

Министерство образования и науки Российской Федерации
Ярославский государственный университет им. П. Г. Демидова

Н. Н. Тарусина

**О судебном усмотрении:
заметки семейноведа**

Ярославль 2011

УДК 347.61/.64
ББК Х 629.2+Х 624
Т 22

*Рекомендовано
Редакционно-издательским советом университета
в качестве научного издания. План 2010/2011 учебного года*

Рецензенты:
доктор юридических наук, профессор,
заслуженный юрист РФ **Туманова** Лидия Владимировна,
доктор юридических наук, профессор **Ильина** Ольга Юрьевна

**Тарусина, Н. Н. О судебном усмотрении: заметки
семейноведа** : монография / Н. Н. Тарусина; Яросл. гос.
Т 22 ун-т им. П. Г. Демидова. – Ярославль: ЯрГУ, 2011. –
288 с.

ISBN 978-5-8397-0825-9

В книге исследуются понятие, предпосылки и формы проявления судебного усмотрения в гражданском процессе – преимущественно на материале семейного права, семейного законодательства и судебных семейных дел.

Издание адресовано ученым и практикующим юристам, а также аспирантам и студентам, обучающимся по программам аспирантуры, магистратуры, специалитета и бакалавриата направления «Юриспруденция».

УДК 347.61/.64
ББК Х 629.2+Х 624

ISBN 978-5-8397-0825-9

© Ярославский государственный
университет им. П. Г. Демидова, 2011

Вместо введения

Предлагаемое сочинение является результатом зимних размышлений 2011 года, поводом к которым послужили суждения ученого «Х» одной из отраслевых юридических наук о судебном усмотрении, понимаемом им чрезвычайно узко и не без негативного контекста. Захотелось осмотреться, прислушаться и «попробовать на вкус» элементы из данного информационного пространства. В результате композиция судебного усмотрения представилась на порядки объемней и содержательней.

В данном сочинении «обняты» не все его аспекты. Акценты сделаны на предпосылки усмотрения и те классические виды (выделяемые и отделяемые друг от друга, как правило, искусственным образом) юридической практики, которые осуществляются с той или иной долей дискреционного начала. Напротив, тема его пределов представлена сжато – в основном по трем причинам. Во-первых, данные пределы довольно подробно исследованы в специальных работах. Во-вторых, указанные контексты частично встроены нами в означенную «классику». В-третьих, некоторые из них, притом наиболее значимые – идеи справедливости, гуманизма и другие, – требуют самостоятельного, более чем вдумчивого, внимания и, возможно, особой готовности и подготовленности автора, которых в себе не ощущаю.

Последние два слова в названии книги означают две вещи: автор делится впечатлениями о прочитанном, иногда выстраивая и некие автономные суждения, вектор же размышлений направлен преимущественно в сферу семейного права и законодательства, хотя и не настолько энергично, чтобы исключить экскурсы и в сферы иного рода.

Н. Тарусина

Глава 1 || Судебное усмотрение как творческое и активное начало правосудия

Право как творческое и активное начало правосудия стабильно и изменчиво, оригинально и преемственно, случайно и закономерно, формально и оценочно, логично и противоречиво, определено и неопределенно, верно и ошибочно... Все эти вполне аксиоматичные утверждения рожают не только «многие беды и печали», но и позитивные виды юридической деятельности, а среди них – **усмотрение** – обычного правоисполнителя, администратора, суда и других правоприменителей¹.

В зарубежных источниках, отмечает Г. В. Мальцев, дискреционная власть носителей публичных функций определяется как право действовать официально на основе собственных суждений и совести, как правило, неконтролируемых со стороны суждений и совести других; в такой интерпретации **дискреция** не является ни средством ликвидации пробельности в праве,

¹ Разумеется, усмотрение не всегда является позитивным – за пределами ограничений, налагаемых основными началами и конкретными нормами соответствующей правовой системы, оно модифицируется в свое негативное состояние в виде ошибочной деятельности или в виде крайнего его проявления – волюнтаризма. Некоторые российские ученые полагают, что «основой большинства социальных отношений, преимущественным способом воздействия на людей стало усмотрение», «чистая сущность» которого, в принципе, противопоставляется знанию, истине; социально предпочтительнее, полагают они, закон, как бы он ни был строг, а не усмотрение – как бы оно ни было мягко; однако, поскольку закон есть объективно-субъективный континуум, постольку даже его прекрасные образцы не исключают основы для усмотрения уже в позитивном контексте – возможность выбрать вариант поведения, ограниченный законными пределами. Впрочем, с сожалением замечает Е. Г. Лукьянова, и сам закон нередко является результатом ценностной дезориентации законодателей, что усиливает негативную мощь усмотрения при его применении (см.: Лукьянова Е. Г. Строгость закона следует предпочесть обманчивой легкости усмотрения // Правоведение. 2009. № 3. С. 14–21).

ни способом прояснения правовой ситуации. Напротив, здесь все определенно прописано – остается лишь принимать решение как результат дискреционной власти. В подобном качестве определенности, продолжает автор, часто воспринимается и судебская дискреция – в ней нет произвольного и неограниченного, ибо, допуская ее, «закон не потакает прихотям судей, но легитимирует практику принятия судебных решений на базе фактов и с учетом юридических норм, беспристрастных решений о том, что является справедливым и правильным в данных обстоятельствах; к дискреции относятся традиционно с настроенностью, однако благодаря ей право снимает в себе избыток формализма и жесткой императивности, ... переходит на свободные методы регулирования, приближающиеся по мере возможного к тому, чего в действительности хочет человек»².

«Где есть право, – отмечает А. Барак, – там будет и судебское усмотрение. История права есть также история расширения или сужения судебного усмотрения в различные времена и при различных обстоятельствах, согласно соответствующим политическим соображениям. Таким образом, даже самая острая критика... не стремится к его полному устранению. Реальный вопрос состоит не в том, следует или не следует допускать существование судебного усмотрения. Реальный вопрос – это должный объем, пределы судебного усмотрения»³.

Р. Дворкин видит три варианта усмотренческой деятельности: первый, когда соответствующий долг «усмотрителя» определяется такими стандартами, которые разумный человек может интерпретировать по-разному; второй являет собой случаи окончательности решения – в том смысле, что никакая более высокая инстанция не может пересмотреть или отменить его; третий, когда множество стандартов, налагающих на «усмотрителя» обязанности, фактически не имеют целью навязать ему какое-то определенное решение⁴.

² Мальцев Г. В. Социальные основания права. М.: Норма, 2007. С. 587–588.

³ Барак А. Судейское усмотрение. М.: Норма, 1999. С. 352–353.

⁴ См.: Дворкин Р. О правах всерьез. М., 2004. С. 104.

Степень творчества со стороны исполнителя (в том числе правоприменителя), подчеркивал Н. А. Гредескул, при установлении действия *in concreto*, требуемого правом, зависит от способа описания типажа этого действия законодателем: нередко право не описывает его как таковое, а указывает только те цели, которые должны быть достигнуты, оставляя при этом «широкий простор усмотрению и находчивости исполнителей», то есть «количество» творчества, потребного для конкретизации действия, определяется характером «задания» со стороны права⁵.

