РОЛЬ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ В ПРАВОВОЙ СИСТЕМЕ: РОССИЙСКИЙ ОПЫТ В МИРОВОМ КОНТЕКСТЕ*

МОМОТОВ Виктор Викторович, секретарь Пленума, судья Верховного Суда Российской Федерации, высший квалификационный класс судьи, доктор юридических наук, профессор
121260, Россия, г. Москва, ул. Поварская, 15
E-mail: ssrf@ssrf.ru

В российской правовой науке распространена точка зрения, согласно которой судебный прецедент не является источником российского права, поскольку отечественный правопорядок входит в континентально-европейскую правовую систему, негативно относящуюся к прецедентному праву. Ряд исследователей полагают, что судебная практика не содержит правовых норм, в связи с чем не может быть признана составной частью правовой системы Российской Федерации.

В настоящей работе проведен теоретико-правовой и исторический анализ места и роли судебной практики в англо-американской и континентально-европейской правовых системах. Показано, что на протяжении длительных периодов времени прецеденты признавались источниками права не только в Великобритании и США, но и в основных правопорядках Европы, а в настоящее время разграничение правовых систем по критерию отношения к судебному прецеденту уходит в прошлое. Кроме того, на базе исследования различных правовых школ (прежде всего, позитивистской и социологической) продемонстрировано, что негативное отношение к прецедентному праву чаще всего обусловлено формалистским и устаревшим пониманием термина «источник права», связанным с неверной интерпретацией позитивистского учения.

Отмечены актуальные тенденции развития судебной практики как источника права. В частности, описаны «упреждающие» разъяснения нового правового регулирования Пленумом Верховного Суда Российской Федерации и уникальный характер таких разъяснений в глобальном контексте, влияние научно-технического прогресса и запросов гражданского общества на разъяснения высшей судебной инстанции. Показано взаимное влияние законодательства и судебной практики.

Ключевые слова: судебная практика, источники права, судебный прецедент, Пленум Верховного Суда Российской Федерации.

THE ROLE OF JUDICIAL PRACTICE IN THE LEGAL SYSTEM: RUSSIAN EXPERIENCE IN THE WORLD CONTEXT

V. V. MOMOTOV, secretary of the Plenum, judge of the Supreme Court of the Russian Federation, judge of the highest qualification class, doctor of legal sciences, professor
15, Povarskaya st., Moscow, Russia, 121260
E-mail: ssrf@ssrf.ru

In Russian legal science there is a wide-spread belief according to which legal precedents are not sources of Russian law, because Russian legal system forms a part of continental legal system. Various researchers believe that judicial practice does not contain legal norms and consequently case law is not a component of Russian legal framework.

The present paper contains the theoretical and historical legal research of the place and role of case law in Anglo-American and continental legal systems. It's shown that for long historical periods legal precedents were recognized as sources of law not only in Great Britain and the USA, but also in major European legal systems, while at the present time differentiation of legal systems with respect to their attitude towards case law is becoming outdated. Furthermore, based on the research of various legal scholars' traditions (principally of the positivistic and the sociological traditions) this article demonstrates that negative attitude towards case law is largely determined by the formalistic and obsolete understanding of the term "source of law", coming from the misinterpretation of positivism.

The paper also presents the current development trends of case law as a source of law. In particular the article outlines the proactive interpretations of new statutory provisions issued by the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation, the global uniqueness of such interpretations and the influence of scientific-technological progress and public needs on the highest court's interpretations. The mutual interference of case law and statutory law is shown.

Keywords: case law, sources of law, judicial precedent, the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation.

DOI: 10.12737/article_59bbac1c6741c2.52388894

Вопрос о роли и месте судебной практики в правовой системе России на протяжении последних лет был и остается одним из самых дискутируемых в теории права. Подход к институту судебного прецедента оказался наиболее актуальным кри-

терием, разграничивающим различные юридические школы и подходы к правопониманию. Более того, различное отношение к прецеденту на сегодняшний день является одной из главных причин, по которым по-прежнему проводится четкая грань между англо-американской и континентально-европейской правовыми системами.

С сожалением приходится констатировать, что в дискуссиях о роли судебного прецедента в россий-

* Статья подготовлена на основе выступления В. В. Момотова на XII Международной школе-практикуме молодых ученых-юристов.

