

Уважаемая Талия Ярулловна!

Уважаемые участники конференции!

Позвольте поприветствовать Вас и поблагодарить за предоставленную мне возможность выступить с докладом, посвященном роли судебной практики в динамике обновления правового пространства.

Говоря о роли судебной практики в правовой системе, принято в первую очередь обращать внимание на различное отношение к судебному прецеденту в странах континентально-европейской и англо-американской правовых систем. При этом основная идея состоит в том, что в англо-американской системе судебный прецедент является источником права, а в континентально-европейской системе, признающей главную роль за нормативными актами, судебный прецедент источником права не является. Далее говорится, что Россия является страной континентально-европейской правовой системы, а следовательно прецедент не является источником российского права.

Такой стереотипный образ, не позволяющий глубже подойти к вопросу о роли судебной практики, со студенческой скамьи закрепляется в сознании молодых людей, получающих юридическое образование. «У нас не прецедентное право» – такое клише сопровождает молодых юристов до тех пор, пока они непосредственно не сталкиваются с юридической практикой. Однако в реальной жизни все далеко не так категорично.

Следует отметить, что выделение континентально-европейской и англо-американской правовых систем является вполне объяснимым и исторически обусловленным. Английское право, являющееся отправной точкой развития всей англо-саксонской системы, изначально было основано на нормах так называемого «общего права», в то время как континентальное право сформировалось в результате рецепции римского права. Безусловно, на ранних этапах правового развития разграничение этих правовых систем по критерию отношения к судебному прецеденту было актуальным и полностью

оправданным. Однако необходимо разобраться в причинах такого разграничения и проследить его эволюцию.

Английское право изначально формировалась на основе практики рассмотрения дел судьями, назначенными королем, а не на основе нормативных актов. Судебные прецеденты включались в сборники, которые служили ориентирами для судов при рассмотрении аналогичных дел.

В странах континентальной Европы на раннем этапе развития также фактически действовала прецедентная система. Например, в средневековом немецком праве решения местных судов включались в сборники наряду со статутами и привилегиями: как писали юристы того времени, это делалось «для вечного руководства на будущие времена». Аналогичная ситуация имела место во французском правопорядке, где решения судов публиковались вместе с нормативными ордонансами.

Такая ситуация имела свои глубинные причины. Дело в том, что самым динамично развивающимся и прогрессивным элементом римского права, воспринятого правопорядками континентальной Европы, являлось преторское право. Цивильное, или квинитское право, издревле регулировавшее отношения римских граждан, отличалось строгим формализмом и консерватизмом, почти не менялось и было ориентировано на привилегированные слои римского общества. Это не позволяло учитывать динамику развития экономических отношений в римском государстве, ставшем основным мировым центром торговли. Источниками преторского права стали эдикты, принимаемые преторами при вступлении в должность и в процессе исполнения ими полномочий. При рассмотрении конкретных дел оперативно издавались эдикты, учитывающие специфику усложняющихся хозяйственных отношений. К концу II века н.э. преторское право окончательно оформилось как основной элемент римского права. Именно преторское право, во многом основанное на конкретных прецедентах, легло в основу континентально-европейских правопорядков.

Аналогичный дуализм возник и в английском праве. К XIV веку стало очевидно, что сформированная королевскими судьями система общего права, отличающаяся крайним формализмом и почти не меняющаяся, стала неэффективной. Предоставляемые общим правом способы защиты могли быть применены при соблюдении такого количества формальных условий, что в огромном числе случаев восстановление очевидно и грубо нарушенного права становилось невозможным. Поэтому в XIII веке был образован суд лорда-канцлера, уполномоченный «смягчить жесткий формализм общего права» и применять собственные правовые подходы, основанные на естественном праве. Прецедентная практика суда лорда-канцлера сформировала так называемое «право справедливости», позволяющее учитывать усложняющиеся отношения в английском обществе.