«Неспособный к творчеству судья, – замечает М. И. Клеандров, – не судья, а ремесленник в худшем смысле слова: он буквально натягивает рассматриваемое им дело – в его процессуально-судебном оформлении – на трафарет, а количество этих трафаретов к тому же у него весьма ограничено». Разумеется, это творчество не безгранично, даже в тех случаях, когда судья оперирует оценочными понятиями («разумный», «справедливый» и т. д.), оно лимитировано многочисленными правилами, профессиональными способностями и опытом по их применению к конкретному делу, а также другими пределами⁶.

Составители судебных уставов Российской империи, заимствовав определенные элементы судебной активности (в том числе, расширительного судейского толкования), в Уставе уголовного суда произвели, например, следующую запись: «... все судебные установления обязаны решать дела по точному разуму существующих законов, а в случае неполноты, неясности или противоречия законов... должны основывать решение на общем

Р. Дворкин иллюстрирует эти типажи примерами не из «судейской жизни». Первый типаж: сержант решает по собственному усмотрению, если ему приказано взять для патрулирования пять наиболее опытных солдат. Второй: решение о том, находится ли игрок в положении вне игры, оставляется на усмотрение судьи на линии (бокового судьи). Третий: по условиям арендного договора арендатору предоставляется возможность самому решать вопрос о продлении договора.

⁵ См.: Гредескул Н. А. К учению об осуществлении права. Харьков, 1900. С. 98.

⁶ См.: Клеандров М. И. Статус судьи: правовой и смежные компоненты. М.: Норма, 2008. С. 323–324.

смысле законов» (ст. 12); «воспрещается останавливать решение дела под предлогом неполноты, неясности или противоречия законов. За нарушение сего правила виновные подвергаются ответственности, как за противозаконное бездействие власти» (ст. 13)⁷.

«Прежняя бедность общественной жизни, — замечает М. В. Баглай, характеризуя современные тенденции правовой действительности, — и скованность человеческой инициативы сейчас сменяется таким их многообразием, что никаких законов для регулирования конфликтов и споров уже недостаточно. ... Тот, кто в этих все усложняющихся условиях отрицает необходимость судебного усмотрения, тем самым обрекает трудноразрешимые конфликты, которые из жизни все равно не вычеркнуть, на неурегулированность, а общество — на хаос»⁸.

Заведомо зная содержание настоящего сочинения, уточним, что речь идет не только о трудных случаях (или «трудных делах»⁹), но и о большинстве самых разнообразных судебных дел, даже и относительно «легких» для разрешения, так как и в них найдется, пусть и малая, но толика усмотрения — либо в виде выбора альтернативы, либо в форме оценки фактов и доказательств, либо в связи с толкованием термина и т. д.

Первый бросок исследовательского «спиннинга» в информационное пространство поименованной проблемы следует, видимо, произвести в относительно спокойный сектор **терминологии**. Однако не в контексте этимологии и семантики, а для определения степени корректности употребляемых эпитетов — «судейское» и «судебное».

В широком аспекте, полагает П. А. Гук, понятия «судебное усмотрение» и «судейское усмотрение» могут совпадать, однако в узком понимании, по субъекту, они существенно различаются¹⁰.

⁷ См.: Ярославцев В. Г. Нравственное правосудие и судебское правоотворчество. М.: Юстицинформ, 2007. С. 267.

⁸ Баглай М. В. Вступительная статья к книге А. Барака «Судейское усмотрение».

⁹ Термин А. Барака и других авторов.

¹⁰ См.: Гук П. А. Судебный прецедент: теория и практика. М.: Юрлитинформ, 2009. С. 81.

Впрочем, это различие приводится автором в весьма странном контексте: категория «судебное усмотрение» охватывает деятельность, осуществляемую не только отдельными судьями, но и всеми другими работниками аппарата суда, а категория «судейское усмотрение» применяется при осуществлении правосудия только судьями. Поэтому не случайно, продолжает автор, А. Барак связывает исследуемый процесс с опытом, интуицией и правовым мировоззрением судьи¹¹.

Однако, во-первых, А. Барак напрямую о данных терминах не рассуждает. Во-вторых, мимоходом все же делает оговорки, позволяющие предположить и развить идею о большем объеме понятия «судебное усмотрение» и, возможно, включенности в него второго термина как части: власть суда зиждется не на мощи, не на оружии, а на моральной санкции устойчивого общественного доверия; из этого вытекает образ судьи с завязанными глазами и риторика о том, что решает «суд», а не «судья»¹². Следует также учесть, что представления А. Барака о сущности и формах усмотрения имеют суженные границы, подвижность которых несколько противоречива: с одной стороны, автор рассматривает усмотрение как полномочие, данное судье, выбирать между двумя и более альтернативами, когда каждая из них законна¹³; с другой стороны, проговаривается о том, что данной деятельностью охватывается и толкование нормы, и применение аналогии, и, в определенном смысле, судебнопредцедентная деятельность¹⁴.

Классики¹⁵ процессуальной цивилистики (М. А. Гурвич, К. И. Комиссаров, А. Т. Боннер и др.¹⁶) склоняются к использова-

¹¹ Гук П. А. Судебный прецедент: теория и практика.

¹² См.: Барак А. Указ. соч. С. 252.

¹³ См.: Там же. С. 13.

¹⁴ Там же. С. 83, 91–92, 107–109, 117 и др.

¹⁵ Имеются в виду и ныне здравствующие ученые.

¹⁶ См.: Гурвич М. А. Судебное решение: теоретические проблемы. М.: Юридическая литература, 1976. С. 102–109; Боннер А. Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе. М.: Юридическая литература, 1980. С. 41 и след.; Комиссаров К. И. Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства. Свердловск, 1971. С. 24–26. И др.

нию понятия «судебное усмотрение». Поскольку данные авторы в терминологическую дифференциацию не вдаются, можно предположить, что они руководствуются соображением о том, что суд есть собирательный образ единоличного судьи, коллегиального судейского состава, главная фигура гражданских процессуальных правоотношений.

Представители теории права склоняются к широкому прочтению вопроса¹⁷, а наук уголовного права и уголовного процесса почти единодушно используют эпитет «судейское»¹⁸. В то же время М. А. Кауфман использует эти термины как тождественные – судейское (судебное) усмотрение¹⁹.

О. А. Папкина, фиксируя очевидные идеи о суде коллегиальном и единоличном и институте особого мнения судьи, подчеркивает: «Усмотрение суда состоит из дискреции отдельных судей, т. е. судейского усмотрения, находящего закрепление либо в судебном акте, либо в судебном постановлении и в особом мнении». Поэтому, заключает автор, корректнее говорить о судейском усмотрении²⁰.

Видимо, договориться не удастся. Нам, тем не менее, представляется, что судебное усмотрение как вид юридической деятельности – понятие более широкое, а судейское усмотрение, во-первых, есть вид усмотрения судебного, во-вторых, связано с конкретными характеристиками судьи (беспристрастность, профессиональные качества, индивидуальное правосознание и т. п.). В терминологическом смысле (и не только) первое тяготеет к объективному порядку вещей, второе – субъективному.

¹⁷ См., например: Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судейское право. М.: Проспект, 2009. С. 99; Берг Л. Н. Судебное усмотрение и его пределы: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2008; Ермакова К. П. Пределы судебного усмотрения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010. И др.