ском праве часто задействуются различные предрассудки, домыслы, стереотипы и устаревшие данные. Это вполне объяснимо: советская теоретико-правовая наука, давшая нам множество достижений и сформировавшая блестящую юридическую школу, отвечала реалиям и запросам своего времени. Новые обстоятельства и потребности требуют обновления фундаментальных исследовательских подходов; такая закономерность естественна не только для юриспруденции, но и для любой другой сферы гуманитарного знания. Поэтому сегодняшняя правовая наука нуждается в более глубокой и учитывающей современную действительность оценке фундаментальных позиций, в том числе подходов к прецедентному праву.

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. В реальной жизни все далеко не так категорично.

Отметим, что выделение континентально-европейской и англо-американской правовых систем является вполне объяснимым и исторически обусловленным. Английское право, являющееся отправной точкой развития всей англосаксонской системы, изначально было основано на нормах так называемого общего права, в то время как континентальное право сформировалось в результате рецепции римского права¹. Безусловно, на ранних этапах правового развития разграничение этих правовых систем по критерию отношения к судебному прецеденту было актуальным и полностью оправданным. Необходимо разобраться в причинах такого разграничения и проследить его эволюцию.

Английское право изначально формировалось на основе практики рассмотрения дел судьями, назна-

ченными королем, а не на основе нормативных актов. Судебные прецеденты включались в сборники, которые служили ориентирами для судов при рассмотрении аналогичных дел². Важным фактором, во многом определившим всю дальнейшую судьбу англо-американской правовой системы, стало то, что в этой системе не произошла рецепция римского права³. По сути, это означало, что у английских и особенно американских юристов, занимавшихся правотворчеством, отсутствовал тот огромный массив древнего права, к которому постоянно апеллировали континентально-европейские юристы. Англосаксонское право писалось «с чистого листа», причем в американском праве это происходило практически при полном отсутствии каких-либо нормативных правовых актов⁴. В отсутствие нормативно-правового массива не было предпосылок для кодификации правовых норм, и поэтому правотворческие функции естественным путем были возложены на суды, рассматривающие конкретные дела.

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 ордонансами⁵.

Такая ситуация имела свои глубинные причины. Дело в том, что самым динамично развивающимся и прогрессивным элементом римского права, воспринятым 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 являлись 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 в. н. э. преторское

² См.: *Baker J. H. An Introduction to English Legal History. Butterworths LexisNexis, 2002. P. 89—93.*

³ См.: *Stein P. Roman Law and English Jurisprudence Yesterday and Today. Cambridge, 1969. P. 4—6.*

⁴ См.: *Friedman L. M. A History of American Law. 2nd ed. 2005. P. 475.*

⁵ См.: *Демченко Г. В. Судебный прецедент. Варшава, 1869. С. 25—36.*

¹ См.: *Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1988. С. 41—43.*

право окончательно оформилось как основной элемент римского права⁶.

До кодификации Юстиниана основным источником развития римского права выступало судебное и преторское правотворчество, основанное на работах знаменитых римских юристов⁷. Именно преторское право, базирующееся на конкретных прецедентах, легло в основу континентально-европейских правовых порядков.

Аналогичный дуализм возник и в английском праве. К XIV в. 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 грубо нарушенного права становилось невозможным. Поэтому в XIII в. был образован суд лорда-канцлера, уполномоченный смягчать 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 обществе⁸.

Такие исторические тенденции развития англо-американской и континентально-европейской правовых систем свидетельствуют, 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 Великой Французской Революцией, окончившейся в 1799 г. 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

избранных 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)⁹.

Опорой для таких соображений давали идеи, высказанные еще Ш. Монтескье, который называл судей безымянными агентами закона и его устами, призванными механически и беспристрастно применять нормы права к конкретным обстоятельствам¹⁰. Именно такие идеи предопределили, например, включение в п. 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 акта¹¹.

Такая система быстро показала свою неэффективность, поскольку единственным ее последствием стало существенное увеличение срока рассмотрения дел судами. Французский гражданский кодекс 1804 г., Германское гражданское уложение 1896 г. и другие кодифицированные акты были дополнены указанием, что суд не вправе отказать в правосудии со ссылкой на неясность или отсутствие применимого закона. Кроме того, к XIX в. были созданы кассационные суды, призванные обеспечивать единообразное толкование и применение судами закона. В первой половине XIX в. 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 позиций¹².

