СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА КАК ВАЖНЕЙШИЙ ФАКТОР РАЗВИТИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА: ОПЫТ РОССИЙСКОГО И ЗАРУБЕЖНОГО ПРАВА

СИНИЦЫН Сергей Андреевич, ведущий научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук

117218, Россия, г. Москва, ул. Большая Черемушkinsкая, 34

E-mail: synss@mail.ru

Наметившиеся в последнее время тенденции к усложнению законодательной регламентации общественных отношений, активная роль правоприменителя в толковании права в условиях гармонизации европейского права обуславливают необходимость рассмотрения ключевых проблем взаимосвязи судебной практики и законодательства не только на базе отечественного права, но и с учетом богатого зарубежного опыта. И в европейской, и в отечественной правовой доктрине судебная практика рассматривается как самостоятельный объект юридических исследований, вопросы судейского нормотворчества получают неодинаковое разрешение в доктринальных исследованиях, что обусловлено как правовыми традициями развития отдельных правопорядков, так и потребностями развития отдельных национальных правовых систем в настоящем. Особый интерес для исследователя представляют вопросы о понятии судебной практики, судебно-правовых позициях, возможности использования понятия судебного прецедента не только в англо-американской, но и в континентально-европейской системе права. Выявление правовых форм взаимосвязи правоприменительной практики и законодательства позволяет сформулировать и понять методологически значимые принципы и механизмы их взаимодействия, определить эффективные правовые модели развития законодательства и правоприменительной деятельности в правовой системе.

Ключевые слова: законодательство, правоприменительная практика, судебная практика в системе частного права, факторы развития законодательства.

COURT PRACTICE AS A PARAMOUNT LEGISLATION DEVELOPMENT FACTOR: RUSSIAN AND FOREIGN LAW EXPERIENCE

S. A. SINITSYN, leading research fellow of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, candidate of legal sciences

34, Bolshaya Cheremushkinskaya st., Moscow, Russia, 117218

E-mail: synss@mail.ru

A recent discernible trend towards complication of legislative regulation of public relations and an active role of law-enforcement activity in interpretation of law under conditions of harmonization of the European law dictate the need of consideration of key issues of interrelation of court practice and the legislation not only on the basis of national law, but also taking into account a rich foreign experience. Both the European and the national legal doctrine treat court practice as an independent object of legal research. The issues of judicial rule-making are solved differently in doctrinal researches of various countries, which is caused both by legal traditions of specific system of justice development, and current development needs specific national systems of law. Identification of legal forms of interrelation of law-enforcement practice and the legislation makes it possible to formulate and understand, from the methodology point of view, significant principles and mechanisms of their interaction to determine efficient legal models of development of the legislation and the law-enforcement activity within a legal framework.

Keywords: legislature, law enforcement practice, court practice in the system of private law, legislation development factors.

DOI: 10.12737/24304

Традиционно российская правовая система рассматривается как элемент континентально-европейской правовой семьи, принципы организации и развития которой отличны от правопорядков общего права, где признан прецедент как источник права. Считается, что в континентальном праве в отличие от общего суды только применяют, но не создают нормы права. Однако нельзя не видеть, что эта мысль даже в самых авторитетных сочинениях российских правоведов выражена далеко не всегда однозначно. По сути неопределенно и требует серьезных уточнений высказывание, что в странах общего права восполнение пробела в законодательстве может осу-

ществляться высшей судебной инстанцией, а в странах, где «прецедент официально отвергается восполнением пробелов в праве, должны заниматься законодательные органы, хотя и в этих случаях их довольно часто подменяют суды»¹, и это происходит в тех условиях, когда «юридический позитивизм с XIX в. связывает судей уже не буквой, а духом законов»². Для полной солидарности с приведенной точкой зрения не обнаруживается оснований в первую очередь вследствие размытости авторской формулировки, хотя из приве-

¹ Явич Л. С. Общая теория права. Л., 1976. С. 143.