¹⁸ См., например: Бойко А. И. Язык уголовного закона и его понимание. М.: Юрлитинформ, 2010. С. 233; Грачева Ю. В. Проблемы судейского усмотрения в российском уголовном праве. Владимир, 2005; Кауфман М. А. Пробелы в уголовном праве и судейское усмотрение. М.: Юрлитинформ, 2009. И др.

¹⁹ См.: Кауфман М. А. Указ. соч. С. 321–322.

²⁰ Папкина О. А. Усмотрение суда. М.: Статут, 2005. С. 38.

Второй бросок исследовательского «спиннинга» имеет направление в область сущего, притом что к понятию судебного усмотрения мы неизбежно в первом приближении уже продвинулись. Четко выверенная формула судейского усмотрения, отмечает М. И. Клеандров, желательна, но самоцелью не является – у нее множество социально значимых граней, в том числе и важнейший, «сугубо прагматический аспект, позволяющий, точнее обещающий по объективному критерию, если он будет выработан, быстро и в большинстве случаев объективно оценивать отношение судьи к принятому и провозглашенному им судебному акту и также объективно оценить (через оценку этого акта) самого судью с точки зрения исполнения им правосудной функции»²¹.

Первичное определение судебного усмотрения через власть выбора между двумя и более законными альтернативами, данное А. Бараком, далее им усложняется рядом факторов и характеристик, да и сам выбор оказывается отнюдь не сродни простой диспозитивной норме с вариантами поведения. «Там, где существует судейское усмотрение, – пишет А. Барак, – закон как бы говорит: "Я определил содержание правовой нормы до этой точки. Отсюда же надлежит тебе, судья, определять содержание правовой нормы, ибо я, правовая система, не в состоянии сказать тебе, какое решение нужно выбирать"»²². Дело выбора затрудняется отсутствием теста, «лакмусовой бумажки» на законность варианта решения. Право не создало точных измерительных приборов. На практике всякий профессиональный судья точно знает (или легко определяет), что законно и какие возможности незаконны. Но между этими полюсами, продолжает автор, – варианты, в отно-

²¹ Клеандров М. И. Указ. соч. С. 317.

Автор одновременно подчеркивает никчемность (термин наш – *Н. Т.*) схоластического теоретизирования в данном вопросе. Однако в любом теоретическом сочинении на заданную юридическую тему грань между схоластикой и пользой иной раз столь тонка, что совет не всегда выполним. В этой связи заранее покаемся и в некоторой схоластике.

²² Барак А. Указ. соч. С. 14.

шении которых профессиональные судьи могут в своих оценках разойтись²³. Они, по мнению А. Барака, могут сводиться к трем вопросам. Первый – вопрос о фактах: именно относительно них, как правило, спорят, и их должен установить суд²⁴, отмечая не-существенное и отыскивая верное и ключевое. Второй – вопрос о применении нормы, которая нередко предлагает ему широкие рамки альтернативы, отсылая к стандарту поведения (небрежность, разумность, добросовестность), к цели (защита интересов публичного порядка, наилучшая забота о ребенке и т. д.), к ценности (справедливость, уважение и др.). При таком типе ситуации судья, констатирует А. Барак, «переводит» нормативный декрет на специфический случай, то есть осуществляет конкретизацию²⁵. Третий вопрос касается выбора нормы – в связи с трудностью определения сферы ее действия, коллизией норм и т. п.²⁶

Однако автор, не обозначая позиции в качестве вопросов четвертого и пятого, выходит за им же установленные рамки и констатирует как вариант усмотрения применение, в случае «лакуны», аналогии закона и права²⁷, а также судебское правотворчество²⁸. Соответственно на количество и качество судебного усмотрения, по мнению автора, влияет характер самого дела, состояние законодательства, тип правовой системы, «состав личности» судьи²⁹.

Таким образом, пусть и без четкого, схематичного выделения форм судебного усмотрения, с «притоплением» его элементов в «океане» пространных размышлений о задачах и функциях судьи и других идеях, формирующих судебскую «ауру», А. Ба-

²³ Барак А. Указ. соч. С. 17.

²⁴ Там же. С. 21.

Поскольку в состязательном процессе именно стороны, как правило, определяют масштабы конфликта, суду открывается лишь частичная картина действительности. Он смотрит на нее «сквозь узкие окна тяжбы». (Барак А. Указ. соч. С. 236–237).

²⁵ Там же. С. 22.

²⁶ Там же. С. 24.

²⁷ Там же. С. 117.

²⁸ Там же. С. 275 и след.

²⁹ Там же. С. 45, 48, 56 и др.

рак склоняется примерно³⁰ к пяти ипостасям исследуемого типа судебной деятельности: инициативному поиску, пусть и существенно ограниченному диспозитивностью и состязательностью сторон, и оценке искомых и доказательственных фактов³¹; толкованию и последующей конкретизации в ситуации неопределенности правовой нормы; применению аналогии закона или права; судебнo-прецедентному правотворчеству.

Автор при этом активно сотрудничает (как в форме согласия, так и в форме неизбежной полемики) со своими коллегами³². Когда в сложных случаях, пишет он, судья из нескольких возможных вариантов выбирает один, «более всего вызывающий к нему», не факт, что этот выбор будет абсолютно очевиден: выбор может оказаться «столь тонко сбалансированным», что, когда решение оглашается, «в ем возникнет и новое правильное, и новое неверное» (Cardozo³³), – зона вариантов может быть узкой и широкой, простой и сложной. Соответственно А. Барак не согласен с позицией Р. Дворкина, что у судьи нет усмотрения в упомянутом значении, потому что каждая проблема, даже самая трудная, имеет только одно законное решение³⁴. Известная метафора Р. Дворкина³⁵ о бублике, «дырка которого является усмотрением, а края – его ограничениями», по

³⁰ Подобное наречие мы вынуждены использовать из-за несколько противоречивых суждений автора. Например, в ряде мест он то разделяет судейское усмотрение и судебное правотворчество (с. 139), то соединяет (с. 135, 275 и др.).

³¹ Эти термины напрямую им не используются – приходится как бы об этом догадываться и переводить тезисы автора на принятый язык российской цивилистической процессуалистики.

³² См.: Барак А. Указ. соч. С. 9 и след.

³³ А. Барак цитирует судью Кардозо, труды которого, по его мнению, до сих пор служат *Lux et Veritas* (светом и истиной) в вопросе о природе судебного процесса (см.: Там же. С. 14–15).

³⁴ Барак А. Там же. С. 16.

³⁵ Так, Р. Дворкин пишет: «Решение по собственному усмотрению, как дырка от бублика, существует только в той сфере, которая ограничена ограничениями. Поэтому оно является относительным понятием. Всегда есть смысл спросить: «Решение по собственному усмотрению согласно каким стандартам?». (Дворкин Р. Указ. соч. С. 56).

ысли другого ученого, Д. Галлигана, может обманчиво, неточно передавать отражение различий между усмотрением и нормами права, которые весьма трудно поддаются выявлению, когда последние пробельны, неопределенны или коллизионны³⁶.

