассмотрения решения о возмещении вреда с последующей индексацией на момент исполнения приговора» (п. 6).

Данным постановлением суды обязаны руководствоваться при рассмотрении гражданского иска в уголовном деле, а в случае игнорирования решение суда в этой части признается незаконным и подлежит отмене. Созданная судебная практика позволила защитить интересы потерпевших и реально взыскивать стоимость похищенного имущества на день принятия решения.

На основе сложившейся судебной практики законодатель только в августе 2000 г. внес изменения в гражданско-процессуальный кодекс, дополнил его ст. 207-1 «Индексация взысканных судом денежных сумм»².

Необходимо также отметить, что постановления Пленума Верховного Суда РФ могут основываться на прецедентах Конституционного Суда РФ.

Так, например, на основе постановления Конституционного Суда РФ от 11 апреля 2000 г. и вопросов, возникших в судебной практике, Пленум Верховного Суда РФ принял постановление № 19 от 25 мая 2000 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые постановления Пленума Верховного Суда РФ».

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 1995. № 7.

² Российская газета. 2000. 15 августа.

В постановлении определена подведомственность дел судам, даны дефиниции, что следует понимать под нормативным правовым актом, под правовым актом и как должен быть изложен вывод суда в резолютивной части решения. Данное постановление урегулировало порядок рассмотрения судами дел по заявлениям прокуроров о признании правовых актов противоречащим закону и имело обязательную силу для судов¹. В дальнейшем Пленум ВС РФ принял новое постановление от 29 ноября 2007 г. «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов полностью или в части», в котором судам даны разъяснения о применении глав 24, 25 ГПК РФ².

Уникальным с точки зрения теории права является постановление Пленума Верховного Суда от 8 декабря 1999 г. № 84 «О практике применения судами законодательства, регламентирующего направление уголовных дел для дополнительного расследования»³.

Данное постановление Пленума выработано на основе прецедентного постановления Конституционного Суда от 20 апреля 1999 г., которым признаны не соответствующими Конституции РФ положения пп. 1 и 3 ч. 1 ст. 232 и ч. 1 ст. 258 УПК РСФСР, возлагающие на суд обязанность возвращать дело для дополнительного расследования⁴.

Пленум Верховного Суда последовал обязательному судебному прецеденту Конституционного Суда, тем самым практически доказал существование и соблюдение принципа обязательности судебного решения, являющегося прецедентом, принятого высшей судебной инстанцией.

В постановлении Пленум подчеркнул, что при рассмотрении уголовных дел суд осуществляет исключительно функцию правосудия и не вправе подменять государственные органы и должностных лиц, формулирующих и обосновывающих обвинение. Тем самым был реализован конституционный принцип состязательности и равноправия сторон в уголовном судопроизводстве. Принятый новый УПК РФ исключил институт доследования и ввел в уголовный процесс принцип состязательности сторон.

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2000. № 7.

² Бюллетень Верховного Суда РФ. 2008. № 1.

³ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2000. № 2.

⁴ Российская газета. 1999. 27 апреля.

Судебная практика, создаваемая судами при рассмотрении дел, вскрывает несовершенство законодательства, которое нарушает права и свободы граждан, становится своего рода «лакмусовой бумагой», сигнализатором неблагополучия при рассмотрении дел и применении законодательства.

Примером может служить постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2001 г. № 12 «О вопросе, возникшем при применении Федерального закона "Об акционерных обществах"»¹. Пленум Верховного Суда руководствовался тем, что при запрете проводить собрание по иску одного из акционеров неизбежно нарушаются права других акционеров. Поэтому при рассмотрении дел об обжаловании решений органов управления акционерного общества судья или суд не вправе запрещать проведение общего собрания акционеров, поскольку это противоречит ст. 31 Конституции РФ, гарантирующей гражданам Российской Федерации право собираться мирно, без оружия, проводить собрания и демонстрации, шествия и пикетирования, а также нарушает право акционеров, не обжалующих решений органов управления акционерного общества, на участие в общем собрании акционеров.

Теперь акционер сможет добиться признания проведения собрания незаконным только после того, как само собрание состоялось, и нарушение его прав будет установлено в судебном порядке.

Верховный Суд РФ в пределах своих полномочий рассматривает дела в качестве суда первой и второй инстанций, в порядке надзора и по вновь открывшимся обстоятельствам, дает разъяснения по вопросам судебной практики.

Судебная практика, создаваемая Президиумом Верховного Суда, Апелляционной коллегией, Судебными коллегиями по административным, уголовным и гражданским делам, Военной коллегией, при рассмотрении конкретных дел имеет большое значение и зачастую выступает источником права.

Президиум Верховного Суда РФ в пределах своих полномочий рассматривает дела в порядке надзора и по вновь открывшимся обстоятельствам; рассматривает материалы изучения и обобщения судебной практики, оказывает помощь нижестоящим судам в правильном применении законодательства и решает другие вопросы, предоставленные ему законом.

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2001. № 12.

Судебная практика, создаваемая Президиумом Верховного Суда по некоторым делам имеет прецедентный характер и становится источником права для судов общей юрисдикции при рассмотрении конкретных дел.

Так, Президиум Верховного Суда РСФСР принял постановление от 1 ноября 1991 г. по протесту Председателя Верховного Суда РСФСР, которое имело большое значение для формирования судебной практики и защиты прав человека на свободу и личную неприкосновенность¹.

Сущность данного постановления сводилась к следующему. Гражданин Г. был арестован с санкции прокурора в связи с привлечением к уголовной ответственности. Его адвокат подал в Верховный Суд жалобу на необоснованное избрание меры пресечения, ссылаясь на ст. 15 Декларации прав и свобод человека².

Постановлением судьи Верховного Суда РСФСР рассмотрение жалобы было отложено до урегулирования вопроса о порядке ее рассмотрения в уголовно-процессуальном законодательстве.

Президиум Верховного Суда РСФСР это постановление отменил и указал, что в соответствии со ст. 2 Декларации прав и свобод человека положения Декларации имеют прямое действие и обязательны к исполнению всеми государственными органами, должностными лицами, общественными организациями, гражданами. Все права и свободы, закрепленные в Декларации, подлежат судебной защите.

Согласно ст. 15 Декларации никто не может быть подвергнут аресту или незаконному содержанию под стражей иначе как на основании судебного решения или с санкции прокурора. В случае ареста или содержания под стражей гражданин имеет право на судебную проверку и обжалование этих действий.

Таким образом, Президиум Верховного Суда признал необходимым непосредственное применение положений Декларации прав и свобод человека независимо от того, что процедура реализации некоторых из них не урегулирована законодателем (процедура рассмотрения судами жалоб граждан на арест и содержание под стражей). Тем самым признал необходимым, что до внесения законодателем соответствующих дополнений в УПК РСФСР судам самим следует вырабатывать процедуру рассмотрения жалоб на арест и содержание под стражей.

¹ Архив Верховного Суда РСФСР. 1991.

² Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. 1991. № 37. Ст. 1083.

Необходимая процедура рассмотрения таких жалоб была создана судами исходя из общих принципов права и непосредственно применялась на практике. Дополнения в УПК РСФСР, регулирующие порядок судебной проверки законности и обоснованности содержания под стражей, были внесены законодателем только 23 мая 1992 г. и совпадали с той процедурой, которую выработала судебная практика, основанная на указанном постановлении Президиума Верховного Суда РСФСР¹.

Данное постановление Президиума Верховного Суда можно признать нормативно-правовым и рассматривать в качестве судебного прецедента. В процессе разработки нового УПК РФ в основном был принят такой же порядок рассмотрения жалоб в порядке ст. 125 УПК РФ, который также скорректирован судебной практикой и получил судебное закрепление в постановлении Пленума Верховного Суда РФ «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 УПК РФ»².

Конституционный принцип судебной защиты прав и свобод человека от любых решений и действий органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и должностных лиц выступает основным правом суда для осуществления защиты, когда отсутствует и молчит законодательство.

В таких случаях отказ в правосудии со ссылкой на отсутствие нормативного регулирования спорных отношений ущемляет права и свободы граждан, а потому не может быть признан правомерным и порождает у суда право на создание судебской нормы исходя из общих принципов права, способной урегулировать отношения до принятия законодателем нормативного акта.

Президиум Верховного Суда в пределах своих полномочий также разъясняет действующее законодательство, необходимое для правильного и единообразного применения в практических ситуациях правоприменительными органами.

Примером может служить постановление Президиума Верховного Суда РФ от 19 марта 1997 г. «О порядке применения ст. 2, 7 Федерального закона "О дополнительных гарантиях социальной защиты судей и работников аппаратов судов РФ" от 10 января 1996 г. № 6-ФЗ»³.

¹ Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1992. № 25. Ст. 1389.

² Бюллетень Верховного Суда РФ. 2009. № 4. С. 2–6.

³ Сборник нормативных актов о суде и статусе судей Российской Федерации. Москва, 2000. С. 116.

В частности, Президиум отметил, что в стаж работы в качестве судьи применительно к требованиям ст. 7 Закона включается работа в аппаратах судов общей юрисдикции, конституционных (уставных) судов, арбитражных судов и органов государственного арбитража, в аппарате органов юстиции на должностях, для замещения которых необходимо высшее юридическое образование, а также в качестве прокурора, следователя и адвоката, если эта работа предшествовала назначению на должность судьи.

Приведем еще один пример разъяснения, связанного с правильным применением закона при квалификации преступного деяния.

По приговору суда В. осужден за уничтожение похищенных им паспорта и военного билета по ч. 1 ст. 325 и ч. 2 ст. 325 УК РФ. Президиум Верховного Суда РФ рассмотрел дело в порядке надзора по протесту прокурора, приговор суда в части осуждения В. по ч. 1 ст. 325 УК РФ отменил и дело производством прекратил за отсутствием состава преступления. При этом Президиум указал, что похищение у гражданина паспорта или другого важного личного документа и их последующее уничтожение квалифицируются по ч. 2 ст. 325 УК РФ и дополнительной квалификации этих действий по ч. 1 ст. 325 УК РФ не требуется, поскольку ответственность за уничтожение, повреждение или сокрытие похищенного паспорта и военного билета законом не предусмотрена¹.

Доктрина судебного прецедента включает в себя принцип обязательности, согласно которой суд, рассматривающий спор, обязан последовать ранее принятому прецеденту вышестоящего суда для правильного разрешения дела. Такой классический пример усматривается в одном из постановлений Президиума Верховного Суда РФ.

Директор ООО ОРП «Поволжье» Г. на основании постановления заместителя начальника управления государственной инспекции по торговле, качеству товаров и защите прав потребителей (Госторгинспекции) по Ульяновской области от 28 сентября 1998 г. в соответствии со ст. 146, 146-4, 146-5, 146-6, 146-7 КоАП РСФСР был подвергнут административному взысканию в виде штрафа и конфискации имущества за нарушение правил торговли (реализация 1012 бутылок водки «Старорусская» с марками неустановленного образца, без сертификатов соответствия, без документов).

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2000. № 7. С. 14.

Заволжский районный суд г. Ульяновска 30 октября 1998 г. жалобу Г. на постановление зам. начальника Госторгинспекции удовлетворил частично, снизил размер штрафа, а в части применения конфискации признал законным и обоснованным. В кассационном порядке дело не рассматривалось.

Президиум Ульяновского областного суда 11 марта 1999 г. решение районного суда в части признания обоснованным применения конфискации товара к Г. счел незаконным и отменил, признав конфискацию товара незаконной. Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ постановление президиума областного суда отменила с оставлением в силе решения районного суда.

Первый заместитель Председателя Верховного Суда РФ внес протест в Президиум Верховного Суда на предмет отмены определения Судебной коллегии по гражданским делам и оставления без изменения постановления президиума областного суда.