Такие исторические тенденции развития англо-американской и континентально-европейской правовых систем свидетельствуют о том, что на определенном этапе, когда становилось очевидным наличие в законе серьезных пробелов или недостатков, возникала параллельная система «судебного права справедливости», позволяющая в любой ситуации восстановить нарушенный баланс интересов и реализовать главную цель права – справедливо разрешить спор.

Серьезные изменения в концептуальном подходе континентально-европейских государств к судебному прецеденту были связаны с буржуазным революционным движением, и в первую очередь – с теми изменениями, которые принесла Великая Французская Революция, окончившаяся в 1799 году. Маятник европейской государственности качнулся в обратную сторону: от абсолютной монархии к абсолютному отрицанию монархии. Такие критические моменты истории характеризуются эмоциональным отказом от всего, что дали предыдущие этапы – и от позитивных, и от негативных явлений.

В обществе был достигнут консенсус по вопросу о том, что правотворчеством должны заниматься только избранные народом представители. Никто, кроме избранников народа, не может составлять законы

для этого народа. Именно поэтому общий порыв состоял в том, чтобы полностью лишить судей любых правотворческих функций (тем более, что королевские судьи в общественном сознании прочно ассоциировались с монархической властью).

Опору для таких соображений давали некоторые идеи, высказанные еще Шарлем Монтескье, который называл судей безымянными агентами закона и его устами, призванными механически и беспристрастно применять нормы права к конкретным обстоятельствам. Именно такие идеи предопределили, например, включение в пункт 5 первого титула Кодекса Наполеона запрета судьям выносить решения в виде общего распоряжения.

Другие правовые порядки континентальной Европы быстро отреагировали на нововведения французского законодателя и также запретили судам формулировать правовые позиции общего характера. Это вылилось в законодательное закрепление обязанности судов в случае, если при рассмотрении дела выявлены необходимость толкования права или законодательный пробел, приостановить рассмотрение такого дела и направить законодателю запрос для принятия соответствующего нормативного акта.

Такая система быстро показала свою неэффективность, поскольку единственным ее последствием стало существенное увеличение срока рассмотрения дел судами. Французский гражданский кодекс 1804 года, Германское гражданское уложение 1896 года и другие кодифицированные акты были дополнены указанием на то, что суд не вправе отказать в правосудии со ссылкой на неясность или отсутствие применимого закона. Кроме того, к XIX веку были созданы кассационные суды, призванные обеспечивать единообразное толкование и применение судами закона. В первой половине XIX века в Европе принимаются процессуально-правовые законы, закрепляющие общеобязательный характер правовых позиций, высказанных кассационными судами. Противоречие этим позициям стало основанием для отмены судебного постановления, а пересмотр таких позиций может быть

осуществлен только самим кассационным судом. Началась активная публикация сборников наиболее значимых правовых позиций.

Таким образом, временный отказ континентально-европейских правопорядков от судебного прецедента был обусловлен историческими особенностями их развития. Такой отказ стал реакцией на революционные изменения, а когда «накал страстей» снизился, Европа постепенно вернулась на естественный путь признания обязательной силы за толкованиями кассационного суда. Начиная с 90-х годов прошлого века и до сегодняшнего дня в работах западных юристов по сравнительному правоведению неизменно указывается, что в англо-американской системе наблюдается устойчивая тенденция к росту значения нормативного акта как источника права, что проявляется, в частности, в отказе Верховного Суда США от «судейского активизма» в пользу «судейского консерватизма», а в континентально-европейской системе – к росту значения судебного прецедента, что проявляется, например, в признании первоочередной функцией кассационных судов не выявление конкретных судебных ошибок, а формирование правовых позиций общего характера. Границы, разделяющие правовые системы, постепенно размываются. Формируется единая глобальная правовая среда, в рамках которой появляется все больше смешанных правовых систем (например, современное право Израиля, Канады, а также региональные системы Шотландии и Квебека). Возникают наднациональные системы права, сочетающие в себе элементы различных систем – в частности, в систему права Европейского Союза входят как нормативные правовые акты органов ЕС, так и прецеденты Европейского суда по правам человека.