Аналитика взглядов на судебное усмотрение зарубежных ученых подробно осуществлена О. А. Папковой³⁷. В частности, при исследовании взаимосвязи усмотрения и правосудия автор обращает внимание на различные ее контексты в их трудах: 1) несмотря на гибкость усмотрения, субъективизм *discretio* является причиной вынесения противоречивых решений по сходным («идентичным») делам; 2) усмотрение иногда приводит к «назойливому поведению судей», злоупотреблению властью, может стать источником «неправосудия»; 3) процедура осуществления усмотрения не регламентирована; 4) тем не менее позитивность *discretio* – в его гибкости, настроенности на уникальность каждой ситуации³⁸.

Соотнесем данную совокупность идей о судебном усмотрении с российской доктриной. Так, И. А. Покровский рассматривал его как «право более свободного толкования, восполнения и даже исправления закона сообразно требованиям справедливости и велениям судейской совести»³⁹. Таким образом, он был склонен выделять три формы усмотрения – толкование, аналогию и правотворчество, пусть и не обозначая часть из них указанными терминами.

Н. А. Гредескул размышлял о судебном усмотрении в контексте интеллектуального процесса по осуществлению права: конкретизации нормы через толкование и правоотношения – через судебное творчество, включая аналогию⁴⁰.

Г. Ф. Шершеневич, напрямую не упоминая о судебном усмотрении, ограничился констатацией особенностей судебного

³⁶ Изложение точки зрения Д. Галлигана заимствовано из книги О. А. Папковой (см.: Папкова О. А. Указ. соч. С. 29).

³⁷ Папкова О. А. Указ. соч. С. 16–37.

³⁸ Там же. С. 31–34.

³⁹ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 90.

⁴⁰ См.: Гредескул Н. А. Указ. соч. С. 87 и далее.

правоприменения, которое, соотнося юридическую норму и частный случай, использует различные приемы «доводки» законодательства путем толкования и аналогии⁴¹.

Ю. А. Тихомиров отмечает, что усмотрение является одной из осей для ответов на множество правоприменительных ответов, оно – «своего рода юридико-психологическая пружина всего правового механизма, приводящая в движение все составные части», в аспекте права представляющая «гарантированный законом выбор уполномоченным субъектом вариантов решений и действий в пределах его компетенции». Как юридико-психологический феномен, продолжает автор, усмотрение характеризуется: 1) статусом уполномоченного субъекта; 2) допускаемым динамизмом определения целей и задач, подлежащих разрешению; 3) самостоятельным выбором вариантов решений; 4) осуществлением действий в соответствии с решением; 5) осознанием ответственности за последствия решений и действий⁴².

В. В. Лазарев полагает, что в самом широком плане элементы судебного усмотрения можно обнаружить во всяком случае правоприменения, поскольку оно всегда является деятельностью творческой, особенно при преодолении пробелов в законодательстве и в правоконкретизации. Автор, солидаризируясь с пониманием усмотрения как определенной рамками законодательства известной степени свободы правоприменяющего субъекта в решении индивидуального дела, подчеркивает его необязательную связанность с несовершенством правовых норм и, напротив, обусловленность сознательным допущением этой свободы законодателем. Усмотрение проявляет себя, продолжает В. В. Лазарев, и в аналитике юридической основы дела, и в области оценки его обстоятельств, и в относительной свободе юридической квалификации⁴³. В то

⁴¹ См.: Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. Казань, 1905. С. 58–62.

⁴² См.: Тихомиров Ю. А. Усмотрение в фокусе права // Законы России. 2011. № 4. С. 72.

⁴³ См.: Лазарев В. В. Эффективность правоприменительных актов. Казань: Казанский университет, 1975. С. 47 и след.

же время автор классифицирует усмотрение в качестве автономного «пятого элемента» деятельности правоприменителя в нетипичных ситуациях – среди правоприменения при проблемах (1), конкретизации (2), эксперименте (3), делегировании применения права общественностью (4)⁴⁴. Подобная автономность весьма спорна, о чем свидетельствуют как позиции, изложенные нами ранее, так и последующее «путешествие» по пространству проблемы.

М. Н. Марченко, ограничивая судебное усмотрение и по объему, и по содержанию, с определенной долей условности, относит его к формам судейского права – в ряду с судебной практикой, судебным прецедентом и правовой позицией суда. Впрочем, автор сразу оговаривается, что первое и последняя скорее играют вспомогательную роль⁴⁵.

А. П. Коренев подчеркивает, что возможность судебного усмотрения «вытекает из общих и лишь относительно определенных указаний закона» и предоставляется суду для принятия оптимального решения по делу⁴⁶. Как видим, автор, по сути, имеет в виду в основном деятельность по конкретизации, к которой судебное усмотрение не сводится.

О. А. Папкина, вслед за А. Бараком, в качестве ключевого компонента указывает выбор варианта решения правового вопроса – в рамках общих и специальных пределов⁴⁷. Аналогичное родовое понятие используется Ю. В. Грачевой, А. И. Рарогом, Б. В. Яценко и другими представителями науки уголовного права⁴⁸. Последний автор подчеркивает: «Несмотря на то

⁴⁴ Лазарев В. В. Эффективность правоприменительных актов. С. 44.

⁴⁵ См.: Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судейское право. С. 99.

Поскольку далее мы рассмотрим формы судебного усмотрения, здесь ограничимся лишь констатацией позиции данного автора.

⁴⁶ См.: Коренев А. П. Толкование и применение норм советского административного права // Советское государство и право. 1971. № 3. С. 53.

⁴⁷ См.: Папкина О. А. Усмотрение суда. С. 39.

⁴⁸ См.: Рарог А. И., Грачева Ю. В. Понятие, основание, признаки и значение судейского усмотрения в уголовном праве // Государство и

что термин «судейское усмотрение» неизвестен уголовному и уголовно-процессуальному законодательству, само явление – судебское усмотрение – нормативно в нем присутствует»⁴⁹ – молчаливо через выбор альтернативных санкций либо словесно: «вправе», «может быть» и т. д.⁵⁰ С данной позицией солидарен и А. И. Бойко⁵¹.

Следует заметить, что судебное усмотрение действительно с точки зрения характера большинства уголовно-правовых норм имманентно присуще профессиональной деятельности по квалификации деяния (в меньшей степени) и назначению справедливого наказания за содеянное (в степени значительной из-за относительно-определенного типа санкций)⁵². И это несмотря на сужение судебного усмотрения в новом Уголовном кодексе – в целях повышения эффективности закона и снижения числа судебных ошибок, которые, судя по всему, не вполне достигнуты и из-за исключительной сложности материи уголовного права, и в связи с нечеткими, противоречивыми позициями высшей судебной инстанции⁵³.

М. А. Кауфман, справедливо полагая судебное усмотрение явлением объективным, допустимым как в процессе квалификации содеянного, так и при назначении наказания (при общем запрете аналогии – в ее истинном уголовно-правовом смысле), указывает, в отличие от большинства авторов, в качестве един-

право. 2001. № 11. С. 98; Яценко Б. В. Судейское усмотрение и его виды в уголовном праве // Весь мир живет до тех пор, пока живет память человека / под общ. ред. В. С. Комиссарова. М., 2006. С. 167.

⁴⁹ Там же. С. 167.

⁵⁰ Там же. С. 171.

⁵¹ См.: Бойко А. И. Язык уголовного закона и его понимание. С. 233–234.