Президиум Верховного Суда РФ 22 сентября 1999 г. протест удовлетворил, указав следующее. Поскольку факт нарушения правил торговли был доказан, суд первой инстанции обоснованно признал законным наложение штрафа на Г. и отказал ему в его сложении. Вместе с тем, отказывая в отмене постановления управления Госторгинспекции в части конфискации, суд не учел положений ст. 35 Конституции РФ, в силу которой никто не может быть лишен имущества иначе как по решению суда. Поэтому постановление президиума Ульяновского областного суда в части отмены решения районного суда и вынесение нового решения о признании упомянутого постановления незаконным в части конфискации имущества является законным. В то же время Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ по данному делу допустила неправильное толкование норм материального права¹.

Данный спор мог быть разрешен на уровне районного суда, и не требовалось заявителю доходить до высших судебных инстанций, если бы суд принял во внимание и последовал постановлению Конституционного Суда РФ от 11 марта 1998 г., который признал не конституционной конфискацию товаров, назначаемую без судебного решения.

Это еще раз подтверждает необходимость введения принципа обязательности для решений высших судебных инстанций

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2000. № 2. С. 8.

в правовую систему России, который будет способствовать наиболее эффективному отправлению правосудия.

Приведенные примеры отдельных решений Президиума Верховного Суда РФ, по нашему мнению, имеют признаки судебного прецедента и учитываются судьями при рассмотрении дел, выполняя тем самым роль дополнительного источника права в регулировании спорных отношений. Данное положение постановлений Президиума не умаляет статус закона в правовой системе России, а наоборот, вносит дополнение в сферу общественных отношений, не урегулированных законодателем.

Ю. Н. Старилов справедливо отмечает, что «судебная практика все более и более приобретает черты источника права. Вряд ли судьи и суды могут применять законодательные акты без толкования этих законов. Судебное толкование законов представляет собой официальное толкование применяемой судом правовой нормы – это способ уяснения смысла правовой нормы. Такое судебное правоприменение направлено не только на выяснение смысла правовой нормы, но и на развитие правовой системы вообще. Поэтому судебная практика содействует развитию правовой системы и закону, повышает качество его применения»¹.

Судебная практика создается также Апелляционной коллегией, Судебными коллегиями и Военной коллегией Верховного Суда РФ, которая учитывается судами при разрешении дел, а также другими органами в процессе применения законодательства, тем самым способствует наиболее точному и единообразному применению закона.

Приведем несколько примеров из судебной практики Судебных коллегий, которые, на наш взгляд, способствовали не только принятию законных и обоснованных решений, но и были учтены законодателем при создании нормативных актов.

Принципиальное значение для судебной практики имеет определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РСФСР, рассмотревшей в порядке надзора дело по заявлению прокурора в интересах Исилькульского райпотребсоюза к К. и Р. о возмещении ущерба.

¹ Старилов Ю. Н. Судебная власть как «ум, честь и совесть» государственной власти // Юридические записки. Вып. 17: Государственная власть в России: Проблемы осуществления и развития / под ред. Ю. Н. Старилова. Воронеж, 2004. С. 219–220.

Ответчики, являясь ответственными за организацию погрузочно-разгрузочных работ в Исилькульском райпотребсоюзе, не обеспечили своевременную разгрузку вагонов, что повлекло их простой. Райпотребсоюз уплатил штраф за простой в сумме 509 руб. Постановлением правления райпотребсоюза с ответчиков взыскано в возмещение ущерба 60 руб. (по 30 руб. с каждого). Прокурор просил взыскать с них в пользу райпотребсоюза остальную сумму ущерба – 449 руб.

Решением Исилькульского районного народного суда в иске прокурору отказано.

Оставляя решение районного суда без изменения, Судебная коллегия указала следующее. Райпотребсоюз является кооперативной организацией и находится на полном хозрасчете и самофинансировании. Согласно пп. 15 и 16 Примерного устава потребительского общества, она самостоятельно решает все вопросы, связанные с финансированием своей хозяйственной и социальной деятельности. Убытки от хозяйственной деятельности покрываются из средств основного фонда. Руководствуясь данным положением, правление райпотребсоюза приняло постановление о взыскании с ответчиков в возмещение ущерба от выплаты штрафных санкций часть сумм, оставшаяся часть подлежала списанию за счет результатов хозяйственной деятельности.

Таким образом, Судебная коллегия признала, что нет оснований для удовлетворения иска прокурора о возмещении ущерба, причиненного предприятию (учреждению, организации), находящемуся на полном хозяйственном расчете и самофинансировании, если это предприятие (учреждение, организация) не заявляет такого требования. Это связано с тем, что такое предприятие (учреждение, организация) хозяйственно самостоятельно и само вправе решать вопрос о порядке возмещения возникшего в процессе хозяйственной деятельности ущерба, в том числе и списывать его, если признает это хозяйственно целесообразным¹.

Гражданско-правовой принцип согласия на возмещении ущерба только по инициативе предприятия (учреждения, организации), находящегося на полном хозяйственном расчете и самофинансировании, был трансформирован в уголовно-правовую сферу.

Так, в Уголовный кодекс РФ (1996) законодатель ввел новеллу, ст. 204, коммерческий подкуп. На практике применения данной статьи возникали определенные трудности, в том числе

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 1992. № 6. С. 10.

по чьей инициативе может быть возбуждено уголовное дело. Данный вопрос нашел разрешение в п. 6 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2000 г. № 6 «О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе». В частности, Пленум указал, что если вред причинен исключительно коммерческой или иной организации, где работает такое лицо, тогда уголовное преследование осуществляется по заявлению этой организации или с ее согласия¹.

Таким образом, принцип согласия предприятия на возмещение ущерба с виновного лица, получил дальнейшее развитие в уголовном праве в виде согласия предприятия на привлечение к уголовной ответственности своего работника.

В судебной практике по-разному решался вопрос о компенсации морального вреда в случае незаконного увольнения работника. Нередко суды отказывали в его компенсации, считая, что компенсация морального вреда допустима только в случаях, предусмотренных законом, а КЗоТ РФ, по их мнению, такого права работникам не предоставляет.

Судебная практика выработала обратное положение. Так, Б., мастер производственного обучения учебно-курсового комбината (УКК), была увалена с работы по п. 1 ст. 33 КЗоТ РФ. Она обратилась в суд с иском о восстановлении на работе и компенсации морального вреда. Районный суд исковые требования Б. удовлетворил.

Определением судебной коллегии по гражданским делам областного суда (оставленным без изменений постановлением президиума того же суда) из решения исключено указание о взыскании с УКК в пользу Б. в возмещение морального вреда.

Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ отменила определение кассационной и постановление надзорной инстанций в части отказа в компенсации морального вреда и оставила без изменения решение суда первой инстанции. Кассационная и надзорная инстанции, изменяя решение суда, сослались на то, что действующим законодательством не предусмотрено возмещение морального вреда по трудовым правоотношениям. Однако с этим выводом Судебная коллегия не согласилась и отметила следующее.

На время рассмотрения дела кассационной и надзорной инстанциями уже действовала ст. 1 Основ гражданского законодательства. Согласно п. 3 этой статьи к трудовым отношениям,

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2000. № 4.

отвечающим признакам, указанным в п. 1 статьи, гражданское законодательство применяется в случаях, когда эти отношения не регулируются трудовым законодательством. Поскольку компенсация морального вреда трудовым законодательством не предусмотрена, разрешая требование о возмещении морального вреда, необходимо было руководствоваться ст. 131 названных Основ.

Эта позиция нашла закрепление в п. 4 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 20 декабря 1994 г. № 10 «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда». С 1 января 1995 г. на территории Российской Федерации вступила в силу первая часть Гражданского кодекса РФ. В соответствии со ст. 151 ГК РФ установлена компенсация морального вреда. Положения данной статьи применимы и к трудовым отношениям.

Следовательно, суд вправе обязать работодателя компенсировать причиненные работнику нравственные, физические страдания в связи с незаконным увольнением, переводом на другую работу, необоснованным применением дисциплинарного взыскания, отказом в переводе на другую работу в соответствии с медицинскими рекомендациями, поскольку такими действиями работодателя нарушаются личные неимущественные права работника и другие нематериальные блага¹.

Такая судебная практика учитывалась судами при рассмотрении трудовых споров и регулировалась вышеназванным постановлением Пленума, несмотря на то, что законодатель на этот счет молчал.

Только в марте 1997 г. были внесены изменения в ст. 213 КЗоТ РФ о компенсации морального вреда в случаях увольнения без законного основания или с нарушением установленного порядка увольнения либо незаконного перевода на другую работу². Положение о компенсации морального вреда нашло свое отражение в ст. 394 ТК РФ, вступившего в действие с 1 февраля 2002 г.³

С принятием нового Уголовного кодекса РФ (1996) возникло множество вопросов с его применением, при этом не только по квалификации преступлений, но и по назначению наказания правонарушителю.

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 1995. № 10. С. 11.

² Собрание законодательства РФ. 1997. № 12. Ст. 1382.

³ Российская газета. 2001. 31 декабря.

Законодатель разделил преступления по категориям, погашение судимости стало определяться не как ранее от назначенного судом срока лишения свободы, а от осуждения за преступление определенной категории. Это порождало неоднозначность применения общих начал назначения наказания, неправильное определение размера наказания, вида исправительного учреждения осужденному, погашения судимости и т.д.

Принятый закон стал дополняться и набирать силу благодаря судебной практике. Приведем примеры такой судебной практики.

В соответствии со ст. 86 УК РФ судимость за каждое преступление погашается самостоятельно по истечении срока, необходимого для погашения.

При назначении наказания лицу по совокупности приговоров срок погашения судимости исчисляется после отбытия наказания по совокупности приговоров. О., ранее судимый за покушение на изнасилование, осужден по пп. «а, д» ч. 2 ст. 131 УК РФ. В кассационном протесте ставился вопрос об исключении из приговора признака неоднократности и изменении режима исправительной колонии по тем основаниям, что предыдущие судимости на момент совершения нового преступления погашены.

Судебная коллегия не согласилась с доводами протеста и отклонила его по следующим основаниям. О. ранее был осужден 26 августа 1983 г. по ст. 15, ч. 2 ст. 117 УК РСФСР к пяти годам и шести месяцам лишения свободы, 30 июня 1986 г. – по ч. 1 ст. 112, ч. 2 ст. 188-3 УК РСФСР к двум годам и шести месяцам и на основании ст. 41 УК РСФСР ему назначено четыре года лишения свободы. О. был освобожден 28 ноября 1990 г. по отбытии наказания и считался бы несудимым за покушение на изнасилование по истечении шести лет после освобождения от наказания, т.е. 28 ноября 1996 г., однако 24 мая 1996 г. он совершил новое преступление – изнасилование¹.

Нормы ст. 86 УК РФ как улучшающие положение лица, осужденного до принятия УК РФ, подлежат применению к этому лицу.

Президиум Верховного Суда РФ 10 февраля 1999 г. удовлетворил протест заместителя Председателя Верховного Суда РФ, в котором поставлен вопрос об изменении судебных решений в связи с переквалификацией действий К. с п. «и» ст. 102 УК

¹ Обзор судебной практики Верховного Суда РФ за первый квартал 1998 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1998. № 9. С. 7.

РСФСР на ст. 103 УК РСФСР и назначении наказания в виде десяти лет лишения свободы, указав следующее.

В соответствии со ст. 10 УК РФ новый уголовный закон, смягчающий наказание или иным образом улучшающий положение осужденного, имеет обратную силу, а следовательно, распространяется и на К., отбывающего наказание по данному приговору. В отличие от ст. 57 УК РСФСР, действовавшей ранее, положения ст. 86 УК РФ устанавливают, что судимость за каждое преступление погашается самостоятельно по истечении срока, необходимого для ее погашения. Поэтому судимость К. за предыдущее покушение на убийство по ст. 15 и 103 УК РСФСР по приговору от 24 февраля 1983 г. считается погашенной, поскольку после отбытия наказания – 29 сентября 1987 г. – прошло пять лет, предусмотренных п. 6 ч. 1 ст. 57 УК РСФСР для погашения судимости. Убийство К. совершил 14 февраля 1995 г., следовательно, он не может быть признан лицом, ранее совершившим умышленное убийство, и его действия были переквалифицированы на ст. 103 УК РСФСР¹.