² Там же. С. 141.

денной цитаты с очевидностью следует безоговорочное признание ведущего значения судебной практики в механизме гражданско-правового регулирования и в правовых системах стран континентального права.

Важно акцентировать внимание на том, что правовые системы правопорядков европейского континентального права исторически развиваются по противоположным со странами общего права направлениям и традициям, связывая судью при обосновании принимаемого судебного акта непосредственно нормой закона, а не ранее принятыми судебными актами, которые, конечно, могут использоваться судьей при подготовке судебного акта в силу убедительности их аргументации при разрешении аналогичных дел по существу. В юридических исследованиях признается право суда на интерпретацию правопонимания без привязки к уже принятым судебной практикой шаблонам обоснования, поскольку неукоснительное следование последним не содействует развитию самого законодательства³, а потребности оборота в эффективном законодательстве и общие ориентиры его развития в европейском праве были обозначены именно судебной практикой⁴. В российских доктринальных исследованиях судебная практика традиционно рассматривалась в значении самостоятельного объекта исследований во взаимосвязи с прогнозной оценкой развития гражданского законодательства⁵. Тем не менее эти рассуждения не снимают вопроса о формах взаимосвязи законодательства и судебной практики. Кратко охарактеризуем значимость судебной практики в основных правопорядках континентально-европейской системы права. Германское правосознание изначально отводит судебной практике значимую роль в правовой системе. В сфере гражданско-правового регулирования достаточно указать на то, что BGB содержит специальные нормы о «добрых нравах» и «доброй совести», критерии применения которых определяются исключительно судебной практикой при квалификации поведения субъектов гражданских правоотношений, в результате чего именно правоприменительной деятельностью, а не нормой закона формулируются юридически значимые критерии и принципы определения поведения субъектов гражданского права, как, собственно, и са-

мо содержание «добрых нравов», что де-факто позволяет говорить о судебном нормотворчестве. Как и в Германии, во французской правовой системе судебная практика не является официально признанным источником права. При этом законодательство прямо ограничивает судью в отказе от рассмотрения дела при неясности или неполноте нормативно-правового регулирования (ст. 4 СС), что косвенно наделяет суд правом по восполнению пробелов в праве, но суд при разрешении конкретного казуса не правомочен прямо формулировать нормы или давать универсальные разъяснения по вопросам применения нормы права, которые могли бы применяться при разрешении судами аналогичных дел. Наконец, деятельность судебных органов, осуществляющих конституционный контроль, ориентирована на разрешение коллизий и противоречий между Конституцией и законами при применении конкретных норм права.

Обнаруживаются и иные аспекты взаимосвязи судебной практики и законодательства. Значение правоприменительной практики в странах континентального права, и в российском праве в частности, чрезвычайно велико, поскольку именно на сложившуюся практику ориентировано правосознание судей, ежедневно разрешающих споры, вытекающие из гражданских правоотношений. В условиях активных законодательных инициатив, бурного развития гражданского законодательства именно сформированные судебной практикой подходы в целом отвечают стабильности и менее подвержены спонтанным и сиюминутным изменениям в сравнении с текущим законотворческим процессом, де-факто являясь направляющим ориентиром ежедневной правоприменительной деятельности. Однако нельзя отрицать и двойственного в своем проявлении воздействия судебной практики на законодательство: потенциально судебная практика способна затормозить применение конкретного закона или же, напротив, истолковать нормы законодательства, что обеспечит эффективное применение закона на будущее время. И тот и другой фактор могут иметь как положительные, так и отрицательные последствия для развития правовой системы, но вместе с тем достаточно четко показывают взаимосвязь правоприменительной деятельности и законодательства.