Говоря о мировой юридической мысли, следует отметить, что она чутко реагировала на все изменения в подходе к роли судебной практики в правовой системе государства, причем реагировала критически: ко-

⁹ См.: *Van Caenegem R. C. Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History*. Cambridge, 1987. P. 156—157.

¹⁰ См.: *Монтескье Ш.* О духе законов // Избранные произведения. М., 1955. С. 297.

¹¹ См.: *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. М., 2000. Т. I. С. 138, 184—185.

¹² См.: *Демченко Г. В.* Указ. соч. С. 42—46.

⁶ См.: *Зайков А. В.* Римское частное право в систематическом изложении. М., 2012. С. 31—37; *Покровский И. А.* История римского права. СПб., 1998. С. 127—132.

⁷ См.: *Новицкий И. Б.* Основы римского гражданского права. М., 2000. С. 18—27.

⁸ См.: *Worthington S.* Equity. 2nd ed. Oxford University Press, 2006. P. 24—29.

гда роль судебной практики возрастала, правовая доктрина настаивала на повороте к позитивизму, а когда судебная практика утрачивала прежнее значение — ученые начинали настаивать, что без судейского правотворчества правовую систему ожидают застой и дальнейший крах. Нельзя сказать, что такая тенденция дискредитирует юридическую доктрину — напротив, как показала практика, имманентно присущий правовой мысли критический настрой выступает одной из главных движущих сил правового развития.

На заре формирования континентально-европейской правовой системы, а именно в процессе рецепции римского права главным направлением правового развития была пандектистика, а основой юридической науки — пандектная методология, предполагавшая скрупулезное изучение римских источников (прежде всего *Corpus Juris Civilis* Юстиниана) и комментирование их отдельных норм (вспомним деятельность глоссаторов, которая по сути сводилась именно к комментированию положений римского права). Привыкшие к такому способу интерпретации правовых норм пандектисты критически относились к тому, что судебные толкования нередко приравнивались к общим правовым положениям¹³. Так, Г. Ф. Пухта и (в ранние годы) Р. фон Иеринг рассматривали «юриспруденцию концепций» как самостоятельный и самодостаточный живой организм, не нуждающийся в дополнении в лице судебной практики¹⁴. «В судейском кресле судья является не чем иным, как... машиной для вынесения решений, автоматом права», — писал немецкий правовед и социолог Г. Радбрух¹⁵.

Со временем, однако, стала очевидной архаичность норм римского права и их несоответствие новым реалиям общественной жизни. Поэтому Р. фон Иеринг на более поздних этапах своего творчества стал критиковать консервативную пандектистику, указывая, что прежде и сам был ее сторонником, однако с учетом изменившихся обстоятельств вынужден признать, что римское право было порождением другого времени и другого народа, в связи с чем оно все больше отрывается от современной действительности¹⁶. Формалистская пандектистика стала объектом резкой критики и со стороны других видных европейских правоведов. Так, О. Бюлов писал, что законодательство как таковое еще не есть право, а лишь «набросок», проект той системы права, которой еще предстоит сложиться в будущем и окончательно построить которую в одиночку законодателю не под силу¹⁷. Й. Колер

указывал на недопустимость формального подхода к праву как к некой разновидности «математики», которая стремится все охватить сомнительным понятийным аппаратом: смысл правовой нормы динамичен и в условиях реальных общественных отношений постоянно меняется, а многие вопросы вообще не имеют однозначного ответа в праве¹⁸.

Такие настроения породили возникновение правовых школ с принципиально новыми подходами к правопониманию. В XX в. в Европе и США активно развивается социологическая школа права. Е. Эрлих, один из основоположников так называемого движения за свободное право, акцентировал внимание на том, что писаное право и формально определенное право не во всех случаях соответствует реальным правилам, по которым в действительности функционирует общество (так называемому «живому праву») ¹⁹. Сторонники социологической школы (в отличие от позитивистов) концентрировались на изучении живого права, а не только нормативно-правовых текстов. В США основоположниками социолого-правовой школы выступили Р. Паунд и О. Холмс. Последний в труде «Общее право» указал, что «право живет посредством опыта, а не логики»²⁰.

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 обществе²¹.