В практике применения нового закона возникло много вопросов, связанных с назначением уголовного наказания. Верховный Суд РФ обобщил судебную практику краевых, областных и районных судов. Результаты этих обобщений и анализ судебной практики были положены в основу постановления Пленума Верховного Суда РФ от 11 июня 1999 г. № 40 «О практике назначения судами уголовного наказания»². В связи с внесенными в УК РФ изменениями в судебной практике снова возникли вопросы о применении отдельных норм, регулирующих назначение уголовного наказания, и Пленум Верховного Суда РФ принял новое постановление от 11 января 2007 г. «О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания»³. Данное постановление позволяет судам наиболее правильно и единообразно применять основные начала назначения наказания лицам, признанным виновными в совершении преступления.

Следовательно, можно определенно отметить, что судебная практика, создаваемая Верховным Судом РФ в виде судебных precedентов по конкретным делам и постановлений Пленума, является судебным нормотворчеством, поскольку позволяет восполнить

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 1999. № 7. С. 8.

² Бюллетень Верховного Суда РФ. 1999. № 8.

³ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2007. № 4.

пробел в нормативном акте, единообразно ориентирует суды в принятии законных решений, исключает возможность нарушений материального и процессуального законодательства, обязывает суды рассматривать дела в установленные сроки, обеспечивая тем самым эффективную защиту прав, свобод и охраняемых законом интересов человека и гражданина.

Вместе с тем, считает В. М. Лебедев, необходимо подчеркнуть, что в нашей нормативно-законодательной системе как прецедентная судебная практика, так и правовоположения, содержащиеся в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ, не могут выступать в качестве первичного источника права. Это всегда вторичные правовые нормы. Но это не исключает возможности ссылки на постановление Пленума или Президиума Верховного Суда РФ в решении по конкретному делу¹.

Верховный Суд РФ занимает принципиальную позицию в том, что в единой стране, созданной на принципах федерализма, при закреплении в Конституции вопросов ведения федеральных органов власти и совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов (ст. 71 и 72 Конституции РФ) должна быть единая судебная практика и было бы неправильно, если бы каждый субъект Федерации вырабатывал свою практику применения федеральных законов².

Такое положительное значение судебной практики Верховного Суда, по нашему мнению, требует законодательного закрепления.

Так, справедливо отмечается в юридической литературе, что для российского судебного праворегулирования необходимо нормативное закрепление следующих институционных признаков: общеобязательными могут быть признаны только решения высших судов по вопросам применения актов федерального значения; в отношении разрешения споров, сфера регулирования которых отнесена к исключительной компетенции субъекта РФ, общеобязательность может быть придана решению высшего суда субъекта при условии, что соответствующий высший суд РФ не признает такое решение неправомерным.

¹ Лебедев В. М. Судебная власть в современной России: проблемы становления и развития. Санкт-Петербург, 2001. С. 214.

² Лебедев В. М. Верховный Суд Российской Федерации // Судебная система России. Москва, 2000. С. 148.

Таким образом, формируется судебное прецедентное регулирование в современном российском правовом пространстве – от разрешения конкретного дела путем анализа и обобщения опыта органов судебной власти на всех уровнях и до подтверждения либо формулирования таких новых правоположений на основе всей этой базы высшими судами, их опубликования и использования в практике уже как нового правила¹.

Однако, как считает В. М. Жуйков, и без законодательного закрепления права судебных прецедентов практика рассмотрения Верховным Судом РФ конкретных уголовных и гражданских дел имеет большое значение и зачастую играет роль источника права. Сочетание судебных прецедентов и разъяснений Пленума Верховного Суда РФ по вопросам судебной практики было бы очень полезным для повышения эффективности правосудия и единства судебной практики².

Судебная практика Верховного Суда РФ, создаваемая по конкретным делам и постановлениями Пленума, является одной из форм судебного нормотворчества и выступает дополнительным регулятором общественных отношений, связующим звеном между законом и реальной жизнью, что в свою очередь требует юридической регламентации.

Законодательное признание судебного нормотворчества за высшими судебными органами как необходимого условия формирования правового государства поддерживают многие ученые и практики. В частности, М. В. Кучин пишет: «сложившаяся ситуация в сфере нормотворческой деятельности российских судов настоятельно требует необходимой законодательной регламентации. Отсутствие таковой в настоящий момент не отвечает потребностям развития общества и препятствует становлению правового государства»³.

Таким образом, признание в российской правовой системе судебного нормотворчества за высшими судебными органами, по нашему мнению, позволит более оперативно преодолевать и восполнять пробелы в нормативно-правовых актах; официально

¹ Самостоятельность и независимость судебной власти Российской Федерации / под ред. В. В. Ершова. Москва, 2006. С. 262–263.

² Жуйков В. М. К вопросу о судебной практике как источнике права // Судебная практика как источник права. Москва, 2000. С. 79–90.

³ Кучин М. В. Нормотворческая деятельность судебных органов Российской Федерации и судебный прецедент // Право и политика. 2000. № 5.

толковать нормы права, что в свою очередь будет способствовать совершенствованию, укреплению судебной защиты прав, свобод и законных интересов граждан, юридических лиц и формированию правовой государственности в Российской Федерации.

В этом и заключается судебское правотворчество, считает В. И. Анишина, не писать абстрактные нормы и правила, а разрешать дела, защищать права и в отсутствие необходимых норм и правил, создавая эти правила в конкретных делах. Эти правила и есть по сути источники права, поскольку вводят новое регулирование для неопределенного круга лиц во всех аналогичных случаях¹.

4.3. Прецеденты Европейского Суда по правам человека

Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод принята 4 ноября 1950 г. и вступила в силу 3 сентября 1953 г. Спустя шесть лет, в январе 1959 г. был образован Европейский Суд, который рассмотрел первое дело только в 1960–1961 гг.² Конвенция состоит из нескольких разделов, к ней приняты одиннадцать протоколов, которыми внесены изменения в порядок функционирования Комиссии, Суда и расширен перечень основных прав.

Ратификация Конвенции и признание юрисдикции Европейского Суда по правам человека государством рассматриваются в качестве обязательного условия членства в Совете Европы. Протоколы к Конвенции являются самостоятельными договорами и накладывают обязательства на государство только после ратификации каждого из них.

Европейская конвенция является гарантом соблюдения прав человека на международном уровне, поэтому предоставленный ею инструментарий является наиболее развитым и эффективным средством защиты прав и свобод человека, а также служит богатейшим источником международных судебных прецедентов по правам человека.

Конвенция представляет собой уникальную систему «международного общего права», которая развивалась благодаря

¹ Анишина В. И. Правовая природа актов судебного правотворчества // Журнал российского права. 2006. № 10. С. 124–133.

² Туманов В. А. Европейский Суд по правам человека. Очерк организации и деятельности. Москва, 2001.

создаваемому Комиссией, а затем Судом прецедентному праву. При этом контрольные органы Конвенции признают себя связанными прецедентом (принцип *stare decisis*), а Комиссия обязана была следовать решениям суда. Европейская комиссия и Суд давали толкование оспариваемых положений внутреннего законодательства государств и оценку правоприменительной практики исключительно с точки зрения их соответствия требованиям Конвенции. В дальнейшем после реформы (1998) только Суд стал рассматривать жалобы граждан и принимать по ним решения.

Являясь сугубо правовой по своему характеру и получая судебное толкование в течение нескольких десятилетий, Европейская конвенция послужила основой формирования наиболее обширного и подробного свода судебных решений по сравнению с любыми другими международными судебными органами.

Ключом к пониманию Конвенции являются прецеденты, созданные Европейской комиссией и Судом, а в настоящее время новым Европейским Судом. Как отмечает Л. Вильдхабер: «Совершенно очевидно, что доктрина прецедента широко применяется в Европейском Суде по правам человека. На материальном уровне существующая практика Суда и доктрина прецедента должны соблюдаться, если нет непреодолимых, серьезных и объективных причин не соблюдать их. Это именно то, чего ожидают как государства-участники, так и заявители и что наилучшим образом соответствует требованиям правовой определенности и предсказуемости, господству права и эффективной защите прав человека»¹.

В мае 1998 г. Российская Федерация ратифицировала Протокол № 11, и с этого времени российские граждане получили непосредственный доступ в Европейский Суд.

Юрисдикция Суда является обязательной для всех государств-членов Конвенции и распространяется на все вопросы о толковании и применении Конвенции, включая межгосударственные дела и жалобы отдельных лиц.

Одним из условий, которое способствует развитию судебного нормотворчества в правовой системе России, являются прецеденты Европейского Суда. Российская Федерация признает юрисдикцию данного судебного органа, решения которого являются обязательными для исполнения всеми органами государственной власти страны, в том числе и судебной.

¹ Вильдхабер Л. Прецедент в Европейском Суде по правам человека // Государство и право. 2001. № 12. С. 17.

Судебное применение норм международного права, принципов основано на положениях, закрепленных в ч. 4 ст. 15 и ч. 1 ст. 17 Конституции РФ, из которых следует, что общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы; в Российской Федерации признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с настоящей Конституцией.

Дальнейшее развитие эти конституционные положения нашли в постановлении Пленума ВС РФ от 10 октября 2003 г. «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации»¹. В отдельных пунктах постановления Пленума дается ссылка на правовые позиции, выработанные Европейским Судом по правам человека об исчислении сроков рассмотрения уголовных и гражданских дел (п. 12 постановления Пленума).

Так, при осуществлении судопроизводства суды должны принимать во внимание, что в силу п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод каждый имеет право на судебное разбирательство в разумные сроки. При исчислении указанных сроков по уголовным делам судебное разбирательство охватывает как процедуру предварительного следствия, так и непосредственно процедуру судебного разбирательства.

Согласно правовым позициям (прецедентам), выработанным Европейским Судом по правам человека, сроки начинают исчисляться со времени, когда лицу предъявлено обвинение или это лицо задержано, заключено под стражу, применены иные меры процессуального принуждения, а заканчиваются в момент, когда приговор вступил в законную силу или уголовное дело либо уголовное преследование прекращено.

Сроки судебного разбирательства по гражданским делам в смысле п. 1 ст. 6 Конвенции начинают исчисляться со времени поступления искового заявления, а заканчиваются в момент исполнения судебного акта.

Жалобы граждан РФ о нарушении сроков рассмотрения дел и сроков исполнения судебных решений были предметом рассмотрения в Европейском Суде по правам человека, решения

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 12.

в основном приняты в пользу граждан РФ, поскольку российские власти допустили нарушение ст. 6 Конвенции.

С целью соблюдения национальными судами процессуальных сроков рассмотрения гражданских, уголовных и административных дел Пленум Верховного Суда РФ принял постановление от 27 декабря 2007 г. «О сроках рассмотрения судами Российской Федерации уголовных, гражданских дел и дел об административных правонарушениях»¹, в котором выработал рекомендации для председателей судов и судей по соблюдению сроков при рассмотрении правовых споров.

Проблема применения прецедентов Европейского Суда российскими судами разрешается в каждом конкретном случае при рассмотрении дела, но, как показывает практика, в основном прецеденты применяют высшие судебные инстанции при выработке правовых позиций, которые становятся обязательными для судов низшей инстанции. Механизм применения прецедентов мировыми судьями и районными судьями пока недостаточно исследован, но это не говорит о том, что они не применяют прецеденты Европейского Суда.