⁵² Л. Л. Кругликов фиксирует их 100-процентное присутствие в УК РФ 1996 г. (см.: Кругликов Л. Л. Общие начала назначения наказания. Караганда: Болашак-Баспа, 2006. С. 46; Л. Л. Кругликов проводит более сложную типизацию санкций, что, впрочем, не колеблет общего вывода (см.: Там же. С. 47).

⁵³ Подробнее об этом см., например: Кругликов Л. Л. Указ. соч. С. 9–11.

ственной предпосылки несовершенство закона: «Судейское усмотрение – это обусловленный несовершенством действующего законодательства и принятый на основе правосознания, уголовно-правовых и общих принципов права выбор правоприменителем такого, облеченного в процессуальную форму решения, которое прямо не вытекает из содержания уголовного закона, а иногда и не совпадает с его «буквой» и волей законодателя»⁵⁴.

Подобная трактовка явно не соответствует ни смыслу закона, ни реалиям судебной практики. Во-первых, как мы уже отмечали, база для судебного усмотрения не только объективна, но и, как правило, позитивна⁵⁵. Во-вторых, принятое решение может быть именно прямым результатом выбора нормативной альтернативы, либо верного толкования правового предписания, либо правильного применения аналогии закона (при которой обращение к принципам отрасли права не всегда становится необходимостью). Выявление же воли законодателя – задача интересная, а иногда даже занимательная, но весьма трудноисполнимая. Кроме того, достаточно сложно представить себе предположенную автором картину: суд уяснил волю законодателя и пошел против нее – для этого законодатель должен быть достаточно непрофессионален (что возможно), а суд – чрезвычайно смел (что встречается крайне редко, и не по причине трусости, а в связи с особыми требованиями к судейскому корпусу: взвешенности, разумности, уважения буквы закона и духа закона). Подобные действия может себе позволить Конституционный Суд и, в меньшей степени, другие высшие судебные инстанции – в пределах предоставленных им полномочий.

В науке гражданского процессуального права первые фундаментальные предпосылки исследования явления судебного усмотрения создавались в 60–80-е годы прошлого столетия. Их констатации принадлежат перу М. А. Гурвича, Н. Б. Зейдера, С. В. Курылева, К. И. Комиссарова, Д. М. Чечота, несколько позднее – А. Т. Боннера, Д. Б. Абушенко, В. И. Телятникова, О. А. Папковой и др.

⁵⁴ Кауфман М. А. Пробелы в уголовном праве и судебское усмотрение. С. 339–340.

⁵⁵ Подробнее об этом см. далее.

На первом этапе речь, собственно, велась о конкретизации. Так, Н. Б. Зейдер рассматривал последнюю как деятельность суда по квалификации дела, определению содержания права при отсутствии точного указания о том в законе, активность суда при признании сделки недействительной и т. п.⁵⁶, причем простейшей и наиболее общей из них полагал определение спорного права, исходя из собранных доказательств и действующей правовой нормы. Этим, как отмечал К. И. Комиссаров, нивелировалась разница «между самым обычным, общим порядком применения права и конкретизацией как формой необычного, своеобразного порядка применения закона»⁵⁷.

Однако, что следует из предыдущего контекста наших обобщений по проблеме, Н. Б. Зейдер, по сути, был прав, а неточен лишь терминологически, «обняв» конкретизацией иные формы судебного усмотрения.

Соответственно К. И. Комиссаров полагал конкретизацию одной из форм судебного усмотрения, способом применения особых правовых норм – ситуационных⁵⁸. В одних случаях, писал автор, имеются предпосылки выявить все существенные признаки определенного вида отношений – тогда законодатель в состоянии детально регламентировать поведение их субъектов, другие отношения подвергаются группировке не по всем, а лишь по главным, родовым признакам. «Каждое такое правоотношение, – подчеркивал К. И. Комиссаров, – хотя и является частным случаем, но обладает настолько существенной спецификой, что требует индивидуального подхода к себе»⁵⁹.

М. А. Гурвич отмечал, что «необходимое развитие регулирования, содержащееся в ситуационной норме права, совершается судом в форме законного усмотрения на основании общей харак-

⁵⁶ См.: Зейдер Н. Б. Судебное решение по гражданскому делу. М., 1966. С. 92–97.

⁵⁷ Комиссаров К. И. Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства. Свердловск, 1971. С. 26.

⁵⁸ См.: Комиссаров К. И. Судебное усмотрение в советском гражданском процессе // Советское государство и право. 1969. № 4. С. 51.

⁵⁹ Комиссаров К. И. Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства. С. 27.

теристики конкретных обстоятельств дела, а также предоставленной суду свободы в выборе правовых последствий установленных им фактов⁶⁰». В деле вынесения судебных решений оно служит «особой» формой применения права⁶¹. При этом автор обращает внимание на то, что границы судебного усмотрения необоснованно расширяются, превращая этот институт из полезного в источник угрозы. Так, например, у И. Я. Дюрягина, пишет М. А. Гурвич, ситуационность фигурирует в качестве общего явления, присущего любой норме, в связи с чем судебное усмотрение превращается в «обычный» порядок, то есть особенность превращается в общее место и становится постоянным признаком правоприменения⁶². Рассуждая далее о месте деятельности по применению аналогии, М. А. Гурвич приходит к выводу о ее подвидовом качестве судебного усмотрения, а не судебного правотворчества⁶³.

Наиболее широко и в максимально субъективном контексте понимал усмотрение Д. М. Чечот: оно предполагает, что правоприменитель действует по своей воле, не связанной при принятии решения какой-либо нормой; в пределах предоставленных полномочий он свободен в выборе решения⁶⁴. Это, разумеется, сильное преувеличение. Впрочем, автор имел в виду усмотрение административное, где волевой момент сильнее, а связанность нормативным предписанием существенно слабее, нежели

⁶⁰ См.: Гурвич М. А. Судебное решение: теоретические проблемы. М.: Юридическая литература, 1976. С. 106.

⁶¹ Там же. С. 109. См. также: Комиссаров К. И. Задачи судебного надзора... С. 24.

⁶² Гурвич М. А. Указ. соч. С. 109–111.

Справедливости ради следует заметить, что подобное расширение зоны усмотрения имеет в своей основе концепции из области естественного права (в его взаимодействии с правом позитивным), взгляды на судейское правотворчество как творение права в рамках закона – для конкретной ситуации и конкретного человека. Подробно об этом см., например: Ярославцев В. Г. Нравственное правосудие и судейское правотворчество. С. 8–12 и след.

⁶³ Там же. С. 112–114.

⁶⁴ См.: Чечот Д. М. Административная юстиция (Теоретические проблемы). Л.: ЛГУ, 1973. С. 68, 72.

при усмотрении судебном: административно-процессуальная форма не так довлеет над компетентным лицом, как гражданско-процессуальная (или уголовно-процессуальная).

А. Т. Боннер, наиболее полно исследовавший сущность и формы судебного усмотрения в обозначенный период научного поиска, в принципе соглашаясь с определением, предложенным ранее К. И. Комиссаровым (правомочие «принимать, сообразуясь с конкретными условиями, такое решение по вопросам права, возможность которого вытекает из общих и лишь относительно определенных указаний закона»⁶⁵), и полагая это явление одной из форм правоприменения, представил его в многообразии. Кроме конкретизации, подробно автором дифференцированной, в «палитру» судебного усмотрения им включены толкование нормы и процессуальная активность суда (выход за пределы заявленных исковых требований, отступление от правила допустимости и т. д.). В то же время деятельность по преодолению пробелов в праве и субсидиарному применению норм смежных отраслей А. Т. Боннер рассматривает в качестве автономных⁶⁶, текстуально не связывая с судебным усмотрением, хотя контекст их содержательного взаимодействия, «по умолчанию», автору, видимо, очевиден.