К сожалению, эти обстоятельства остаются без должного внимания многих российских исследователей. В научной литературе и в различных дискуссиях постоянно приходится слышать о том, что в России разъяснения Пленума Верховного Суда и его правовые позиции не являются источниками права. При этом в ответ на возражения о том, что такого рода разъяснения и позиции имеют общеобязательное значение, а их нарушение является основанием для

отмены судебного постановления как незаконного, отвергаются со ссылкой на то, что акты Верховного Суда не могут содержать норм права. Правовые нормы, по мнению ряда исследователей, может творить только законодатель, а высшая судебная инстанция лишь толкует уже существующее право.

В таком подходе ярко проявляется формальный подход к праву, продиктованный позитивистской правовой школой. В традиционном для российской правовой науки понимании позитивизма право приравнивается к законодательству, а судебные акты содержат лишь толкование правовых норм. Следует отметить, что подобный подход к позитивизму является упрощенным и несколько искажает изначальную суть позитивистского учения. В частности, особое внимание обращает на себя то, что «отец-основатель» позитивистской школы Ганс Кельзен в своем знаменитом труде «Чистое учение о праве» без каких-либо сомнений признает судебное правотворчество. Более того, для Кельзена любое вынесенное судом решение создает новую норму, вытекающую из более общей нормы закона. Таким образом, изначально позитивизм подразумевал, что право является совокупностью правовых норм, содержащихся в том числе в судебных актах. В последующем этот взгляд был существенно искажен, и понятие «норма права» было по сути приравнено к понятию «норма закона».

Развитие правовой мысли с неизбежностью привело к отказу от таких формалистских взглядов. В конце XX века знаменитый исследователь правовых систем современности Рене Давид писал о том, что «кодексы устарели, и это ослабило, если не устранило, законодательный позитивизм XIX века. Мы все более открыто признаем ведущую роль доктрины и судебной практики в формировании и эволюции права, и ни один юрист не считает, что лишь законодательные тексты важны для знания права».

Такие настроения сопровождались возникновением правовых школ с принципиально новыми подходами к правопониманию. В XX веке в Европе и США активно развивается социологическая школа права. Евгений Эрлих, один из ее основоположников, акцентировал внимание на том, что писаное право

(или «право в книгах») не всегда соответствует реальным правилам, по которым в действительности функционирует общество (или «живому праву»). Сторонники социологической школы пытались привлечь внимание юристов именно к живому праву, праву в действии, отойдя от узкого, позитивистского заикливания на нормах законодательства. В США наиболее активно развивали социологическую школу Роско Паунд и Оливер Холмс, который в своей известной книге «Общее право» указал, что «право живет посредством опыта, а не логики».

Социологический подход к праву предполагает, что составными элементами права являются не только правовые нормы, но и правоотношения, в которых эти нормы «живут». Именно в судебных постановлениях наиболее полно проявляется то, как та или иная норма права «живет» в обществе.

Через призму социологического подхода становится ясно, что судебная практика является источником права несмотря на то, что она не содержит и не создает правовые нормы. Судебные акты – источники «живого права». В связи с этим хотелось бы привести мысль знаменитого русского цивилиста Иосифа Алексеевича Покровского, который писал, что «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 в неменьшей степени носитель того же народного правосознания».

В российском правовом порядке ключевыми актами судебного толкования правовых норм являются постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации. Пленум в целях обеспечения единообразного применения законодательства Российской Федерации дает судам разъяснения по вопросам судебной практики.

Говоря о постановлениях Пленума Верховного Суда Российской Федерации, следует отметить, что в сравнительно-правовом аспекте они

представляют собой уникальное правовое явление. В зарубежных правовых порядках в высших судебных инстанциях также сформированы Пленумы, включающие всех судей конкретного суда. Однако Пленумы судов в других правовых порядках наделены либо организационными функциями, либо судебными функциями по надзорному пересмотру вступивших в силу судебных постановлений, либо функциями по разъяснению норм закона, подлежащих применению в конкретном деле и переданных нижестоящей инстанцией на рассмотрение Пленума.