Судебная практика районных и областных судов, отмечает А. Л. Бурков, позволяет сделать вывод, что регулярное использование сторонами процесса прецедентов Европейского суда при обосновании позиции по делу является ключевым моментом для изменения ситуации в области применения Конвенции судами².

Следовательно, федеральные суды Российской Федерации могут руководствоваться и применять нормы Конвенции, Протоколов и прецеденты Европейского Суда. В этой связи В. М. Абдрашитов считает, что как у Европейского Суда по правам человека, так и у национальных судов существует достаточно причин следовать прецедентам³.

Принцип обязательности решений Европейского Суда нашел свое отражение в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 19 декабря 2003 г. «О судебном решении»⁴, согласно которому судам общей юрисдикции следует учитывать постановления

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2008. № 2.

² Применение Европейской конвенции о защите прав человека в судах России / под ред. А. Л. Буркова. Екатеринбург, 2006. С. 53.

³ Абдрашитов В. М. Прецедент как источник российского права и практика Европейского Суда по правам человека // Новая правовая мысль. 2004. № 3. С. 59.

⁴ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. № 2.

Европейского Суда по правам человека, содержащие толкование положений Конвенции. По нашему мнению, применение нормативных актов и прецедентов Суда будет в полной мере способствовать единообразному осуществлению правосудия по защите прав и свобод человека, юридических лиц в российском судопроизводстве.

В. В. Золотых справедливо отмечает, что, благодаря применению судебных прецедентов, судья одинаково относится к участникам процесса в сходных ситуациях (недостаточно подробно урегулированных законом) и таким образом гарантируется единообразие принимаемых судьями решений. А ведь единообразие – это существенный элемент справедливости. Поэтому применение судебного прецедента позволяет судьям действовать более эффективно, чем если бы им приходилось рассматривать любой из спорных вопросов (недостаточно регламентированный в законодательстве) каждый раз «с нуля»¹.

В литературе прецедент используется достаточно широко, тогда как в практической деятельности судебных органов употребляются понятия «правоположения», «правовые позиции», фактически содержащие правовую основу, которая, по нашему мнению, и будет прецедентом. Применяя тот или иной прецедент Европейского Суда, необходимо знать его правовую основу, которая регулирует спорные отношения или дает толкование Конвенции.

Рассматривая природу решений Европейского Суда, М. Н. Марченко отмечает их «прецедентный характер» и поэтому они могут «при определенных условиях рассматриваться в качестве составной части правовой системы России. ...Важным условием инкорпорирования решений Суда в правовую систему России является также не противоречие их Основному закону России – Конституции Российской Федерации»². В основном прецеденты Европейского Суда применяют высшие судебные инстанции.

Конституционный Суд РФ при вынесении итогового решения по отдельным делам, в которых затрагиваются права граждан, гарантированные Конвенцией о защите прав человека и основных свобод и подтвержденные постановлениями Европейского Суда, применяет прецеденты Европейского Суда в мотивировочной части решения.

¹ Золотых В. В. Проверка допустимости доказательств в уголовном процессе. Ростов-на-Дону, 1999. С. 26.

² Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судебское право. Москва, 2007. С. 493–494.

Так, в п. 2.2 постановления Конституционного Суда РФ от 22 марта 2005 г. по делу о проверке конституционности ряда положений УПК РФ, регламентирующих порядок и сроки применения в качестве меры пресечения заключения под стражу на стадиях уголовного судопроизводства, следующих за окончанием предварительного расследования и направлением уголовного дела в суд, в связи с жалобами граждан, Судом применены прецеденты Европейского Суда со ссылкой на их правовые основы (решение от 28 марта 2000 г. по делу «Барановский против Польши»; решение от 30 июля 2000 г. по делу «Йечиус против Литвы»), а именно: практика содержания лица под стражей без конкретного правового основания, а лишь по причине отсутствия четких правил, регулирующих положение содержащегося под стражей лица, в результате чего лицо может быть лишено свободы на неопределенный срок без судебного решения, несовместима с принципами правовой определенности и защиты от произвола; заключение под стражу на срок длительностью в несколько месяцев при отсутствии обосновывающего его постановления суда, в том числе на том единственном основании, что дело передано в суд, не может считаться «законным»¹.

Выработанные прецедентные положения применимы к правоотношениям российских граждан и регулируют порядок заключения под стражу в качестве меры пресечения на подготовительной стадии уголовного судопроизводства, по результатам которой суд применяет соответствующее решение. Поэтому судебные гарантии свободы и личной неприкосновенности не могут сокращаться или приостанавливаться и в период после окончания предварительного расследования и передачи дела в суд.

На основе прецедентов Европейского Суда Конституционный Суд РФ выработал правовые позиции об избрании или оставлении без изменения меры пресечения в виде заключения под стражу в отношении обвиняемого при поступлении уголовного дела в суд применительно к российской правовой системе.

Тем самым выработана правовая позиция Конституционного Суда РФ, которая будет непосредственно применяться судами общей юрисдикции, пока законодателем не будут внесены изменения в УПК РФ.

Следует согласиться с мнением Н. В. Витрука о том, что «Конституционный Суд РФ, используя правовые позиции

¹ Российская газета. 2005. 1 апреля.

Европейского Суда, ориентирует законодательный процесс, судебную и иную правоприменительную практику на то, чтобы она соответствовала современному пониманию прав и свобод человека и гражданина. Данные права закреплены в Конвенции о защите прав человека и основных свобод и в Протоколах к ней, в интерпретации Европейского Суда. Правовые позиции Европейского Суда способствуют становлению и упрочению российской конституционности и законности как составной части единого европейского правопорядка»¹.

Европейский Суд в отношении российских граждан за последнее время принял ряд принципиальных решений в пользу граждан, где имело место нарушение Конвенции и многие решения уже исполнены Российской Федерацией. Но жалобы продолжают поступать в Суд. Как отмечается в печати, наша страна по числу жалоб на душу населения, поданных в этот суд, находится лишь в третьем десятке².

Такое положение не должно успокаивать государственные органы, деятельность которых должна соответствовать не только национальному законодательству, но и положениям Европейской Конвенции, поскольку нарушение прав и свобод человека может стать предметом рассмотрения дела в Европейском Суде. Поэтому нам следует учитывать не только Конвенцию и прецеденты, принятые в отношении наших соотечественников, но и прецеденты, принятые в пользу граждан других государств – участников Конвенции.

П. А. Лаптев отмечает, что применительно к Российской Федерации прецедентное право Европейского Суда становится неотъемлемой составной частью правовой системы Российской Федерации. Даже если еще нет аналогичного решения в отношении России, но уже есть прецедентная практика ЕСПЧ в отношении других стран, нужно устранять нарушения прав граждан заранее, не доводя до суда³.

Так, в июне 2008 г. Европейский Суд вынес 29 постановлений, а в декабре 2008 г. – 41 постановление по жалобам против Российской Федерации. В большинстве случаев Европейский Суд признал Российскую Федерацию в той или иной степени

¹ Витрук Н. В. Верность Конституции. Москва, 2008. С. 93.

² У Европы нет больше дел? Какие жалобы рассматривает суд в Страсбурге // Российская газета. 2005. 1–7 апреля.

³ Государство и право. 2001. № 12. С. 17 ; Российская газета. 2005. 6 апреля.

ответственной за нарушение прав и свобод, предусмотренных Конвенцией¹. Не уменьшилось число жалоб в 2009, 2010 и 2011 гг.

В основном постановления были вынесены Европейским Судом на нарушение положений ст. 6 Конвенции как таковой или в сочетании со ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции (продолжительное неисполнение и/или отмена в порядке надзора судебных решений, присуждавших заявителям денежные компенсации), длительное неисполнение судебных решений.

В целях создания внутригосударственного средства правовой защиты от указанных нарушений в апреле 2010 г. принят Федеральный закон «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок»². Теперь такие дела будут в основном рассматривать российские суды, а не в Европейский Суд.

Применение прецедентов Европейского Суда позволяет наиболее единообразно подходить к вопросу о защите прав и свобод человека в России, гарантированных Европейской Конвенцией. Постановления Европейского Суда по правам человека, полагает В. В. Ершов, являются прецедентами толкования, обязательными в России для органов государственной власти, местного самоуправления и иных лиц³.

Судебная практика судов общей юрисдикции должна оперативно реагировать на возможные нарушения Конвенции, а для этого судье необходимо непосредственно знать и изучать судебные решения Европейского Суда, найти в них прецедентную основу для использования в правоприменительной практике. Процесс правоприменения в сегодняшних условиях не возможен без учета прецедентов Европейского Суда, которые становятся определенным ориентиром для национальной судебной системы.

Б. С. Эбзеев обоснованно приходит к выводу, что «прямым действием и непосредственной применяемостью обладают не только Конвенция 1950 г. и протоколы к ней, но и прецедентная практика Европейского Суда по правам человека. Российские суды, основывая свои выводы на нормах Конституции и закона,

¹ Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2008. № 8 ; 2009. № 1.

² Собрание законодательства Российской Федерации. 2010. № 18. Ст. 2144.

³ Ершов В. В. Прецеденты толкования Европейского суда по правам человека // Российское правосудие. № 1. 2007. С. 31.

в практике Европейского Суда находят дополнительные доводы в обоснование собственной правовой позиции»¹.

И далее автор отмечает, что интернационализация отечественного правопорядка обуславливает выявление подлинного смысла конституционной или иной юридической нормы в силу прямого веления Конституции с учетом общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров РФ. Несомненно ориентирующее значение позиций Европейского Суда для нормотворческого процесса и правоприменения. Это означает, что отечественная судебная система вносит существенный вклад в гомогенизацию гуманитарной составляющей российского права как части единого европейского правового поля, основанного на Конвенции 1950 г.

Таким образом, прецедент, выраженный в решениях международных судов, имеет особый характер, отличный от прецедента внутринационального отдельных государств. Хотя российское право не признает прецедентного регулирования в национальной системе, оно должно быть ориентировано на международное прецедентное регулирование тех сообществ, к которым наша страна присоединилась. В настоящее время можно говорить о прецедентном праве Совета Европы, формулируемом Европейским судом по правам человека, как о новом, мощном источнике российского права².

Современные реалии правовой жизни убеждают нас в том, что прецеденты Европейского Суда в российской правовой системе стали одним из источников международного права и непосредственно применяются судебными органами при формулировании своих правовых позиций, направленных на регулирование спорных правоотношений.

¹ Эбзеев Б. С. Личность и государство в России: взаимная ответственность и конституционные обязанности. Москва, 2007. С. 37.

² Самостоятельность и независимость судебной власти Российской Федерации / под ред. В. В. Ершова. Москва, 2006. С. 164.

СУДЕБНОЕ ТОЛКОВАНИЕ НОРМ ПРАВА*

Толкование норм права судебными органами не утратило своего значения для современного правоприменителя. Проблема толкования – это соотношение буквы и духа закона, воли законодателя и мысли закона, между которыми существуют несовпадение, недосказанность, неясность, требующие устранения, если норма права применяется в судебном деле, то и судебного толкования, конкретизации, устранения коллизий между нормами права, использования аналогии права или закона, а в случаях отсутствия соответствующей нормы права, при обнаружении пробела в нормативном регулировании, его преодоления, формулирование судебской нормы высшей судебной инстанцией.

Толкование норм права в процессе их применения исследовали правоведы дореволюционной России¹, советского² и постсоветского периодов³. Е. В. Васьковский в своем труде для начинающих юристов пишет: «Несомненно, что судья, да и каждый гражданин обязаны руководствоваться не буквой закона, а мыслью законодателя... которая так или иначе выражена им в утвержденном и опубликованном тексте закона, ибо обязательную силу имеет для судей и для граждан не всякая мысль законодателя, а только облеченная в форму закона. Раскрытие именно этой мысли законодателя составляет задачу толкования закона»⁴.