В. И. Телятников совершенно справедливо сопрягает судебное усмотрение, во-первых, с понятием внутреннего убеждения судьи – субъективной мыслительной деятельностью по осуществлению правосудия по конкретному делу, во-вторых, с объективизацией ее результатов в судебном решении. Усмотрением, по мысли автора, «обнимаются» осмысление значимых обстоятельств, отбор и оценка доказательств, правовая квалификация содеянного⁶⁷, оценка деятельности участников процесса, осу-

⁶⁵ Комиссаров К. И. Указ. соч. С. 26.

⁶⁶ См.: Боннер А. Т. Указ. соч. С. 44–45, 86 и след.

⁶⁷ Впрочем, относительно допущения в пространство внутреннего убеждения правовой квалификации есть и другие мнения. Так, Г. М. Резник замечает: отнюдь не случайно закон употребляет этот термин применительно к оценке доказательств, но не содержит выражения «квалификация преступления по внутреннему убеждению» (см.: Резник Г. М. Внутреннее убеждение при оценке доказательств.

ществование выбора варианта решения⁶⁸ (если, разумеется, он предусмотрен законом).

Однако очевидно, что субъективной и объективной стороной усмотрения охватывается значительно больше элементов – и начало находится в том, где ему и должно быть: на стадии возбуждения гражданского дела судья размышляет (хотя очень часто и не в окончательном варианте) о правовом или неправовом характере дела, юридической заинтересованности заявителя, в стадии подготовки дела, например, определяет (уточняет) предмет доказывания, решает вопросы об обеспечении иска и/или доказательств, круга свидетелей и т. д. и т. п. То есть усмотрение пронизывает все многообразие процесса при единственном условии для каждого конкретного элемента процессуальной формы – подключенности «шага влево и вправо», то есть хотя бы минимума диспозитивности.

Пристального внимания заслуживает позиция О. А. Папковой. Исследуемое понятие автор определяет как предусмотренную юридическими **нормами**, осуществляемую в **процессуальной форме мотивированную** правоприменительную деятельность суда, состоящую в **выборе** варианта решения правового вопроса, имеющую общие и специальные **пределы**⁶⁹.

Если сравнить выделяемые в предложенной дефиниции существенные характеристики судебного усмотрения с теми пояснениями, которые даются упомянутыми нами ранее авторами, то так или иначе, явно или «по умолчанию» позиции в целом совпадают: 1) деятельность относится к правоприменению (даже если допускается прецедентное правотворчество, оно не колеблет общего акцента, а придает лишь толику специального активизма⁷⁰); 2) она обусловлена специфическим содержанием правовых

М.: Юридическая литература, 1977. С. 19).

В этой связи следует, однако, заметить, что правовая квалификация – деятельность, отнюдь не сугубо формальная, нередко креативная, требующая, в том числе, «движения мозговых потоков» по непроторенным руслам.

⁶⁸ См.: Телятников В. И. Убеждение судьи. СПб., 2004. С. 94.

⁶⁹ См.: Папкова О. А. Усмотрение суда. С. 39.

⁷⁰ Имеются в виду правовые системы континентальной (романо-

норм относительно определенного типа; 3) безусловно, протекает по гражданско-процессуальному «руслу»⁷¹; 4) концентрированно выражается в выборе того или иного варианта решения из допустимых законодательством. Дополнительно объективированным вовне является только положение о пределах усмотрения, общих и специальных. Да и то – именно на уровне дефиниции, так как А. Барак и другие авторы, если не в определении, то при последующем исследовании сущности данной деятельности, достаточно подробно пишут о ее пределах⁷².

Таким образом, заслуга О. А. Папковой состоит в систематизации «околоусмотренческих» проблем и авторском прочтении существенных признаков усмотрения суда как специфического вида деятельности.

За рамками дефиниции осталось указание Н. А. Гредескула, А. Барака, М. И. Клеандрова и др. авторов на творческий характер данного интеллектуального процесса, а также скрытое в ее недрах, заявленное вслед, но мимоходом положение о единстве права и обязанности при осуществлении судебного усмотрения. Кроме того, указание в определении на общие и специальные пределы вносит в него вопросительность, поэтому мы полагаем целесообразным его скорректировать с помощью более устоявшихся в праве понятий, например прибегнуть к конструкции начал законодательства и практики его применения.

Таким образом, в исследовательских целях **судебное усмотрение** можно рассматривать как предусмотренную правовыми **нормами творческую мотивированную** деятельность суда по **выбору** варианта решения правового вопроса – **в пределах общих начал** законодательства и правоприменения.

Архитектонику судебного усмотрения, с различной степенью выраженности и обязательности присутствия в каждом его проявлении, составляют: конкретизация правовых норм через толкование, субсидиарное применение правовых норм, преодоление

германской) традиции, а не общего права, где речь идет не о «толике», а об устойчивой тенденции.

⁷¹ Уголовно-процессуальному, административно-процессуальному.

⁷² См., например: Барак А. Судебное усмотрение. С. 27 и след.

пробелов через аналогию закона и права⁷³, разрешение коллизий, конкретизация правоотношений, а также процессуальная активность и судебное правотворчество. Каждый из перечисленных компонентов, разумеется, заслуживает отдельного внимания – с целью более полного, системного и креативного изображения исследуемого объекта, причем с неизбежным вектором на судебное усмотрение по семейным делам (как по причине его формальной заявленности в названии работы, так и в связи с устойчивыми научными интересами автора).

Однако перед столь длительным путешествием мы должны «собрать чемодан» дополнительных дефинитивных характеристик судебного усмотрения, скрытых и явно обозначенных.

Прежде всего обратимся именно к тому контексту, который прямо не обозначен в дефиниции, но латентно в ней неизбежно присутствует: усмотрение – **право и/или обязанность суда?**

О. А. Папкина в ответе на этот вопрос однозначна: применение усмотрения – не только право, но и обязанность суда, так как его возможность закреплена юридической нормой, а «процессуальные права суда являются вместе с тем и его обязанностями»⁷⁴.

Конечно, суд, реализуя свои права, должен соотносить действия с целью и духом процессуального закона. В этом смысле «вольницы» у него нет. (Поэтому, например, огорчения В. М. Шерстюка об отсутствии в ряде норм АПК РФ положений, гарантирующих неуклонное выполнение судом процессуальных обязанностей, понятны и справедливы: это позволяет суду неа-

⁷³ В определенном смысле применение аналогии есть вариант конкретизации, взаимосвязанной с толкованием (Н. Н. Вопленко), хотя ряд авторов отделяет первую от второй (К. И. Комиссаров). В то же время, отмечает С. С. Алексеев, анализируя взгляды по данному вопросу, деятельность по восполнению пробелов в праве – нечто большее, нежели его конкретизация, ибо ею решается творческая задача по заделыванию «брешей» в самой нормативной основе механизма правового регулирования (см.: Алексеев С. С. Проблемы теории права. Т. 2. Свердловск, 1973. С. 267–268).