У Пленумов иностранных судов отсутствует полномочие по абстрактному толкованию правовых норм, то есть по толкованию их не в связи с рассмотрением конкретного дела, а по своему усмотрению исходя из целесообразности в конкретный исторический момент разъяснить какую-либо норму. В Российской Федерации толкования, даваемые Пленумом Верховного Суда, являются абстрактными и не связаны с рассмотрением конкретных дел (в отличие, например, от утверждаемых Президиумом Верховного Суда обзоров судебной практики).

Более того, в последние годы изменился сам характер принимаемых Пленумом Верховного Суда Российской Федерации постановлений. Ранее, начиная еще с советских времен, постановления Пленума Верховного Суда СССР, а впоследствии – Российской Федерации, как правило, давали ответы на вопросы, возникшие у нижестоящих судов при рассмотрении конкретных дел. Иными словами, разъяснения Пленума представляли собой реакцию на те или иные проблемы, возникшие в правоприменительной практике. Неслучайно название большинства постановлений Пленума начинались словами «О вопросе, возникшем в судебной практике...».

Сегодня же все чаще наряду с традиционными постановлениями Пленума Верховного Суда Российской Федерации принимаются постановления Пленума Верховного Суда, которые разъясняют последние законодательные изменения в той или иной сфере, в отсутствие какой-либо сложившейся практики применения этих изменений. Разъяснения Пленума не реагируют на судебные

ошибки, а упреждают эти ошибки, заранее представляя судам толкование новых правовых норм. Это связано с нарастающей динамикой обновления законодательства, особенно гражданского. Новое законодательство часто бывает фрагментарным, имеющим пустующие лакуны не урегулированных правом отношений. Такой уровень толкования является вдвойне уникальным и присущим только нашему правопорядку: если принимавшиеся ранее постановления тоже содержали абстрактные толкования, но всё же были обусловлены рассмотрением судами конкретных дел, то некоторые принимаемые в настоящее время постановления Пленума часто не опираются на какую-либо судебную практику, а их авторы имеют «перед глазами» лишь текст правовой нормы.

Именно такой характер имеет, например, целая серия постановлений Пленума Верховного Суда, связанных с реформой Гражданского кодекса Российской Федерации. Еще не успела сложиться практика применения новых гражданско-правовых норм, а у судов уже начали возникать вопросы «на перспективу» о том, как именно им предстоит применять те или иные новые положения. Именно поэтому появились постановления Пленума Верховного Суда «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств», «О некоторых вопросах, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации об исковой давности» и некоторые другие. Кроме того, например, в связи с существенным изменением Закона об ОСАГО было оперативно разработано и принято постановление Пленума Верховного Суда «О применении судами законодательства об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств». В сфере процессуального права «упреждающий» характер носили, например, недавно принятые Пленумом разъяснения новых норм об упрощенном и приказном видах судопроизводства в гражданском и арбитражном процессе.

Думаю, что новый подход к судебному толкованию права отвечает запросам времени, и неслучайно многие зарубежные исследователи обращают на него внимание как на позитивный пример разъясняющей работы суда. Общественные отношения динамично развиваются: появляются принципиально новые виды отношений, а существующие отношения усложняются. Темпы такого развития возрастают с каждым годом. Подобная динамика требует реакции со стороны законодателя, а также со стороны высшей судебной власти. Принятие «упреждающих» разъяснений направлено в первую очередь на защиту интересов граждан и обеспечение принципа правовой определенности: высшая судебная власть не ждет появления типовых ошибок, нарушающих права участников процесса, а предвидит и предотвращает появление такого рода ошибок.

Другим важным фактором, влияющим на динамику обновления правового пространства, является научно-технический прогресс.