Социологическая школа права оказывала существенное влияние на судебную практику. Толкуя положения кодифицированных актов, суды смело вводили новые правовые институты и излагали позиции общего характера: например, в Германии именно через судебную практику были введены институты преддоговорной ответственности (*culpa in contrahendo*) и расторжения договоров в связи с существенным изменением обстоятельств, которые стали особенно востребованными в связи с началом Первой мировой войны²². Впоследствии эти институты нашли отражение почти во всех кодификациях гражданского права, включая Гражданский кодекс РФ. Формальными основаниями для судебного правотворчества стали предусмотренные в первых главах всех европейских кодексов «каучуковые нормы», со-

¹⁸ См.: *Муромцев С. А.* Творческая сила юриспруденции // Юридический вестник. 1887. № 9. С. 114—115.

¹⁹ См.: *Ehrlich E.* Fundamental Principles of the Sociology of Law. 2002. P. 340.

²⁰ *Holmes O. W.* The Common Law. 1881. URL: <http://www.gutenberg.org>.

²¹ См.: *Ehrlich E.* The Sociology of Law // 36 Harvard Law Review. 1922—1923. P. 141.

²² См.: *Heidemann M.* Methodology of Uniform Contract Law. Springer Science and Business Media, 2007. P. 46—47.

¹³ См.: *Цвайгерт К., Кетц Х.* Указ. соч. Т. I. С. 216.

¹⁴ См.: *Dawson J. P.* The Oracles of the Law. 1968. P. 456.

¹⁵ *Радбрух Г.* Введение в науку права. М., 1915. С. 67.

¹⁶ См.: *Иеринг Р. фон.* Борьба за право // Избранные труды: в 2 т. СПб., 2006. Т. I. С. 77.

¹⁷ См.: *Kohler J.* Judicial Interpretation of Enacted Law // Science of Legal Method: Selected Essays by Various Authors. Boston, 1917. P. 187—200.

держащие общие правовые принципы и предназначенные для содержательного наполнения именно через судебную практику. Такое явление получило название «бегство в общие положения»²³.

В начале XX в. социологическая школа права в Европе несколько сдала свои позиции в связи с усилением этатистских тенденций, а также приходом к власти в Германии национал-социалистов. Однако уже после Второй мировой войны именно социологический подход к праву стал наиболее востребованным: необходимо было обосновать отказ в применении судами некоторых положений нацистского законодательства. В связи с этим появилась известная формула Радбруха: закон остается правовым независимо от его справедливости, но теряет свое правовое значение в том случае, если степень несправедливости оказывается чрезмерной и невыносимой²⁴.

В современных условиях немецкие суды продолжают формировать общие правовые позиции, которые иногда даже формируют новые правовые институты: например, несмотря на наличие в Германском гражданском уложении прямого запрета компенсации морального вреда, Верховный суд ФРГ допустил возможность такой компенсации в случае грубого нарушения личных неимущественных прав гражданина.

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 1990-х гг. 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 выражается, например, в признании первоочередной функцией кассационных судов не выявление конкретных судебных ошибок, а формирование правовых позиций общего характера²⁵. Границы, разделяющие правовые системы, постепенно размываются. Формируется единая глобальная право-

вая 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 элементы различных систем — в частности, в систему права Европейского Союза входят как нормативные правовые акты органов ЕС, так и прецеденты Европейского суда по правам человека²⁶.

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 права²⁷. При этом возражения, 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 формальное правовопонимание, продиктованное позитивистской правовой школой. В традиционном для российской правовой науки понимании позитивизма право приравнивается к законодательству, а судебные акты содержат лишь толкование правовых норм. Отметим, что подобный подход к позитивизму является упрощенным и несколько искажает изначальную суть позитивистского учения. В частности, отец-основатель позитивистской школы Г. Кельзен в знаменитом труде «Чистое учение о праве» без каких-либо сомнений признает судебное правотворчество. Более того, для автора 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 актах²⁸. 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 кон-

²³ См.: Dawson J. P. Op. cit. P. 461—465.

²⁴ См.: Radbruch G. Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law. Oxford Journal of Legal Studies, 2006. P. 151—153.

²⁵ См., например: Farber D. A., Frickey P. P. Law and Public Choice: a Critical Introduction. The University of Chicago Press, 2010. P. 88.

²⁶ Подробнее об этом см.: Лафитский В. И. Сравнительное правоведение в обзорах права. М., 2010; Энтин Л. М. Право Европейского союза и правовое обеспечение защиты прав человека. М., 2012.