⁷⁴ Папкина О. А. Указ. соч. С. 38–39.

декватно воспринимать свой процессуальный долг, а сторонам – сомневаться в его объективности.⁷⁵⁾

Однако проблема связки «право-обязанность» разрешается не столь очевидно, если разрешается вообще. По этому поводу «ломаются копыя» и в теории права, и в процессуалистике, и в цивилистике (прежде всего – в науке семейного права).

Так, находясь на стороне классики жанра о дихотомии автономного права и автономной обязанности, Н. И. Матузов, тем не менее, отмечает, что в ряде случаев слияние прав и обязанностей происходит не в силу предписания законодателя и /или недостатков системы, а в силу объективного характера взаимосвязей, которые опосредуются правом: родители имеют право на воспитание ребенка и обязаны перед ним и обществом реализовывать его надлежащим образом – в содержании правоотношений по воспитанию присутствует большая доля публичного начала⁷⁶.

Действительно, забота о ребенке и его воспитании родителями есть частное дело общественного значения, а со стороны общества и государства – публичное поручение частному лицу. При этом закон недвусмысленно данную позицию подчеркивает: «Родители имеют право и обязаны воспитывать своих детей» (п. 1 ст. 63 СК РФ). С подобной постановкой вопроса соглашались Г. Ф. Шершеневич, В. А. Рясенцев, Е. М. Ворожейкин, А. Е. Пергамент, М. В. Антокольская, Л. М. Пчелинцева и др.⁷⁷

Напротив, ряд цивилистов такое единство полагает недопустимым. Так, А. М. Нечаева подчеркивает: мера дозволенного поведения (родителей) есть мера определенной свободы, однако правообладатель не может не иметь представления о том, что ему дозволено, что одобряется государством⁷⁸. В. Н. Леженин, опи-

⁷⁵ См.: Шерстюк В. М. Развитие принципов арбитражного процессуального права. М.: Городец, 2004. С. 17.

⁷⁶ См.: Матузов Н. И. Актуальные проблемы теории права. Саратов, 2004. С. 59.

⁷⁷ Подробнее об этом, включая необходимые ссылки, см.: Тарусина Н. Н. Семейное право: Очерки из классики и модерна. Ярославль: ЯрГУ, 2009. С. 298–311.

⁷⁸ См.: например: Нечаева А. М. Семейное право: Актуальные проблемы теории и практики. М.: Юрайт, 2007. С. 18. И др. работы.

раясь на положения теории права о том, что вопрос о правах и обязанностях в юриспруденции может ставиться только по формуле «либо право, либо обязанность», полагает, что иное уводит от сущности явления и не обеспечивает работоспособность правовой нормы⁷⁹. Н. Д. Егоров, квалифицируя такую одновременность как «недоразумение», разводит ситуацию по абсолютным и относительным правоотношениям: право родителей на воспитание – элемент абсолютного (все должны воздерживаться от действий препятствующего характера), обязанность родителей по воспитанию – элемент относительного правоотношения⁸⁰. В то же время автор напоминает нам о возможности, когда поведение лица в одном правоотношении может быть осуществлением права, а в другом – исполнением обязанности, и приводит примеры из гражданского, административного и трудового законодательства⁸¹. Впрочем, редакторы учебника, в котором размещено это суждение, подчеркивают, что данное мнение разделяется не всеми членами авторского коллектива: такое своеобразное единство все же возможно – право является и обязанностью родителей к детям, а ей соответствует право детей требовать соответствующего воспитания, праву же родителей – обязанность детей не чинить препятствий при его осуществлении⁸². О. С. Иоффе также разделял это «недоразумение» (по Н. Д. Егорову): права родителей являются в то же время родительскими обязанностями⁸³.

Концепция слияния права-обязанности явилась отнюдь не только отражением социалистической экономики, на что акцентируют внимание некоторые ученые-юристы.⁸⁴ Она ярко проявилась в арбитражном и гражданском процессе, хозяйственном (части граждан-

⁷⁹ См.: Леженин В. Н. Правовые вопросы семейного воспитания детей. Воронеж, 1992. С. 137–138.

⁸⁰ См.: Гражданское право / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Т. 3. М.: Проспект, 2007. С. 306–307.

⁸¹ Там же. С. 307.

⁸² Там же. С. 307.

⁸³ См.: Иоффе О. С. Советское гражданское право. Т. 3. Л., 1965. С. 238–239.

⁸⁴ См., например: Генкин Д. М. Сочетание прав с обязанностями в советском праве // Советское государство и право. 1967. № 7. С. 35.

ского), трудовом и семейном праве данного периода. Так, М. С. Шакарян, П. Ф. Елисейкин и другие процессуалисты рассматривали определенные процессуальные права (например, право прокурора на предъявление иска в защиту государственных интересов и жизненно важных интересов граждан; права по доказыванию и др.) одновременно в качестве соответствующих обязанностей⁸⁵.

Д. Б. Абушенко, критикуя процессуалистов начала XX в. (А. Х. Гольстема, Е. В. Васьковского и др.), допуская возможность отождествления прав суда с его обязанностями, полагает, что суд является обязанным субъектом в большинстве процессуальных отношений, но в отдельных областях правоприменения (по семейным и трудовым делам, при взыскании морального вреда, по делам об административно-правовой и гражданско-правовой ответственности, в ряде процессуальных институтов) он становится управомоченной фигурой – без элементов обязанности⁸⁶. Об особенностях судебного усмотрения по семейным делам речь пойдет впереди. Однако в качестве предварительного тезиса можно обозначить следующее: свобода усмотрения при рассмотрении и разрешении семейных дел скорее видимая, нежели реальная; более того, в ряде случаев степень процессуального обременения суда запредельна и даже противоречит общим началам гражданского судопроизводства⁸⁷.

Активно критикуя концепцию «единства», Р. Е. Гукасян отмечает: «Создается лишь иллюзия совместного действия права и обязанности, подкрепления одного правового средства другим, появления своеобразного «тянитолкания». На самом деле в ход пущена только одна сила – сила обязанности»⁸⁸. Концепция

⁸⁵ См., например: Шакарян М. С. Субъекты советского гражданского процессуального права. М., 1970. С. 143; Елисейкин П. Ф. Гражданские процессуальные правоотношения. Ярославль, 1975. С. 70–71; Курс советского гражданского процессуального права. Т. 1. М., 1981. С. 235.

⁸⁶ См.: Абушенко Д. Б. Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе. М.: Норма, 2002. С. 7–8.

⁸⁷ Подробнее см., например, параграф о судебном активизме.

⁸⁸ Гукасян Р. Е. Концепция слияния прав и обязанностей и административно-командные методы управления // Избранные труды по гражданскому процессу. М., 2009. С. 417–418.

слияния, – подчеркивает автор, не соответствует действительному соотношению данных двух конструкций. Подключая в это «двуполое существо» интерес (энергетическое начало всяческого социального движения, в том числе правового), Р. Е. Гукасян констатирует, что сторонники концепции тем самым признают незаинтересованность правовых субъектов в реализации своих прав, незадействованность личных интересов граждан в механизме правового регулирования, тотальность подмены интереса как естественного побудителя активности принуждением. Кроме всего прочего, это дезориентирует деятельность законодателей и правоприменителей (прежде всего – суд)⁸⁹.