* Опубликовано: Судебное толкование норм права // Журнал российского права. 2016. № 8. С. 72–78.

¹ Васьковский Е. В. Руководство к толкованию и применению законов: для начинающих юристов. Москва, 1913 ; Демченко Г. Судебный прецедент. Варшава, 1903 ; Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. Санкт-Петербург, 1914.

² Алексеев С. С. Проблемы теории права: курс лекций : в 2 т. Свердловск, 1973 ; Вопленко Н. Н. Официальное толкование норм права. Москва, 1976 ; Пиголкин А. С. Толкование нормативных актов в СССР. Москва, 1962 ; Черданцев А. Ф. Толкование советского права. Москва, 1979.

³ Смирнов А. В., Манукян А. Г. Толкование норм права. Москва, 2008 ; Тарасова В. В. Акты судебного толкования правовых норм: юридическая природа и классификация / под ред. М. И. Байтина. Саратов, 2002 ; Толстик В. А., Дворников Н. Л., Каргин К. В. Системное толкование норм права. Москва, 2010 ; Хабриева Т. Я. Толкование Конституции Российской Федерации: теория и практика. Москва, 1998.

⁴ Васьковский Е. В. Руководство к толкованию и применению законов: для начинающих юристов. Москва, 1913. С. 13–14.

Задача и цель судебного толкования заключаются в установлении подлинной воли законодателя, выраженной в норме, и правильном ее применении к спорному случаю. При этом толкование, как отмечает Н. И. Матузов, прибавляя новое знание о норме, ни в коей мере не изменяет ее и тем более не создает новой. Речь идет только об анализе, изучении, разборе действующей нормы¹.

Для более единообразного понимания и применения норм права необходимо их уяснить, разъяснить и в дальнейшем применить в рассматриваемом деле. Но всегда ли бывает точное применение норм права, исключаяющих ошибки их применения. Во многом это зависит от уровня правосознания, профессионализма судьи, его моральных качеств, его умения владеть правилами, способами толкования, объективно рассмотреть дело, выявить подлинный смысл законодателя в установленной норме права, дать наиболее точное и справедливое суждение норме права и изложить результат толкования в судебном акте.

Проблема толкования норм права при рассмотрении дела судьей всегда вызывает определенные сложности, если отсутствует судебная практика толкования (высшей судебной инстанции) и применения нормы права, сам случай неоднозначный и требует определенного опыта применения (толкования) норм права.

Теоретические вопросы о толковании норм права изучаются в юридических вузах в рамках курса «Теория государства и права», спецкурсах по правоприменению, но общей теории судебного толкования норм права не выработано. Полагаем, что для выработки теоретических и практических навыков толкования норм права судье необходимо знать:

1) основные способы (правила) толкования нормы права (грамматический, логический, системный, телеологический, историко-политический, функциональный и др.), которые признаны теорий права;

2) действие применяемого закона, нормы во времени, в пространстве и по кругу лиц;

3) наличие существующего официального толкования, разъяснения нормы права высшей судебной инстанцией в форме постановления Пленума Верховного Суда РФ, обзора судебной практики, постановления Президиума Верховного Суда РФ о толковании нормы закона в конкретном деле, постановления

¹ Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права. Москва, 2002. С. 345.

Конституционного Суда РФ о толковании норм права, постановления Европейского Суда по правам человека о толковании Конвенции.

Судья в процессе применения норм права руководствуется процессуальным законодательством, которое определяет порядок применения нормативных правовых актов. Так, для арбитражных судов такой порядок закреплен в ст. 13 АПК РФ, для судов общей юрисдикции – ст. 11 ГПК РФ, ст. 15 КАС РФ, ст. 1 УПК РФ, ст. 1.1 КоАП РФ.

Последовательность действия судьи позволит ему выявить смысл нормы права и применить ее в конкретном случае при рассмотрении дела. В каждом виде судопроизводства судья сталкивается с необходимостью осуществить толкование, проверить уже истолкованную норму права, дать свое толкование норме права в случае ошибочного толкования или подтвердить правильность толкования нормы права. Толкование нормы права, подтвержденное высшей судебной инстанцией или если ею дано новое толкование норме права, можно отнести к прецеденту толкования, который в целях обеспечения единства судебной практики в применении норм права используется в аналогичных случаях.

Каждая стадия судопроизводства (первая, апелляционная, кассационная, надзорная) имеет свои особенности толкования норм права, как примененных, так и подлежащих применению, или формулирования нового понимания смысла примененной (применяемой) нормы права. Если судья, рассматривая дело по первой инстанции, дает толкование норме права, подлежащей применению, и применяет ее к спорным отношениям с учетом судебной практики высшей инстанции, то апелляционная, кассационная и надзорная судебные инстанции проверяют правильность применения нормы права, ее истолкование к спорным отношениям и в случае выявления несоответствия дают свое толкование, при этом учитываются правовые позиции постановления Пленума ВС РФ по вопросам разъяснения судебной практики; постановления Президиума ВС РФ, давшего толкование по конкретному делу и создавшего прецедент толкования; определения судебных коллегий ВС РФ, содержащие новое толкование нормы права, в случае отмены судебных актов нижестоящих судебных инстанций.

Так, разъяснения, содержащиеся в постановлениях Пленума ВС РФ (ранее – ВАС РФ), – это продукт коллективного суждения по проблемным вопросам правоприменения той или иной нормы

права в конкретной отрасли права, основанного на обобщенных материалах рассмотренных дел (уголовных, гражданских, административных), позволяющего судьям (с учетом мнения других участников Пленума) выработать и сформулировать разъяснения норм права для единообразного их применения судьями и другими правоприменителями. Фактически постановления Пленума ВС РФ имеют нормативный характер и обязательную силу, но законодательно принцип обязательности не закреплен, хотя принцип обязательности имел место в отношении постановлений Пленума ВАС РФ (ч. 2 ст. 13 Федерального конституционного закона от 28 апреля 1995 г. № 1-ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации»), а в определениях кассационной инстанции (п. 15 ч. 2 ст. 289 АПК РФ), постановлениях Президиума ВАС РФ (ч. 3 ст. 305 АПК РФ) должны были содержаться указания на толкование закона в случае отмены судебного акта, которые были обязательны для арбитражного суда при новом рассмотрении дела. В связи с объединением двух высших судов в августе 2014 г. данные положения законодателем отменены.

Для судов общей юрисдикции, рассматривающих гражданские дела, в п. 4 постановления Пленума ВС РФ от 19 декабря 2003 г. № 23 «О судебном решении» отмечено, что в решении суда должны быть указаны материальный закон, примененный судом к данным правоотношениям, и процессуальные нормы, которыми руководствовался суд. Суду также следует учитывать постановления КС РФ о толковании положений Конституции РФ, подлежащих применению в данном деле; постановления Пленума ВС РФ, содержащие разъяснение вопросов, возникших в судебной практике при применении норм материального и процессуального права, подлежащих применению в данном деле; постановления ЕСПЧ, в которых дано толкование положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод, подлежащих применению в данном деле. Тем самым Пленум выработал механизм применения судами норм права в сочетании с судебной практикой высших судебных инстанций, позволяющий судам при рассмотрении дел дать толкование норме права с учетом судебной практики толкования данной нормы и применить ее к спорным отношениям.

Новый Федеральный конституционный закон от 5 февраля 2014 г. № 3-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации» не содержит такого положения, поэтому иногда судьи «вольно» толкуют нормы права вопреки разъяснениям Пленума ВС РФ,

не учитывают их при рассмотрении дела, что приводит к нарушению в применении норм права по конкретному делу, их ошибочному истолкованию, несоблюдению принципа единства судебной практики и, как правило, к принятию незаконных решений.

На сегодняшний день перед Верховным Судом РФ как высшим субъектом толкования норм права стоит сложная задача поддержания единства судебной практики во всех отраслях российского законодательства, применяемых нижестоящими судебными инстанциями.

Реализация единства судебной практики Верховным Судом РФ, в соответствии с действующим законодательством (ст. 126 Конституции РФ, Федеральным конституционным законом «О Верховном Суде Российской Федерации», ГПКРФ, АПКРФ, УПКРФ, КАС РФ, КоАП РФ) осуществляется через толкование норм права Пленумом, Президиумом, судебными коллегиями Верховного Суда РФ, которые обеспечивают единство применения норм права судебными органами.

Пленум ВС РФ (ст. 5 Федерального конституционного закона «О Верховном Суде Российской Федерации») рассматривает материалы анализа и обобщения судебной практики и дает судам разъяснения по вопросам судебной практики в целях обеспечения единообразного применения законодательства РФ.

О природе постановлений Пленума ВС РФ «как источнике права», о прецедентном характере его постановлений, об обязательной силе применения высказано достаточно много мнений как в советский, так и в современный период¹. При этом возникает вопрос: если правоприменитель, судья, другое должностное лицо не учитывают постановления Пленума Верховного Суда РФ в своей деятельности, когда это необходимо по обстоятельствам дела, будет ли его решение законным и справедливым? Конечно же, нет. Не соответствующий правовым позициям постановления Пленума ВС РФ судебный акт подлежит отмене. Поэтому постановления Пленума ВС РФ, хотим мы того или нет, закреплена ли законодателем или нет их обязательность, имеют прецедентный характер и должны учитываться судьями и иным правоприменителем при рассмотрении дел.

¹ Судебная практика в советской правовой системе / под ред. С. Н. Братуся. Москва, 1975 ; Судебная практика как источник права. Москва, 1997 ; Судебная практика как источник права. Москва, 2000 ; Судебная практика в российской правовой системе. Санкт-Петербург, 2002.

Примером может служить определение Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ от 25 ноября 2014 г., которым судебная коллегия отменила состоявшиеся по делу решения суда первой и апелляционной инстанций, приняла новое судебное постановление об отказе в удовлетворении исковых требований. При этом судебная коллегия дает толкование нормам гражданского законодательства с учетом постановления Пленума ВС РФ и формулирует правовую позицию о том, что моральный вред подлежит компенсации, если он причинен действиями, нарушающими личные неимущественные права гражданина либо посягающими на принадлежащие ему личные нематериальные блага. Моральный вред, причиненный нарушением имущественных прав, подлежит компенсации лишь в случаях, прямо указанных в законе. Каких-либо действий ответчика, непосредственно направленных на нарушение личных неимущественных прав истца либо посягающих на принадлежащие ему нематериальные блага, судом не установлено. Действующим гражданским и жилищным законодательством возможность компенсации морального вреда, причиненного нарушением имущественных прав на жилое помещение, не предусмотрена¹.

Высший надзорный орган – Президиум ВС РФ – в силу ст. 7 Федерального конституционного закона «О Верховном Суде Российской Федерации» в целях обеспечения единства судебной практики проверяет судебные акты, вступившие в законную силу в порядке надзора, и фактически контролирует принцип единства судебной практики, получившей закрепление в постановлениях Пленума и Президиума ВС РФ; рассматривает отдельные вопросы судебной практики, в его ответах фактически даются разъяснения нормам права для правильного применения их судами; утверждает обзоры судебной практики, содержащие наиболее актуальные дела по вопросам применения и толкования норм права, вопросы и ответы по проблемам применения законодательства.

Судебные коллегии Верховного Суда РФ проверяют судебные акты в апелляционном и кассационном порядке по гражданским, экономическим, административным и уголовным делам, поддерживая единство судебной практики применения и толкования норм права, а в некоторых случаях и сами дают толкование нормам права в конкретном деле для правильного ее применения. Совокупность процессуальных норм, устанавливающих полномочия

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. № 10. С. 1–2.

апелляционной, кассационной и надзорной инстанций Верховного Суда РФ, позволяет отметить их творческий характер в формировании правовых позиций толкования норм права, при проверке судебных актов нижестоящих инстанций. Проверенные практикой применения нижестоящими судебными инстанциями правовые позиции толкования высшего судебного органа поддерживают единообразие в применении норм права.