Практически значимый интерес представляет изучение причин изменения сложившейся судебной практики с комплексным анализом рисков и правовых последствий произошедших изменений с прогнозированием направлений будущего развития судебной практики и ее влияния на развитие законодательства. В континентальном праве такое изучение никак не ограничивается сопоставлением судебных актов и выраженных в них правовых позиций по хронологии и сферам допустимого применения, как это имеет место в странах общего права. В исследованиях европейских правоведов, посвященных изучению закономерностей и алгоритма изменения судебных актов Федеральным судом по гражданским делам, выделяются

³ См.: Koziol H., Welser R. Bürgerliches Recht. 13 Aufl. Wien, 2006. Bd. 1. S. 40—41.

⁴ См.: Historisch-kritischer kommentar zum BGB herausg. M. Schmoeckel, J. Rückert, R. Zimmermann. Tübingen, 2003. Bd. I: Allgemeiner Teil. S. 12—14.

⁵ См.: Новицкий И. Б. Источники советского гражданского права. М., 1959. С. 124; Вильнянский С. И. Судебная практика (к вопросу об источниках права): дис. ... д-ра юрид. наук. Харьков, 1946; Венгеров А. Б. Роль судебной практики в развитии советского права: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1965; Сырых В. М. Метод правовой науки (структура методов теоретического познания государства и права): дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1981. С. 86—90.

основные причины изменения сложившейся практики разрешения споров по гражданским делам: необходимость гармонизации складывающейся судебной практики, непредвиденные изменения законодательства⁶.

Развитие общественно-экономических отношений предопределяет запросы имущественного оборота и одновременно является основным стимулом совершенствования действующего гражданского законодательства. Складывающаяся судебная практика позволяет наметить возможные ориентиры будущего развития гражданского законодательства, выявляя пробелы в праве и предлагая уже апробированные на стадии правоприменения варианты их восполнения, показывая тем самым объективно складывающиеся потребности имущественного оборота в изменениях действующего законодательства. Пробельность в праве является объективной закономерностью развития любой системы законодательства, которая совершенствуется синхронно с усложнением и изменением регулируемых правом общественных отношений. В свою очередь, причины возникновения пробелов в праве разнообразны, предопределены разнородными субъективными и объективными факторами. Значение судебной практики велико и с точки зрения непосредственного влияния на складывающиеся гражданские правоотношения. Принцип обязательности судебного акта позволяет утверждать, что со вступившим в силу судебным актом должны считаться не только стороны судебного разбирательства, но и любые третьи лица, поскольку положительный результат разрешения исков о признании, присуждении, преобразовательных исков модернизирует содержание гражданских правоотношений: в этом аспекте показательна различная функциональная нагрузка преюдициальности и обязательности судебных актов, которые нет оснований смешивать с нормативностью. При планировании тактики и стратегии поведения в имущественном обороте в ближайшей и долгосрочной перспективах одним из существенных критериев оценки возможных прогнозов вариативности и оптимальности является именно сложившаяся правоприменительная практика.

Восполнение и преодоление пробелов является актуальной задачей законодателя и судебных органов и ожидаемым правовым последствием их выявления. В теоретической литературе обосновано положение о том, что пробелы в праве не восполняются, а только могут временно преодолеваются судебной практикой⁷, поскольку судебные органы *ex officio* не являются носителями правотворческой компетенции — органами законодательной власти. Это ни в коем случае не умаляет значимость и общеобязательность разъяснений, данных высшими судебными инстанциями для судов, поскольку этим раскрывается значение актов

судебных органов и их взаимосвязь в судебной системе. Преодоление пробелов в праве судебной практикой показывает необходимость реформирования действующего законодательства навстречу развивающимся социально-экономическим отношениям.

По своей сути нормы права — суждения должностования, императивы, часто категорические, политизированные и морализаторские, оценивать эффективность которых следует в категориях эффективности, а в этом аспекте практика правоприменения — один из надежных критериев — эффективность закона и эффективность правоприменения соотносятся между собой как общее и особенное⁸, соответственно и рост числа рассматриваемых дел отражает положительную динамику, которой подтверждается и экономическая стабилизация и использование спорящими сторонами цивилизованных методов разрешения споров⁹. В этом смысле и судебное право является незаменимым средством приведения огромного массива судебных принципов, правил и институтов к единому знаменателю¹⁰.