²⁷ См., например: Курбатов А. Я. Прецедентное право в России: пренебрежение к законам и усугубление проблем правоприменения // Закон. 2011. № 4. С. 103—110.

²⁸ См.: Kelsen H. What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science: Collected Essays by Hans Kelsen. 2000. P. 221.

це XX в. знаменитый исследователь правовых систем современности Р. Давид писал: «Кодексы устарели, и это ослабило, если не устранило, законодательный позитивизм XIX в. 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»²⁹.

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 приведем мысль знаменитого русского цивилиста И. А. Покровского: «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»³⁰.

Русская дореволюционная юриспруденция характеризовалась разнородным отношением к судебной практике и к возможности признания судебного прецедента источником права. Отечественные юристы не могли игнорировать огромное значение кассационной практики Сената на развитие права и формирование правил общего характера. Реакция ученых была во многом предопределена тем, что прецедентная практика в России начала формироваться вместе с независимым судом, т. е. только с 1864 г. К этому моменту в Европе уже сформировались различные школы правопонимания с диаметрально противоположными подходами к судебному прецеденту. «Хлынув» в российскую правовую науку, каждая из этих школ нашла видных сторонников.

В частности, С. А. Муромцев самым активным образом выступал в поддержку признания судебного прецедента источником права. Он писал, что «стоя лицом к лицу к закону несовершенному... судья должен положиться немедленно на свои собственные силы и серьезно приступить к регламентации гражданско-правового порядка, не дожидаясь, пока выступит законодатель на пополнение допущенных им пробелов. Неизвестно, в какой степени законодателю удастся исполнить в будущем то, что от него ожидается, основательно или неосновательно. Время не ждет, и, не увлекаясь надеждами, судья должен делать свое дело»³¹. Еще одним из ярких сторон-

ников судебного правотворчества был Ю. С. Гамбаров: «Судебной практике постоянно приходилось и приходится изменять, дополнять и даже отменять... закон, если он оказывается в противоречии с наличными потребностями... и также постоянно создавать, под влиянием тех же импульсов, новое право — задолго до того, как это последнее получает законодательное освещение»³².

Среди российских правоведов, отрицавших значение судебной практики как источника права, одной из наиболее значимых фигур был Г. Ф. Шершеневич, указывавший на недопустимость ситуации, при которой «норма, выработанная и объявленная в законном порядке, могла быть неприменяема или извращаема в своем смысле теми судьями... которые не сочувствовали ее появлению или не сочувствуют ее сохранению (*dura lex, sed lex*)»³³. Обращает на себя внимание то обстоятельство, что наши дореволюционные юристы, отрицавшие прецедентное право, исходили из понимания права как совокупности норм, содержащихся в нормативных правовых актах. При этом вопросы о том, что понятия «норма права» и «норма закона» не являются равнозначными, и уж тем более о том, что право не сводится только к правовым нормам, даже не ставились на обсуждение.

В советский период на законодательном уровне было закреплено полномочие Пленума Верховного Суда СССР давать руководящие разъяснения нижестоящим судам. Соответствующее полномочие предусматривалось в ст. 9 Положения о Верховном Суде СССР, утвержденном Законом СССР от 12 февраля 1957 г. В статье 3 Закона СССР от 30 ноября 1979 г. «О Верховном Суде СССР» и вовсе было предусмотрено, что руководящие разъяснения Пленума Верховного Суда СССР обязательны для судов, других органов и должностных лиц, применяющих закон, по которому дано разъяснение.

В современном российском правовом порядке ключевыми актами судебного толкования правовых норм являются постановления Пленума Верховного Суда РФ. Пленум в целях обеспечения единообразного применения законодательства Российской Федерации дает судам разъяснения по вопросам судебной практики (п. 1 ч. 3 ст. 5 Федерального конституционного закона от 5 февраля 2014 г. № 3-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации»).

Отметим, что постановления Пленума Верховного Суда РФ в сравнительно-правовом аспекте представляют 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 организационны-

²⁹ Давид Р. Указ. соч. С. 467.

³⁰ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 2003. С. 273.

³¹ Муромцев С. А. Суд и закон в гражданском праве // Юридический вестник. 1880. № 14. С. 391—392.

³² Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть. М., 2003. С. 11—12.

³³ Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. М., 1910. С. 236.

ми 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 Пленума³⁴.