По нашему мнению, судебное толкование представляет собой мыслительный процесс судьи (судей) по выявлению, раскрытию воли законодателя в принятом им законе, норме права и формулировке наиболее точного их смысла с закреплением результата толкования в судебном акте. В заключение отметим, что правовая жизнь России снова возвращает нас к научному наследию Е. В. Васьковского о теории толкования норм законодательства. Автор достаточно точно и справедливо пишет: «Теория толкования имеет большое значение еще по одной причине. Для установления законности в государстве и обеспечении равенства всех граждан перед законом необходимо, чтобы суды и органы административной власти правильно понимали и единообразно применяли законы. И первое, и второе может быть достигнуто путем соблюдения правил, установленных теорией толкования права. Благодаря их соблюдению можно избежать случайных ошибок и решить дела в соответствии с существующим содержанием законов, а также единообразным образом»¹.

Для поддержания единства в толковании и применении норм законодательства необходима единая концепция судебного толкования, включающая теорию судебного толкования; субъекты и уровни судебного толкования; акты судебного толкования и их применение. Концепция судебного толкования нормативных правовых актов – это новый уровень теоретической подготовки будущих юристов, который будет способствовать выработке у них навыков практического применения норм права в целях обеспечения единообразия в юридической деятельности.

Библиографический список

1. Алексеев, С. С. Проблемы теории права : курс лекций : в 2 т. / С. С. Алексеев. – Свердловск, 1973.
2. Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2015. – № 10.

¹ Васьковский Е. В. Избранные работы польского периода. Москва, 2016. С. 240–241.

3. Васьковский, Е. В. Избранные работы польского периода / Е. В. Васьковский. – Москва, 2016.

4. Васьковский, Е. В. Руководство к толкованию и применению законов: для начинающих юристов / Е. В. Васьковский. – Москва, 1913.

5. Вопленко, Н. Н. Официальное толкование норм права / Н. Н. Вопленко. – Москва, 1976.

6. Демченко, Г. Судебный прецедент / Г. Демченко. – Варшава, 1903.

7. Коркунов, Н. М. Лекции по общей теории права / Н. М. Коркунов. – Санкт-Петербург, 1914.

8. Матузов, Н. И. Теория государства и права / Н. И. Матузов, А. В. Малько. – Москва, 2002.

9. Пиголкин, А. С. Толкование нормативных актов в СССР / А. С. Пиголкин. – Москва, 1962.

10. Смирнов, А. В. Толкование норм права / А. В. Смирнов, А. Г. Манукян. – Москва, 2008.

11. Судебная практика в советской правовой системе / под ред. С. Н. Братуся. – Москва, 1975.

12. Судебная практика как источник права. – Москва, 1997.

13. Судебная практика как источник права. – Москва, 2000.

14. Судебная практика в российской правовой системе. – Санкт-Петербург, 2002.

15. Тарасова, В. В. Акты судебного толкования правовых норм: юридическая природа и классификация / В. В. Тарасова ; под ред. М. И. Байтина. – Саратов, 2002.

16. Толстик, В. А. Системное толкование норм права / В. А. Толстик, Н. Л. Дворников, К. В. Каргин. – Москва, 2010.

17. Хабриева, Т. Я. Толкование Конституции Российской Федерации: теория и практика / Т. Я. Хабриева. – Москва, 1998.

18. Черданцев, А. Ф. Толкование советского права / А. Ф. Черданцев. – Москва, 1979.

ПРИНЦИП ЕДИНСТВА СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ В РОССИЙСКОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ*

В современных условиях формирования правового государства особое значение имеют предсказуемость в применении нормативных правовых актов судебными органами и формирование высшей судебной инстанцией единообразной судебной практики применения норм права в судопроизводстве. Для обеспечения и поддержания единообразия в применении норм права немаловажную роль играет принцип единства судебной практики. Содержание данного принципа – это вопрос о толковании норм права высшим судебным органом и реализация актов судебного толкования нижестоящими судебными инстанциями.

Исторические аспекты. Зарождение, формирование и развитие принципа единства судебной практики связывается с началом судебной реформы 1864 г., когда были провозглашены и получили свое развитие такие принципы, как состязательность, гласность, несменяемость судей, независимость суда от администрации.

О единстве понимания и применения законов судебными инстанциями говорится в работе М. А. Филиппова «Судебная реформа в России», в которой дается глубокий анализ судебной реформы и деятельности судов, в частности, автор пишет: «Судебная практика, не имевшая системы, определенных начал, произвольно изменяла основные гражданские законы, каждый суд толковал закон как хотел, превратно их толкуя. Конец такому безначалию был положен Высочайшим указом от 24 сентября 1862 г. об основных началах судебной реформы. Суды должны были решать дела по точному разуму существующих законов, Указом предоставлялось право единственно кассационному суду (правительствующему сенату) наблюдать за точным исполнением законов. Кассационный суд стал единым верховным истолкователем истинного смысла закона и направляющей силой для всех судов России к единству действия и понимания законов» [1, с. 55–57].

В ст. 5 Учреждения судебных установлений (Книга первая. Общее учреждение судебных установлений. Введение) закреплено,

* Опубликовано: Принцип единства судебной практики в российском судопроизводстве // Известия высших учебных заведений. Поволжский регион. Общественные науки. Право. 2016. № 3 (39). С. 83–90 (статья написана в соавторстве с Е. Гук).

что «Сенат в качестве верховного кассационного суда, не решая дел по существу в общем порядке судопроизводства, наблюдает за охранением точной силы закона и за единообразным его исполнением всеми судебными установлениями Империи» [2, с. 387].

Вопрос об обязательности применения разъяснений кассационных департаментов Сената судебными органами Российской империи оставался дискуссионным, но со временем разъяснения Сената приобрели характер обязательных. Исследуя данную проблему, А. В. Калиниченко отмечает, что, «определив пределы кассационного рассмотрения дел, Сенат установил для подведомственных ему судов и общие правила толкования законов: толкования закона, даваемые кассационным департаментом, должны служить руководством для всех судебных мест при решении однородных дел. Принятые решения публиковались для всеобщего сведения для руководства к единообразному истолкованию и применению законов. В дальнейшем эта практика была распространена на гражданский кассационный департамент, общие собрания департаментов и соединенные присутствия первого и кассационных департаментов Сената» [3].

М. В. Немытина в своей работе «Суд в России: вторая половина XIX – начало XX в.» пишет: «Кассационный пересмотр не касается вопроса о фактических обстоятельствах дела. Кассация обеспечивает единообразное толкование и применение законов. В то же время решение кассационного суда преследует цель правильного разрешения конкретного дела» [4, с. 156].

Сенат поддерживал и реализовал принцип единства судебной практикой в системе судов российской империи путем толкования законов и их единообразного применения.

Конечно, высказывались точки зрения, что этим ущемляются независимость судебных органов, их творческий подход к рассмотрению споров и применению норм права. С такой критикой выступил профессор Г. Ф. Шершеневич, он, в частности, указал на то, что «судебная практика рабски ловит каждое замечание кассационного департамента, старается согласовать свою деятельность со взглядом сената. Авторитет кассационных решений отучил практиков от самостоятельного мышления, собственного юридического анализа» [5, с. 241].

Советский период характеризуется жестким позитивизмом, но в то же время постановления Пленума Верховного Суда СССР и РСФСР давали разъяснения по вопросам судебной практики по определенной категории и считались руководящими, обязательными для нижестоящих инстанций в целях обеспечения

единообразного применения нормативных правовых актов [6, с. 22–26]. В этот период говорить о принципе единства судебной практики не приходилось, приоритет имел принцип законности, который не утратил своего значения и в настоящее время.

Принцип единства судебной практики в судопроизводстве при рассмотрении дел. Данный принцип не упоминается в одном нормативном правовом акте, процессуальном или материальном.

Есть принципы единства, закрепленные в земельном, налоговом, финансовом праве. В ст. 3 ФКЗ «О судебной системе РФ» говорится о единстве судебной системы и о том, каким путем обеспечивается единство судебной системы.

Профессор В. В. Ершов раскрывает природу принципов права, связывает их с категориями «закономерность» и «сущность», основания всеобщей связи, отражающими объективные закономерности и сущность единой многоуровневой системы форм национального и международного права, *реализуемых в государстве, обеспечивающие предсказуемость, ожидаемость и единообразие правотворческих и правореализационных процессов*, и предлагает признать основополагающие (общие) принципы национального и международного права, реализуемые в государстве, неоспоримым правом для правотворческих и правореализующих органов и лиц; рассматривать их в качестве фундаментальных форм национального и международного права, реализуемых в государстве [7, с. 5–36].

Профессор Н. А. Гущина раскрывает понятие «единство судебной практики» и определяет его «как правильное, единообразное истолкование и применение законодательства и актов верховной судебной власти всеми судами общей юрисдикции в рамках правового пространства Российской Федерации» [8, с. 84–89].

Нормативная основа единства судебной практики. Содержится в ст. 126 Конституции РФ о даче разъяснений по вопросам судебной практики. Реализация единства судебной практики Верховным Судом РФ в соответствии с действующим законодательством (ст. 126 Конституции РФ, ФКЗ «О Конституционном Суде РФ», ФКЗ «О Верховном Суде РФ» от 05.02.2014, ГПК РФ, АПК РФ, УПК РФ, КАС РФ, КоАП РФ) осуществляется через толкование норм права Пленумом, Президиумом, судебными коллегиями Верховного Суда РФ, которые обеспечивают единство применения норм права судебными органами.

В соответствии со ст. 5 ФКЗ «О Верховном Суде РФ» установлено, что Пленум Верховного Суда РФ рассматривает материалы анализа и обобщения судебной практики и дает судам разъяснения по вопросам судебной практики в целях обеспечения единообразного применения законодательства РФ.

О природе постановлений Пленума Верховного Суда РФ «как источнике права», о прецедентном характере его постановлений, об обязательной силе их применения достаточно много высказано мнений как в советский период, так и в современный [9–17]. Но вопрос об обязательности его постановлений так и не решен на законодательном уровне, что, по нашему мнению, влияет на единообразие и единство судебной практики, которую создает Пленум.

В силу ст. 7 ФКЗ «О Верховном Суде РФ» высший надзорный орган, Президиум Верховного Суда РФ, в целях обеспечения единства судебной практики проверяет судебные акты, вступившие в законную силу в порядке надзора, и фактически контролирует принцип единства судебной практики, получивший закрепление в постановлениях Пленума и Президиума Верховного Суда РФ. Рассматривает отдельные вопросы судебной практики, в его ответах фактически даются разъяснения нормам права для правильного применения их судами. Президиум утверждает Обзоры судебной практики, содержащие наиболее актуальные дела по вопросам применения и толкования норм права, вопросы и ответы по проблемным вопросам применения законодательства.

Судебные коллегии Верховного Суда РФ проверяют судебные акты в апелляционном и кассационном порядке по гражданским, экономическим, административным и уголовным делам, поддерживая единство судебной практики применения и толкования норм права, а в некоторых случаях и сами дают толкование нормам права в конкретном деле для правильного ее применения.

Неправильное истолкование норм права, применение и (или) толкование норм права служат основанием для отмены (изменения) судебного акта вышестоящей инстанцией (апелляция, кассация, надзор), которым в силу закона предоставлено право проверять в апелляционной инстанции правильность истолкования материального и процессуального закона в порядке п. 3 ч. 2 ст. 330 ГПК РФ, п. 3 ч. 2 ст. 270 АПК РФ. В апелляции административного судопроизводства, предусмотренного п. 3 ч. 3 ст. 310 КАС РФ, неправильное истолкование закона, в том числе без учета

правовой позиции, содержащейся в постановлениях Конституционного Суда РФ, Пленума Верховного Суда РФ и Президиума Верховного Суда РФ, влечет отмену судебного решения. Эти положения предоставляют возможность высшей судебной инстанции, судебным коллегиям Верховного Суда РФ проверить не только применение закона, но и правильность его толкования и в случаях ошибочного толкования нормы права дать свое толкование норме права в конкретном деле.