Научно-технический прогресс ставит перед судебной системой принципиально новые вопросы, которые ранее были ей неизвестны и не урегулированы законодательно.

В частности, проведение биомедицинских исследований на человеке с использованием его органов и тканей, а также генетического материала ставят перед обществом и судом принципиально новые вопросы, именуемые биоэтикой. Новые трансплантационные технологии, генная инженерия, репродуктивные технологии порождают совершенно новые споры о балансе интересов различных участников этих процедур, а также публичных и этических норм.

Например, вспомогательные репродуктивные технологии, при применении которых отдельные или все этапы зачатия и раннего развития эмбрионов происходят вне материнского организма, существуют не первый год и нашли свое отражение в Федеральном законе «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации», «Об актах гражданского состояния», а также в Семейном кодексе. Суррогатное материнство нельзя назвать «белым пятном»

российского права – нормы, регулирующие соответствующие отношения, содержатся в названных законах. При этом действующее законодательство по вопросу о том, кто будет воспитывать ребенка после его рождения, отдает безусловный приоритет интересам суррогатной матери. При этом какие-либо механизмы учета мнения генетических родителей ребенка, а также интересов самого ребенка законодательством прямо не предусмотрены, но и не запрещены.

Отсутствие прямо предусмотренных законом механизмов учета интересов генетических родителей и новорожденного ребенка породило ситуацию, при которой перед судами встал тяжелейший биоэтический вопрос о балансе интересов биологических и генетических родителей, а также самого ребенка. В судебной практике сформировался существенный дисбаланс в пользу интересов суррогатной матери, при котором отсутствие согласия суррогатной матери на регистрацию генетических родителей ребенка само по себе являлось достаточным основанием для отказа в такой регистрации и не требовало оценки мотивов, которыми руководствовалась суррогатная мать, а также интересов ребенка.

Судами предпринимались отдельные попытки, вникнув в суть проблемы, восстановить нарушенный баланс интересов. В частности, указывалось на необходимость оценки того, действительно ли у суррогатной матери возникли материнские чувства по отношению к ребенку, возможность исполнения родительского долга и обеспечения права ребенка жить и воспитываться в семье. Однако такие попытки судов исправлялись вышестоящими инстанциями как незаконные.

В связи с тем, что назрела необходимость решения возникшей биоэтической проблемы, необходимые разъяснения были даны Пленумом Верховного Суда Российской Федерации. В частности, было указано, что в случае, если суррогатная мать отказалась дать согласие на запись лиц, заключивших договор с суррогатной матерью, в качестве родителей ребенка, то данное обстоятельство не может служить безусловным основанием для отказа в

удовлетворении иска о признании их родителями ребенка и передаче им ребенка на воспитание. В целях правильного рассмотрения дела суду, в частности, следует проверить, заключался ли договор о суррогатном материнстве и каковы условия этого договора, являются ли истцы генетическими родителями ребенка, по каким причинам суррогатная мать не дала согласия на запись истцов в качестве родителей ребенка, и с учетом установленных по делу обстоятельств, а также положений статьи 3 Конвенции о правах ребенка разрешить спор в интересах ребенка.

При этом Пленум Верховного Суда исходит из приоритета гражданско-правового элемента в правоотношениях между генетическими родителями и суррогатной матерью. Наличие между ними обязательственных правоотношений нельзя списывать со счетов – напротив, именно гражданско-правовой договор является основой отношений между суррогатной матерью и генетическими родителями ребенка и основанием возникновения у суррогатной матери определенных обязанностей перед генетическими родителями. Понятно, что этический элемент подобных отношений чрезвычайно сложен и внутренне противоречив. Однако необходимо принимать во внимание, что фундаментом отношений с суррогатной матерью является договор, в связи с чем следует придерживаться более прагматичного подхода, основанного не на эмоциях, а на добросовестности сторон договора и необходимости надлежащим образом исполнить его.