Концептуально континентальное европейское право основано на принципе верховенства права и принципе разделения властей. Практика не может составлять конкуренцию законам, а должна способствовать эффективности правоприменения. Развивая принципы континентального права, российская правовая традиция исторически исходит из того, что правоприменительная деятельность только опирается на действующее законодательство и не создает ни норм, ни квазинорм права, в то время как отступление (неприменение нормы права или ее неправильное применение) от действующего законодательства рассматривалось как «незнание судьей собственного закона, подлежащего применению», что в ретроспективе предлагалось предупреждать и пресекать применением мер дисциплинарного и имущественного воздействия непосредственно к судьям вплоть до лишения чинов и состояний¹¹. Еще ранее в программных документах развития отечественного законодательства указывалось, что «власть судебная состоит в одном исполнении законов, и то для того, чтобы сомнения не было о свободе и безопасности граждан»¹². Данные об-

⁸ См.: Лазарев В. В. Правоприменительная практика как критерий эффективности закона / В. В. Лазарев. Избранные труды. М., 2010. Т. 1. С. 640, 643.

⁹ См.: Яковлев В. Ф. Авторитет судебных решений: законность, компетентность, объективность / В. Ф. Яковлев. Избранные труды. М., 2013. Т. III: Арбитражные суды: становление и развитие. С. 27.

¹⁰ Мурадян Э. М. Судебное право. СПб., 2007. С. 15.

¹¹ См.: Дильтей Ф. Г. Диссертация об исследованиях юридических или о дедукциях судебных дел ou *Mémoires raisonnées*. СПб., 1781. С. 12.

¹² Наказ ее Императорского Величества Екатерины Второй самодержицы Всероссийской, данный комиссии о сочинении проекта нового Уложения. СПб., 1770. С. 56.

⁶ См.: Keil U. Die Systematik privatrechtlicher Rechtsprechungsänderungen. Tübingen, 2007.

⁷ См.: Лазарев В. В. Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974. С. 11, 131.

стоятельства свидетельствуют об отсутствии историко-правовых предпосылок и необходимости развития прецедента в российской правовой системе. Следует критически оценить часто раздающиеся в последнее время призывы «наконец-то признать прецеденты в российском праве». В первую очередь обращают на себя внимание неясность и разночтения в понимании прецедента самими российскими юристами, которое существенно расходится с пониманием прецедента в англо-американской системе права, где прецедент раскрывается в качестве системообразующей основы всей правовой системы. Структурные и содержательные особенности прецедента (case law) свидетельствуют о бессмысленности и невозможности его имплантации в иную правовую традицию. Прецедентное право тесно связано и с особенностями построения судебной системы, ролью звена судебной системы предопределяется значимость применяемого прецедента: Палата лордов (House of Lords), Апелляционный суд (Court of Appeal, Civil Division), отделения Высокого суда (Divisions High Court of Justice), — судебные акты судов графств прецедентов не создают, в то время как прецедент может быть изменен только законом или актом вышестоящего суда. Прецеденты не систематизированы, а в правовой доктрине их значимость оценивается по-разному (как создание нормы при разрешении спора, как обязательное правило при разрешении аналогичных дел, как выражение правового принципа, на который опирается принятый судебный акт), сам же прецедент состоит из двух частей *obiter dictum* и *ratio decidendi*, где силу источника права имеет именно сущность решения, которая по тексту судебного акта в большинстве случаев обособляется.