В соответствии с ч. 2 ст. 291-14 АПК РФ, ч. 2 ст. 390 ГПК РФ, п. 5 ч. 1 ст. 329 КАС РФ при рассмотрении дела в кассационном порядке судебной инстанцией проверяются правильность применения и толкования норм материального права и норм процессуального права нижестоящей инстанцией; если допущена ошибка в применении или толковании норм права, судебный акт отменяется или изменяется.

Полномочия Президиума Верховного Суда РФ, закрепленные в п. 5 ч. 1, ч. 2 ст. 342 КАС РФ, п. 5 ч. 1, ч. 2 ст. 391-12 ГПК, п. 5 ч. 1, ч. 2 ст. 308-11 АПК РФ, дают ему возможность при рассмотрении дела в порядке надзора проверять правильность применения и толкования норм материального и процессуального права, а в случае, если допущена ошибка в применении и толковании норм материального права, он имеет право отменить или изменить судебные акты, приняв новое судебное постановление, не передавая дело на новое рассмотрение. В таких случаях Президиум формулирует новый смысл примененной нормы права или подтверждает ранее данное толкование нормы права им самим или Пленумом, поскольку его задача состоит еще в обеспечении и поддержании единства судебной практики.

Конституционный Суд РФ в постановлении от 23 декабря 2013 г. № 29-П отметил, что «вытекающее из статьи 126 Конституции Российской Федерации и конкретизированное в Федеральном конституционном законе от 7 февраля 2011 г. № 1-ФКЗ "О судах общей юрисдикции в Российской Федерации" правомочие Пленума Верховного Суда Российской Федерации давать судам общей юрисдикции разъяснения по вопросам применения законодательства Российской Федерации в целях обеспечения единства судебной практики (п. 1 ч. 4 ст. 14) направлено на поддержание единообразия в толковании и применении норм права судами общей юрисдикции и является одним из элементов конституционного механизма охраны единства и непротиворечивости российской правовой системы» [18].

А. А. Петрунина полагает, что, исходя из анализа действующих норм законодательства, принцип единства судебной практики является одним из руководящих для российской системы правосудия. Следование принципу единства судебной практики помогает судьям принимать законные решения исходя из смысла законодательства, исключая неопределенность в толковании законодательных норм при принятии решений по аналогичным спорам [19, с. 72–75].

Вышесказанное позволяет нам отметить, что под принципом единства судебной практики (закреплен он законодательно или нет, или выработан высшими судебными органами) следует понимать основополагающее начало, идею, обеспечивающую судам в судопроизводстве единообразное применение нормативных правовых актов и их толкование, выработанное высшими судебными органами, при разрешении юридических дел.

Принцип единства судебной практики, поддерживаемый высшими судебными органами, снижает риски в толковании и применении норм права, обеспечивает единство судебной практики, выработанной высшими судебными органами, снимает неопределенность и создает последовательность в применении норм права нижестоящими судами в российском судопроизводстве.

Библиографический список

1. Филиппов, М. А. Судебная реформа в России / М. А. Филиппов. – Санкт-Петербург, 1871. – Т. 2, ч. 1.
2. Судебная власть России. История. Документы. – Москва, 2003. – Т. 3.
3. Калиниченко, А. В. Сенат в системе судебной власти Российской империи : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Калиниченко А. В. – Краснодар, 2011.
4. Немытина, М. В. Суд в России: вторая половина XIX – начало XX в. / М. В. Немытина. – Саратов, 1999.
5. Шершеневич, Г. Ф. Наука гражданского права в России / Г. Ф. Шершеневич. – Москва, 2003.
6. Гук, П. А. Судебная практика Верховного Суда РФ: актуальность применения / П. А. Гук // Арбитражный и гражданский процесс. – 2004. – № 2.
7. Ершов, В. В. Правовая природа, функции и классификация принципов национального и международного права / В. В. Ершов // Российское правосудие. – 2016. – № 3.

8. Гущина, Н. А. Формирование единства практики реализации юридических норм и правовых позиций высшей судебной власти при рассмотрении гражданских дел / Н. А. Гущина // Современное право. – 2014. – № 10.

9. Демидов, В. В. О роли и значении постановлений Пленума Верховного Суда РФ / В. В. Демидов // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 1998. – № 3. – С. 21–24.

10. Иванов, Н. Постановления Пленума Верховного Суда РФ как обязательный «прецедент» / Н. Иванов // Уголовное право. – 2006. – № 2. – С. 30–32.

11. Исаев, М. И. Судебная практика Пленума Верховного Суда СССР как источник советского уголовного права / М. И. Исаев // Ученые записки Всесоюзного научно-исследовательского института советского законодательства. – Москва, 1947. – Вып. V. – С. 81–87.

12. Линская, Ю. В. О правовой природе постановлений Пленума Верховного Суда РФ / Ю. В. Линская // Закон и право. – 2006. – № 11. – С. 61–63.

13. Мадьярова, А. В. Разъяснения Верховного Суда РФ в механизме уголовно-правового регулирования / А. В. Мадьярова. – Санкт-Петербург, 2002.

14. Мартынчик, Е. Прецедентное право: от советской идеологии к международной практике / Е. Мартынчик, Э. Колоколова // Российская юстиция. – 1994. – № 12. – С. 20–22.

15. Марченко, М. Н. Источники права / М. Н. Марченко. – Москва, 2005.

16. Наумов, А. В. Юридическая природа и значение постановлений Пленума Верховного Суда РФ по применению уголовного законодательства / А. В. Наумов // Уголовное право. – 2011. – № 2. – С. 59–63.

17. Рарог, А. И. Правовое значение разъяснений Пленума Верховного Суда РФ / А. И. Рарог // Государство и право. – 2001. – № 2. – С. 51–57.

18. Сборник законодательства РФ. – 2014. – 6 января. – № 1. – Ст. 79.

19. Петрунина, А. А. Принцип единства судебной практики как фактор развития правовой культуры / А. А. Петрунина // Правовая культура. – 2015. – № 1 (20).

ФУНКЦИЯ НОРМОТВОРЧЕСТВА ВЫСШИХ СУДОВ РОССИИ*

Проблема судебного нормотворчества имеет полярные взгляды и до настоящего времени остается актуальной для правовой системы России. В литературе отсутствует единое мнение о судебной практике как источнике права и нормотворческой функции высших судебных органов. В связи с этим потребность в развитии гражданского общества и институтов его защиты требует дальнейшего исследования данного правового явления с учетом различных научных подходов.

Так, в юридической науке сложились две точки зрения по вопросу судебной практики как источника права и судебного нормотворчества. Одни с учетом всех положительных факторов признают судебное нормотворчество и судебную практику источником права, считают, что суд может формулировать нормы для преодоления пробелов в правовом регулировании (М. Н. Марченко, В. В. Лазарев и др.). Тогда как другие не относят судебную практику к источнику права, поскольку у судебных органов нет правотворческих функций, их основная задача – применять закон, а не создавать нормы (В. С. Нерсисянц, О. Е. Кутафин и др.).

В теории судебного нормотворчества можно выделить следующие направления в осуществлении высшими судебными органами нормотворческой функции. Первое связано непосредственно с реализацией высшими судебными органами, в соответствии со ст. 104 Конституции РФ, права законодательной инициативы. Второе позволяет Верховному Суду РФ в соответствии со ст. 126 Конституции РФ давать разъяснения по вопросам судебной практики, а также вырабатывать правовые позиции (судебные нормы). Если первое и отчасти второе направления имеют законодательное закрепление, то выработка, формулирование и придание правовым позициям нормативного характера законодательного признания не имеют и реализуются в практической деятельности высшими судебными инстанциями при осуществлении правосудия, которые опосредованно включаются в нормотворческую деятельность с целью урегулировать спорные отношения.

* Опубликовано: Функция нормотворчества высших судов России // Российская юстиция. 2019. № 3. С. 35–38.

По нашему мнению, нормотворческая функция высших судебных органов начинает действовать тогда, когда это связано с проблемами в нормативно-правовом регулировании общественных отношений, коллизиями между нормативными актами, неопределенностью правовых норм, отсутствием единообразного толкования принципов и норм права, отсутствием новой нормы права после признания прежней не соответствующей нормативному акту с большей юридической силой.

Нормотворческую функцию высших судебных органов следует рассматривать непосредственно через их деятельность, в общей системе функций судебной власти¹. В теории не дается точного понимания нормотворческой функции высших судебных органов.

Исследуя деятельность Федерального Конституционного Суда ФРГ и Конституционного Суда РФ, Н. А. Вересова сделала вывод о нормотворческой функции данных судов и понимает данную функцию как деятельность судов, результатом которой становится принятие в порядке конституционного судопроизводства судебных актов в определенной форме, составной частью которых является нормативное положение, содержащее толкование основных законов².

Следовательно, нормотворческая функция представляет собой целенаправленные действия высших органов судебной власти в определенном виде судопроизводства по выработке правовых позиций (судебных норм), толкованию принципов и норм права, формированию единой судебной практики, с закреплением результатов в судебном акте.

По своему предназначению функции судебных органов и судебной практики могут как совпадать, так и иметь различие, но в большинстве своем они являются производными от деятельности высших судебных органов. Функции судебных органов в основном закреплены в нормативных актах, определяют компетенцию суда в той или иной сфере правоотношений, направлены

¹ О функциях судебной власти см., например: Терехин В. А., Герасимова А. А. Функции судебной власти в механизме Российского государства. Москва, 2015.

² Вересова Н. А. Нормотворческая функция Федеративного Конституционного Суда ФРГ и Конституционного Суда РФ (сравнительно-правовой анализ) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Санкт-Петербург, 2008. С. 8.

на реализацию установленной государственной воли, имеют достаточно широкий диапазон воздействия¹.

При этом следует отличать функции судебной практики от функции судебных органов, формирующих судебную практику. Функции судебных органов направлены на реализацию и защиту конституционных прав, свобод и законных интересов граждан, юридических лиц посредством конституционного, гражданского, уголовного, арбитражного и административного судопроизводства. Судебная практика является продуктом, результатом такой судебной деятельности, в которой содержится судебно-нормативная материя, выполняющая соответствующие функции².

Также в литературе часто используется такой вид функции судебной практики, как нормотворческий. По нашему мнению, эта функция относится к деятельности высших судебных органов по выработке правовых позиций, толкованию принципов и норм права, формированию единой судебной практики, а вот по отношению к судебной практике будет правильнее говорить о правообразующей или нормообразующей ее функции.

Нормообразующая функция судебной практики формируется судебными органами в результате судебной деятельности в силу целенаправленного стремления к реализации той или иной юридической нормы или основополагающего правового принципа³.

Нормотворческую функцию высших судебных органов в правовой сфере воспринимают неоднозначно и связано такое отношение с отсутствием законодательного признания. Но то, что не закреплено в законе, не значит, что фактически не существует в природе, как раз наоборот, нормообразующая (правообразующая) функция содержится в отдельных постановлениях Пленума Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ (упраздненного в августе 2014 г., отдельные постановления Пленума не утратили своего действия), постановлениях и определениях Конституционного Суда РФ. Поэтому если высшие судебные

¹ О функциях судебных органов см., например: Анишина В. И. Функции судов как самостоятельной ветви государственной власти в Российской Федерации // Российский судья. 2006. № 10. С. 14–17.

² Гук П. А. Судебная практика как форма судебного нормотворчества в правовой системе России : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Москва, 2012. С. 14.