У Пленумов иностранных судов отсутствует полномочие по абстрактному толкованию правовых норм, т. е. 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 характер принимаемых Пленумом Верховного Суда РФ 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. Не случайно название большинства постановлений Пленума начинались словами «О вопросе, возникшем в судебной практике...».

Сегодня же наряду с традиционными постановлениями Пленумом Верховного Суда РФ все чаще принимаются постановления, разъясняющие 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 все 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, серия постановлений Пленума Верховного Суда, связан-

ных с реформой Гражданского кодекса РФ. Еще не успела сложиться практика применения новых гражданско-правовых норм, а у судов уже начали возникать вопросы «на перспективу», 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 др. 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, в частности, недавно принятые Пленумом разъяснения новых норм об упрощенном³⁵ и приказном³⁶ видах судопроизводства в гражданском и арбитражном процессе.

Введение в российский правопорядок института банкротства граждан потребовало незамедлительного разъяснения соответствующих законодательных новелл, поскольку применение процедуры банкротства существенным образом сказывается не только на правах и обязанностях гражданина-банкрота, но и на правовом положении третьих лиц. Законодательные положения о банкротстве граждан вступили в силу с 1 октября 2015 г., а уже 13 октября 2015 г. было принято постановление Пленума Верховного Суда РФ № 45 «О некоторых вопросах, связанных с введением в действие процедур, применяемых в делах о несостоятельности (банкротстве) граждан».

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 участни-

³⁴ См.: *Lundmark T. Charting the Divide between Common and Civil Law. Oxford, 2012. P. 361.*

³⁵ См.: Российская газета. 2017. 25 апр.

³⁶ См.: БВС РФ. 2017. № 2.

ков процесса, а предвидит и предотвращает появление такого рода ошибок.

Другим важным фактором, влияющим на динамику обновления правового пространства, является научно-технический прогресс, который ставит перед судебной системой принципиально новые вопросы, ранее ей неизвестные и не урегулированные законодательно.

В частности, проведение биомедицинских исследований на человеке с использованием его органов и тканей, а также генетического материала ставит перед обществом и судом проблему биоэтики. Развитие трансплантационных технологий, генной инженерии, репродуктивных технологий порождает 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 отражение в федеральных законах от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации», от 15 ноября 1997 г. «Об актах гражданского состояния», а также в Семейном кодексе РФ. Суррогатное материнство нельзя назвать «белым пятном» российского права — нормы, регулирующие соответствующие отношения, содержатся в названных законах. 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, а также оценки возможности исполнения родительского долга и обеспечения пра-

ва 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 в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 16 мая 2017 г. № 16 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел, связанных с установлением происхождения детей». 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 ст. 3 Конвенции о правах ребенка разрешить спор в интересах ребенка (п. 31).

При этом Пленум Верховного Суда РФ 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.

Примеры влияния научно-технического прогресса на разъяснения закона, даваемые высшей судебной инстанцией, не ограничиваются биоэтическими вопросами. Так, в связи с развитием коммуникационных технологий и наличием почти у каждого гражданина мобильного телефона, позволяющего принимать СМС-сообщения, 9 февраля 2012 г. было принято постановление Пленума Верховного Суда РФ

№ 3 «О внесении изменений в некоторые постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации», предусматривающее возможность почти по всем категориям дел направлять участникам процесса СМС-извещения.

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 четвертой Гражданского кодекса РФ 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 сети Интернет средств массовой информации, активно использующих фото- и видеоматериалы.

Судебная практика не может не реагировать на социальные и экономические изменения, а также на актуальные вопросы жизни гражданского общества. Запросы, ежедневно формирующиеся в обществе или в отдельных его группах, адресованы в том числе судебной системе, и, исходя из принципов открытости и демократизма, суды должным образом реагируют на эти запросы. В частности, потребность в гуманизации системы уголовного преследования и противодействии использованию уголовно-правовых методов для давления на бизнес привели к принятию постановлений Пленума Верховного Суда РФ от 27 июня 2013 г. № 19 «О применении судами законодательства, регламентирующего основания и порядок освобождения от уголовной ответственности» и от 15 ноября 2016 г. № 48 «О практике применения судами законодательства, регламентирующего особенности уголовной ответственности за преступления в сфере предпринимательской и экономической деятельности». Необходимость усиления мер по борьбе с терроризмом стала одной из основных причин разработки и принятия постановления Пленума Верховного Суда РФ от 9 февраля 2012 г. № 1 «О некоторых вопросах судебной практики по уголовным делам о преступлениях террористической направленности». Серьезные пробелы трудового законодательства, снижающие уровень правовой защищенности отдельных категорий граждан, стали основанием для принятия постановлений Пленума Верховного Суда РФ от 28 января 2014 г. № 1 «О применении законодательства, регулирующего труд женщин, лиц с семейными обязанностями и несовершеннолетних» и от 24 ноября 2015 г. № 52 «О применении судами законодательства, регулирующего труд спортсменов и тренеров».