Российское право не только не имеет опыта развития конструкции прецедента, но и до сих пор не определилось в базовых и принципиально значимых понятиях. Актуальными вопросами для обсуждения в теоретической и отраслевой юридической науке остается вопрос об определении и соотношении понятий «судебно-правовые позиции» и «судебная практика». Российскими авторами высказано мнение о понятии и значении правовых позиций арбитражных судов различных инстанций, которое, как представляется, возможно было бы уточнить. Так, предлагается видеть различия в содержании правовых позиций, выраженных арбитражными судами различных инстанций: при рассмотрении дела в первой инстанции судебная правовая позиция основана на сделанных судом выводах по результатам исследования фактических обстоятельств дела и их правовой квалификации, в суде апелляционной инстанции правовая позиция «формируется как некая гарантия правомерности и обоснованности позиции первой инстанции», в кассационном производстве судебные правовые позиции ограничены оценкой правильности применения судами норм материального и процессуального права, а в суде надзорной инстанции и вовсе судебные правовые позиции следует различать как единоличные (о принятии к произ-

водству надзорной жалобы) и коллегиальные (решение вопроса о направлении дела в Президиум)¹³. Нельзя не видеть условность этой классификации, опирающейся прежде всего на перечисление стандартных полномочий судов различных инстанций при отправлении правосудия, а также не учитывать, что принимаемые судьями единолично судебные акты, в которых решается вопрос только об открытии производства по поступившему заявлению, не содержат выраженной правовой позиции, которая может быть оценена, а только обеспечивают равный доступ к правосудию за защитой нарушенных прав при соблюдении формально установленных законодательством требований. В связи с этим уместно оговориться: нами признается юридическое значение за всеми судебно-правовыми позициями, выраженными в судебных актах, в которых содержится юридически значимая квалификация спорных гражданских правоотношений. Нельзя не видеть целевых и функциональных различий в формулировке судебно-правовых позиций различными судебными инстанциями: сформулированные подходы первой, апелляционной и кассационной инстанций отражают судебскую оценку обстоятельств конкретного разрешаемого дела, а позиции высшей инстанции являются ориентиром к созданию единой правоприменительной практики.

Расхождения складывающейся правоприменительной практики с положениями действующего законодательства возможно охарактеризовать как восполнение мнимых пробелов в праве и неправосудные судебные акты. С позиций обеспечения законности и правопорядка крайне важно, чтобы преодолеваемый судебной практикой пробел в законодательстве существовал действительно и нуждался в восполнении, а его временное преодоление не оказалось способом обхода «неудобных» для спорящих сторон положений действующего закона, поскольку в противном случае повсеместное нарушение законов и казуистически вольное отступление от общеобязательных положений законодательства неминуемо. Явным перегибом и дефектом правосознания следует считать позицию отдельных судей, которые во избежание возможной отмены принимаемого судебного акта в мотивировочной части судебных актов больше ориентируются на постановления Пленума высшей судебной инстанции, а не на нормы материального права. Едва ли возможно абсолютизировать утверждение, что правовые позиции Президиума ВАС РФ являлись правовым средством унификации судебной практики, а при судебном представительстве юрист, изучивший правовые позиции ВАС РФ, имеет заведомое и несомненное преимущество¹⁴. В российской юридической литературе уже

¹³ См.: Власенко Н. А., Гринева А. В. Судебные правовые позиции. М., 2009. С. 64, 100—101.

¹⁴ См.: Иванов А. А. Правовые позиции Высшего Арбитражного Суда РФ и развитие гражданского права на современном этапе // Российский судья. 2012. № 3.

делались выводы о недействительности постановлений высших судебных органов в том случае, если они «идут вразрез с законом», поскольку на изменение действующих нормативных актов высшие судебные органы не уполномочены¹⁵, или высказывались сомнения в правомерности принятия Пленумом высшей судебной инстанции «разъяснений нормативного характера, выходящих за пределы применения аналогии или конкретизации действующих норм»¹⁶.