Таким образом высшей судебной инстанцией был разрешен самый сложный биоэтический вопрос о наличии собственных прав и интересов у генетических родителей ребенка.

В качестве еще одного из примеров того, как научно-технический прогресс влияет на даваемые Верховным Судом толкования, можно привести развитие отношений в сфере интеллектуальной собственности. В настоящее время готовится новое постановление Пленума, разъясняющее спорные вопросы применения части IV Гражданского кодекса с учетом произошедших в этой сфере изменений. Постановление будет учитывать появление новых

технических средств и методов распространения произведений, профильных Интернет-ресурсов, а также появление в Интернете средств массовой информации, активно использующих фото- и видеоматериалы.

Взаимосвязь и взаимодействие между законодательством и разъяснениями Пленума Верховного Суда Российской Федерации не ограничиваются толкованием новых правовых норм и приспособлением действующего правового регулирования к новым отношениям, возникающим в обществе. Смысл закона, выявляемый Пленумом Верховного Суда при его толковании, учитывается при разработке проектов федеральных законов, а в некоторых случаях непосредственно служит основанием для разработки законодательных изменений.

Говоря о последних проявлениях такого влияния, можно отметить подготовку Минюстом России законопроекта, меняющего очередность погашения требований по потребительским кредитам. Поводом к разработке этого законопроекта, согласно пояснительной записке к нему, послужило разъяснение Пленума Верховного Суда о недопустимости первоочередного погашения штрафов, неустоек и иных мер ответственности перед другими требованиями, названными в статье 319 Гражданского кодекса (в частности, включающих основной долг, проценты за пользование кредитом и т.д.). Закон о потребительском кредите, в отличие от разъясненного Верховным Судом смысла норм ГК РФ, предусматривает возможность установить в договоре приоритет мер ответственности перед другими требованиями, что, по мнению Минюста, ставит граждан-потребителей в худшее положение по сравнению с участниками отношений, урегулированных Кодексом.

В сфере уголовного права примером подобного законопроекта может служить разработанный Минюстом проект, предусматривающий уточнение предмета коммерческого подкупа. Верховный Суд разъяснил, что по смыслу российского законодательства таким предметом могут быть только имущество, услуги имущественного характера и имущественные права, которые должны получить денежную оценку. В то же время Конвенция Совета Европы об

уголовной ответственности за коррупцию предусматривает, что предмет подкупа может быть в том числе нематериальным и не имеющим денежной оценки. В связи с этим Минюст полагает целесообразным соответствующим образом расширить предмет подкупа в российском уголовном праве.

Следует отметить, что аналогичные разъяснения уголовного закона были даны Верховным Судом в отношении предмета взяточничества, в который могут включаться только имущество, услуги имущественного характера и имущественные права. В связи с этим логичным было бы внесение изменений не только в нормы УК РФ о коммерческом подкупе, но и в нормы о взяточничестве.

Подводя итог сказанному, следует отметить, что судебная практика стала полноценным источником российского права. При этом разъяснения, содержащиеся в постановлениях Пленума Верховного Суда, не содержат правовых норм, но являются составным элементом так называемого «живого права», реальных правоотношений. Такие постановления представляют собой уникальное явление нашей правовой действительности, которое реагирует на динамично развивающиеся законодательство и общественные отношения, способствует повышению правовой определенности и доверия граждан к суду как институту разрешения правовых конфликтов.

Платон говорил, что лучше иметь плохие законы и хороших судей, чем хорошие законы и плохих судей. Развивая эту мысль, известный французский криминалист XIX века Жозеф Ортолан писал, что «честный гражданин еще может не попасть под действие дурных законов, но он лишен средств избежать дурного отправления правосудия, при котором самый обдуманый и справедливый закон превращается в ничто».

Нельзя не согласиться с этими идеями. Представляется, что дальнейшее совершенствование и обеспечение единообразия судебной практики как источника российского права является залогом развития всей российской правовой системы.

Спасибо за внимание!