³ Боботов С. В. Нормообразующая функция судебной практики // Судебная система России. Москва, 2000. С. 29–31.

органы формируют судебную практику, создают правовые позиции, дают толкование принципам и нормам права, которые обладают нормообразующей функцией, следовательно, эти судебные органы непосредственно реализуют нормотворческую функцию, хотя и не закрепленную в нормативно-правовом акте.

Соглашаясь в принципе с мнением о том, что только законодатель, а не суд может отменить или изменить нормативный правовой акт, не соответствующий Конституции или обычному закону, М. Н. Марченко не разделяет мнение, согласно которому это законодательно закрепленное положение может быть использовано в качестве аргумента в пользу тезиса об отсутствии у Конституционного Суда или любого иного Суда в лице высших органов, правотворческих возможностей¹.

В настоящее время Конституционный Суд РФ и Верховный Суд РФ, не обладая законодательно закрепленной нормотворческой функцией, фактически ее выполняют.

Рассматривая особенности правовых позиций Конституционного Суда РФ, В. Д. Зорькин отмечает, «что правовые позиции Конституционного Суда, содержащиеся в его решениях, по своей сути фактически отражают особого рода правотворчество данного Суда»², «приобретают прецедентное значение и способствуют приращению правовой ткани в источниках права»³.

По мнению Н. С. Бондаря, «правообразующее, нормативно-доктринальное значение деятельности Конституционного Суда и его правовых позиций может проявляться таким образом и в таких конституционно-судебных способах толкования, которые могут рассматриваться в качестве специфической формы судебного нормотворчества»⁴. При этом правовая позиция Конституционного Суда, с какой степенью конкретности или абстрактности она ни была сформулирована, обладает свойством нормативности, полагает А. В. Габов⁵.

¹ Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судейское право. Москва, 2007. С. 411.

² Зорькин В. Д. Современный мир, право и Конституция. Москва, 2010. С. 166.

³ Зорькин В. Д. Конституционный Суд России : доктрина и практика. Москва, 2018. С. 344.

⁴ Бондарь Н. С. Судебный конституционализм в России. Москва, 2011. С. 136.

⁵ Судебная практика в современной правовой системе России. Москва, 2017. С. 159.

Нормативность правовых позиций высших судов ни в коей мере не ущемляет права и свободы граждан, юридических лиц, не нарушает их интересы, а наоборот, защищает их нарушенные права, свободы и законные интересы в случаях пробела, дефекта в законе, признания нормативного акта, нормы права не соответствующей Конституции РФ, регулируя спорные отношения, предавая им определенность и предсказуемость при разрешении дел.

Президент России В. В. Путин, выступая на юбилее Верховного Суда РФ, подчеркнул, что «Большое значение имеет правотворческая деятельность Верховного Суда. Она позволяет восполнять пробелы в законодательстве, устранять противоречия, придает многим нормам большую четкость и ясность»¹.

Эволюционное развитие правовой системы и, в частности, судебных органов позволило выявить нормотворческую функцию высших органов судебной власти. Судебная власть как одна из ветвей государственной власти осуществляет не только функцию правосудия, но и функцию своеобразного судебного нормотворчества в форме судебного прецедента и судебной практики, ее развитие и признание во многом зависит от судебно-правовой политики².

На наш взгляд, с учетом сложившейся судебной практики и научной доктрины судебное нормотворчество следует законодательно признать за Конституционным Судом РФ в форме постановлений и определений, содержащих правовые позиции нормативного характера, толкование принципов и норм права, норм Конституции РФ; за Верховным Судом РФ в форме постановлений Пленума, содержащих правовые позиции, разъяснения о применении норм права, их конкретизацию, толкование принципов и норм права; в форме постановлений Президиума Верховного Суда РФ, содержащих правовые позиции толкования принципов и норм права.

В соответствии с иерархичностью судебной системы высшую силу должны иметь судебные акты Конституционного Суда

¹ Путин В. В. Выступление на торжественном заседании, посвященном 95-летию Верховного Суда России, 23 января 2018 г. URL: <http://www.kremlin.ru/events/president/news/56688> (дата обращения: 10.03.2018).

² Гук П. А. Судебная политика и практика в правовой системе России // Российская юстиция. 2009. № 8. С. 9–11 ; Малько А. В., Храмов Д. В. Судебно-правовая политика: общетеоретический аспект // Российская юстиция. 2012. № 1. С. 26–28 ; Лазарев В. В. Прецедент: реалии и перспективы в российском праве // Российское правосудие. 2012. № 4. С. 6–15.

РФ, затем постановления Пленума и постановления Президиума Верховного Суда РФ. Выработанные ими судебно-нормативные положения действуют до принятия соответствующего нормативного правового акта.

Для разрешения проблемы судебного нормотворчества в российской правовой системе следует закрепить в нормативных правовых актах (ФКЗ «О судебной системе РФ», ФКЗ «О Конституционном Суде РФ», ФКЗ «О Верховном Суде РФ») функцию судебного нормотворчества за высшими судебными органами, определив их полномочия, пределы, форму, механизмы реализации, время действия.

Также необходимо, во-первых, разработать общую концепцию судебного нормотворчества в правовой системе России, включив в нее следующие основные положения:

Российская Федерация конституционно признана демократическим правовым государством. Государственная власть в России осуществляется законодательными, исполнительными и судебными органами, которые в своей деятельности являются самостоятельными.

Судебная власть осуществляется только судами в лице судей посредством конституционного, гражданского административного и уголовного судопроизводства. В Российской Федерации создана централизованная судебная система, судьи имеют высшее юридическое образование, установлена публикация судебных решений в официальных сборниках, что способствует процессу судебного нормотворчества.

В соответствии со ст. 46 Конституции РФ каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод. Не допускается отказ в правосудии по мотиву отсутствия нормативного акта. Высшие судебные органы (Конституционный Суд РФ, Верховный Суд РФ) вправе в случае отсутствия нормы права или закона формулировать правовую позицию (норму судейского права) исходя из общих принципов права, требований разумности и справедливости. Решения высших судебных органов являются обязательными для применения судами Российской Федерации.

В правовой системе России допускается судебное нормотворчество, осуществляемое высшими судебными органами – Конституционным Судом РФ, Верховным Судом РФ.

Судебные акты Конституционного Суда РФ и Верховного Суда РФ, принятые в пределах их компетенции, содержащие правовые позиции, являются дополнительным источником права

и обязательны для всех без исключения органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений должностных лиц, других физических и юридических лиц и подлежат неукоснительному исполнению на всей территории Российской Федерации.

Судейская норма, сформулированная Конституционным Судом РФ, Верховным Судом РФ, выступает регулятором общественных отношений, действует до отмены высшим судебным органом, его создавшим, или до принятия законодателем соответствующей нормы.

Во-вторых, для реализации основных положений концепции необходимо внести дополнения в ч. 4 ст. 79 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», следующего содержания: после предложения «До принятия нового нормативного акта непосредственно применяется Конституция РФ» дополнить предложение «и постановление Конституционного Суда РФ, признавшее данный нормативный акт не соответствующим Конституции РФ».

В-третьих, внести дополнения в Федеральный конституционный закон «О судебной системе в Российской Федерации», дополнив его ст. 6-1 «Судебное нормотворчество» следующего содержания: «Постановления Конституционного Суда РФ, Верховного Суда РФ по вопросам толкования нормативного правового акта, формулирования правовой позиции (судейской нормы) в случае отсутствия нормы права или закона являются дополнительным источником права и обязательны для применения судами Российской Федерации».

В-четвертых, включить в п. 1 ч. 3 ст. 5 Федерального конституционного закона «О Верховном Суде Российской Федерации» принцип обязательности следующего содержания: «Пленум Верховного Суда Российской Федерации: 1) рассматривает материалы анализа и обобщения судебной практики и дает судам разъяснения по вопросам судебной практики в целях обеспечения единообразного применения законодательства Российской Федерации, которые являются обязательными для судебных органов и иных правоприменителей».

Закрепить в Федеральных конституционных законах «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации», «О военных судах Российской Федерации», «Об арбитражных судах в Российской Федерации» обязанность суда ссылаться в своих решениях

на официально опубликованные постановления Пленума Верховного Суда РФ, а также предоставить суду право ссылаться в своих решениях на официально опубликованные постановления Президиума Верховного Суда РФ по конкретным делам, в которых разрешены вопросы о толковании норм права.

Лучше иметь нормотворчество в рамках закона, чем его игнорировать вообще. Этот процесс не скорый, нужно найти те оптимальные процедуры, которые позволили бы высшим судебным органам в пределах своих полномочий осуществлять нормотворческую функцию.

В настоящее время в правовой жизни России идет выработка механизма судебного нормотворчества применительно к национальной правовой системе, наши предложения не являются идеалом модели механизма судебного нормотворчества и также требуют обсуждения, доработки для создания единой процедуры в осуществлении высшими судебными органами нормотворческой функции. В этом и будет заключаться особая роль высших органов судебной власти со своей процедурой судебного нормотворчества и формой ее выражения, отличающаяся от законодательной и исполнительной власти, что позволит оптимизировать развитие судебной власти в движении вперед к правовому государству.

Библиографический список

1. Терехин, В. А. Функции судебной власти в механизме российского государства : монография / В. А. Терехин, А. А. Герасимова. – Москва : Юрлитинформ, 2015.

2. Вересова, Н. А. Нормотворческая функция Федеративного Конституционного Суда ФРГ и Конституционного Суда РФ (сравнительно-правовой анализ) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Вересова Н. А. – Санкт-Петербург, 2008.

3. Анишина, В. И. Функции судов как самостоятельной ветви государственной власти в Российской Федерации / В. И. Анишина // Российский судья. – 2006. – № 10.

4. Гук, П. А. Судебная практика как форма судебного нормотворчества в правовой системе России : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / Гук П. А. – Москва, 2012.

5. Боботов, С. В. Нормообразующая функция судебной практики / С. В. Боботов // Судебная система России : учеб. пособие. – Москва : Дело, 2000.

6. Марченко, М. Н. Судебное правотворчество и судебское право / М. Н. Марченко. – Москва : ТК Велби : Проспект, 2007.

7. Зорькин, В. Д. Современный мир, право и Конституция / В. Д. Зорькин. – Москва : Норма, 2010.

8. Зорькин В. Д. Конституционный Суд России: доктрина и практика / В. Д. Зорькин. – Москва : Норма : ИНФРА-М, 2018.

9. Бондарь, И. С. Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия / И. С. Бондарь. – Москва : Норма : ИНФРА-М, 2011.

10. Судебная практика в современной правовой системе России : монография / Т. Я. Хабриева, В. В. Лазарев, А. В. Габов, А. С. Автономов ; под ред. Т. Я. Хабриевой, В. В. Лазарева. – Москва : Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ : Норма : ИНФРФ-М, 2017.

11. Гук, П. А. Судебная политика и практика в правовой системе России / П. А. Гук // Российская юстиция. – 2009. – № 8.

12. Малько, А. В. Судебно-правовая политика: общетеоретический аспект / А. В. Малько, Д. В. Храмов // Российская юстиция. – 2012. – № 1.

13. Лазарев, В. В. Прецедент: реалии и перспективы в российском праве / В. В. Лазарев // Российское правосудие. – 2012. – № 4.

Научное издание

Гук Павел Александрович

**ОСНОВЫ
судебного нормотворчества**

Технический редактор *Н. А. Сидельникова*

Компьютерная верстка *Н. В. Ивановой*

Дизайн обложки *А. А. Стаценко*

Подписано в печать 09.09.2019.

Формат 60×84¹/₁₆. Усл. печ. л. 14,41.

Тираж 500. Заказ № 319.

Издательство ПГУ

440026, Пенза, Красная, 40.

Тел./факс: (8412) 56-47-33; e-mail: iic@pnzgu.ru