В постсоветский период развития российского законодательства за судами (как арбитражными, так и судами общей юрисдикции) были закреплены широкие полномочия по нормоконтролю, которые не следует рассматривать как вид судебного правотворчества: 1) неприменение нормативного правового акта, не соответствующего положениям акта большей юридической силы; 2) признание нормативного правового акта недействующим.

Отметим, что в системе арбитражных судов неприменение конкретного нормативно-правового акта без его предварительного признания недействующим было востребовано в значительно меньшей степени, чем в судах общей юрисдикции. Законодательное закрепление данных полномочий показывает еще

одно направление воздействия правоприменительной деятельности на систему законодательства, обеспечивающее построение системы источников гражданского законодательства по их юридической силе, но никак не обосновывающее действие судебного нормотворчества в российской системе права.

С формальной точки зрения ни АПК РФ, ни ГПК РФ не устанавливают неприменение судом для обоснования принятого судебного акта постановлений высших судебных инстанций как специального основания отмены принятого судебного акта, но на практике такая возможность всегда сохраняется, если неприменение правовой позиции связать с неправильным толкованием закона, подлежащего применению при разрешении дела.

Напротив, практика Конституционного Суда РФ создает своего рода предположение о наличии в законе такого положения, по сути подтверждающая правоту сторонников идеи о судебном нормотворчестве в российском праве: в постановлении Конституционного Суда РФ от 21 января 2010 г. № 1-П указано, что правовая позиция ВАС РФ является основанием пересмотра уже вынесенных судебных актов, а толкование закона высшими судебными органами является обязательным для нижестоящих судов на будущее время. При этом следует учитывать, что в правоприменительной деятельности еще в бытность ВАС РФ сохранялась возможность неприменения сформулированных им правовых позиций со ссылкой на несопоставимые фактические обстоятельства разрешаемых дел.

¹⁵ См.: Лазарев В. В. Пробелы в праве и пути их устранения. С. 142.

¹⁶ Роль судебной практики в совершенствовании гражданско-правового регулирования // Судебная практика в советской правовой системе / под ред. С. Н. Братуся. М., 1975. С. 136 (автор главы — К. Б. Ярошенко).

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

- Historisch-kritischer kommentar zum BGB herausg. M. Schmoeckel, J. Rückert, R. Zimmermann. Tübingen, 2003. Bd. I: Allgemeiner Teil. Keil U. Die Systematik privatrechtlicher Rechtsprechungsänderungen. Tübingen, 2007.
- Koziol H., Welser R. Bürgerliches Recht. 13 Aufl. Wien, 2006. Bd. 1.
- Венгеров А. Б. Роль судебной практики в развитии советского права: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1965.
- Вильнянский С. И. Судебная практика (к вопросу об источниках права): дис. ... д-ра юрид. наук. Харьков, 1946.
- Власенко Н. А., Гринева А. В. Судебные правовые позиции. М., 2009.
- Дильтей Ф. Г. Диссертация об исследованиях юридических или о дедукциях судебных дел ou Mémoires raisonnées. СПб., 1781.
- Иванов А. А. Правовые позиции Высшего Арбитражного Суда РФ и развитие гражданского права на современном этапе // Российский судья. 2012. № 3.
- Лазарев В. В. Правоприменительная практика как критерий эффективности закона / В. В. Лазарев. Избранные труды. М., 2010. Т. 1.
- Лазарев В. В. Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974.
- Мурадян Э. М. Судебное право. СПб., 2007.
- Новицкий И. Б. Источники советского гражданского права. М., 1959.
- Роль судебной практики в совершенствовании гражданско-правового регулирования // Судебная практика в советской правовой системе / под ред. С. Н. Братуся. М., 1975.
- Сырых В. М. Метод правовой науки (структура методов теоретического познания государства и права): дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1981.
- Явич Л. С. Общая теория права. Л., 1976.
- Яковлев В. Ф. Авторитет судебных решений: законность, компетентность, объективность / В. Ф. Яковлев. Избранные труды. М., 2013. Т. III: Арбитражные суды: становление и развитие.