Взаимосвязь и взаимодействие между законодательством и разъяснениями Пленума Верховного Суда РФ не ограничиваются толкованием новых право-

вых норм и приспособлением действующего правового регулирования к новым отношениям и запросам, 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 проекта федерального закона «О внесении изменений в статью 5 Федерального закона “О потребительском кредите (займе)”», 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 ст. 319 Гражданского кодекса РФ (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 федерального закона «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации (в части усиления ответственности за коррупцию)», предусматривающий уточнение предмета коммерческого подкупа и взятки. 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 или взятки 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.

Подводя итог сказанному, отметим, что судебная практика стала полноценным источником российского права. При этом разъяснения, содержащиеся в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ, 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 раз-

вивающиеся 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 в. Ж. Ортолан писал: «Честный гражданин еще может не попасть под действие дурных законов, но он лишен средств избежать дурного отправ-

ления правосудия, при котором самый обдуманный и справедливый закон превращается в ничто»³⁷.

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.

³⁷ Цит. по: Кони А. Ф. Нравственные начала в уголовном процессе // Кони А. Ф. Избранные произведения. М., 1956. С. 57.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

- Baker J. H. An Introduction to English Legal History. Butterworths LexisNexis, 2002.
- Dawson J. P. The Oracles of the Law. 1968.
- Ehrlich E. Fundamental Principles of the Sociology of Law. 2002.
- Ehrlich E. The Sociology of Law // 36 Harvard Law Review. 1922—1923.
- Farber D. A., Frickey P. P. Law and Public Choice: a Critical Introduction. The University of Chicago Press, 2010.
- Friedman L. M. A History of American Law. 2nd ed. 2005.
- Heidemann M. Methodology of Uniform Contract Law. Springer Science and Business Media, 2007.
- Holmes O. W. The Common Law. 1881. URL: <http://www.gutenberg.org>.
- Kelsen H. What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science: Collected Essays by Hans Kelsen. 2000.
- Kohler J. Judicial Interpretation of Enacted Law // Science of Legal Method: Selected Essays by Various Authors. Boston, 1917.
- Lundmark T. Charting the Divide between Common and Civil Law. Oxford, 2012.
- Radbruch G. Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law. Oxford Journal of Legal Studies, 2006.
- Stein P. Roman Law and English Jurisprudence Yesterday and Today. Cambridge, 1969.
- Van Caenegem R. C. Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History. Cambridge, 1987.
- Worthington S. Equity. 2nd ed. Oxford University Press, 2006.
- Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть. М., 2003.
- Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1988.
- Демченко Г. В. Судебный прецедент. Варшава, 1869.
- Зайков А. В. Римское частное право в систематическом изложении. М., 2012.
- Иеринг Р. фон. Борьба за право // Избранные труды: в 2 т. СПб., 2006. Т. I.
- Кони А. Ф. Нравственные начала в уголовном процессе // Кони А. Ф. Избранные произведения. М., 1956.
- Курбатов А. Я. Прецедентное право в России: пренебрежение к законам и усугубление проблем правоприменения // Закон. 2011. № 4.
- Лафитский В. И. Сравнительное правоведение в обзорах права. М., 2010.
- Монтескье Ш. О духе законов // Избранные произведения. М., 1955.
- Муромцев С. А. Творческая сила юриспруденции // Юридический вестник. 1887. № 9.
- Муромцев С. А. Суд и закон в гражданском праве // Юридический вестник. 1880. № 14.
- Новицкий И. Б. Основы римского гражданского права. М., 2000.
- Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 2003.
- Покровский И. А. История римского права. СПб., 1998.
- Радбрух Г. Введение в науку права. М., 1915.
- Российская газета. 2017. 25 апр.
- Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. М., 2000. Т. I.
- Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. М., 1910.
- Энтин Л. М. Право Европейского союза и правовое обеспечение защиты прав человека. М., 2012.