Полагаем следует попытаться поискать «истину», как всегда, где-то посредине. Во-первых, юриспруденция, с большим или меньшим успехом реагируя на жизненные ситуации, не может опираться везде и только на собственные классические каноны, особенно в тех областях правового пространства, где, с одной стороны, неизбежно и активно присутствуют ситуационность, а следовательно, значительная доля «усмотренчества», «оценочности» действий, «импрессионистские» технологии, а с другой стороны, публично-государственная «крыша здания» частно-правовых отношений. Именно на последние случаи и указывает Н. И. Матузов.

Во-вторых, необходимо сделать некоторые уточнения в рамках теории злоупотребления правом. Уже само определение субъективного права содержит в себе качество должностования («мера дозволенного управомоченному лицу поведения...»⁹⁰). Его правовой смысл в юридическом мире определяется не только через «возможно», «дозволено», но и через такие системные понятия, как «назначение, ценность,

⁸⁹ Гукасян Р. Е. Концепция слияния прав и обязанностей и административно-командные методы управления. С. 420–421.

⁹⁰ См.: Иоффе О. С. Советское гражданское право. Л.: ЛГУ, 1958. С. 71.

С. Н. Братусь определял его через меру возможного или дозволенного. Подробнее об этом см., например: Алексеев С. С. Проблемы теории права. Т. 1. Свердловск, 1972. С. 307.

добросовестность, разумность, уважение прав других лиц»⁹¹ (ст. 10 ГК РФ, ст. 7 СК РФ), что и предопределяет, в том числе, пределы, границы его осуществления, при отсутствии которых оно превращается в свою противоположность – произвол – и перестает быть правом⁹². Запрет на злоупотребление правом и иного ненадлежащего его осуществления составляет один из принципов гражданского права⁹³.

При этом осуществление субъективного права является, по приведенной ранее мысли О. С. Иоффе и М. Д. Шаргородского, его неотъемлемым свойством. Содержание субъективного права и содержание осуществления права, полагает В. П. Грибанов, соотносятся прежде всего как возможность и действительность⁹⁴.

Причем возможность (дозволенность) объективна, поскольку не зависит от воли субъекта, а процесс осуществления всегда субъективен (или преимущественно субъективен). Именно здесь заложена «бомба» злоупотребления, ибо последнее имеет место лишь в случае, когда субъект, действуя в границах принадлежащего ему субъективного права, в рамках возможностей его содержания, использует такие формы и способы реализации этого содержания, которые выходят за установленные законом пределы осуществления права⁹⁵ (дееспособности, временных границ, социального назначения, способов и т. д.⁹⁶).

Порядок реализации прав предопределяется и отраслевой природой – соответственно заложенный элемент «долженствования» усиливается в отраслях, построенных на мощном публичном начале. Так, М. В. Лушникова, размышляя о пределах осуществления трудовых прав, отмечает, что последние, характеризуясь

⁹¹ Подробно об этом см., например: Волков А. В. Теория концепции «злоупотребления гражданскими правами». Волгоград, 2007. С. 140–141, 160–165, 252–279.

⁹² См.: Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. М., 1972. С. 18.

⁹³ См., например: Гражданское право / под ред. Е. А. Суханова. Т. 1. М., 1998. С. 41–42.

⁹⁴ См.: Грибанов В. П. Указ.соч. С. 44–45.

⁹⁵ См.: Грибанов В. П. Там же. С. 47.

⁹⁶ Там же. С. 49–50.

единством личного, организационного и имущественного элементов (1), дихотомией частных и публичных начал (2), личным (неотъемлемым, неотчуждаемым) качеством (3) и дифференциацией на индивидуальные и коллективные, осуществляются на основе сочетания государственного, социального и договорного регулирования трудовых отношений в целях оптимального согласования интересов сторон и государства. Иначе осуществляются гражданские (частные) права, где диспозитивность играет решающую роль (приобретать – не приобретать, отказаться от реализации, выбрать способ реализации, прибегнуть – не прибегнуть к защите и т. д.). В публичных же отраслях субъективные права реализуются, как правило, в порядке, предусмотренном законодательством, т. е. государством⁹⁷.

А. В. Волков предполагает, что разумное и добросовестное осуществление своего права, соблюдение его пределов есть **обязанность** внутри субъективного права, его «пятый элемент»⁹⁸,

⁹⁷ См.: Лушникова М. В. Пределы осуществления трудовых прав // Гарантии реализации прав граждан в сфере труда и социального обеспечения / под ред. К. Н. Гусова. М., 2006. С. 94–102.

⁹⁸ См.: Волков А. В. Указ. соч. С. 160–161.

Классическая триада (возможность совершения собственных действий, возможность требования совершения действий (или воздержания от них) от обязанного лица, право на защиту) дополняется четвертым элементом – правовой целью – и указанным пятым.

Впрочем, по поводу структурных элементов субъективного права существуют различные точки зрения: указанная классическая триада Н. Г. Александрова, «квадриада» Н. И. Матузова, М. С. Строговича (плюс возможность пользоваться определенным социальным благом) и др. (Подробнее об этом см.: Алексеев С. С. Указ. соч. С. 306–308; Витрук Н. В. Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе. М., 1979. С. 134–136; Карташов В. Н. Теория правовой системы общества. Т. 1. Ярославль, 2005. С. 490–493.)

В соответствии с теорией регулятивных и охранительных правоотношений структура регулятивного субъективного права дуалистична, ибо право на защиту включается в охранительное субъективное право. (Подробнее см., например: Крашенинников Е. А. Структура субъективного права // Построение правового государства: вопросы теории и практики. Ярославль, 1990. С. 73–82; Бутнев В. В. Понятие субъектив-

тем самым почти солидаризируясь с точкой зрения В. Н. Леженина. С большой долей условности следовало бы добавить эпитеты «своеобразная» и «специальная», так как никакой обязанности в субъективном праве заложено быть не может.

В принципе этот «пятый элемент» можно рассматривать как проявление позитивной юридической ответственности. Так, в этой связи, подводя итог точкам зрения по вопросу о соотношении позитивной и негативной ответственности, В. В. Бутнев отмечает, что юридическая ответственность есть, в том числе, обязанность точно использовать предоставленные субъективные права⁹⁹. Ю. И. Гревцов, исследуя различные аспекты реализации субъективного права, подчеркивает, что одним из центральных моментов в процессе развития ответственного отношения индивида является перенос инстанции, перед которой субъект должен держать ответ, с внешнего уровня (воздействие угрозы применения мер государственного принуждения) на внутренний (механизм саморегуляции своего поведения – внутренний контроль)¹⁰⁰.

ного права // Философские проблемы субъективного права. Ярославль, 1990. С. 11; и др.).

⁹⁹ См.: Бутнев В. В. Правоотношение юридической ответственности // Юридические записки ЯрГУ им. П. Г. Демидова. Вып. 11. Ярославль, 2007. С. 28–29. Подробнее о позитивной ответственности см.: Его же. Гражданская процессуальная ответственность. Ярославль, 1999. С. 5–26.

¹⁰⁰ См.: Гревцов Ю. И. Правовые отношения и осуществление права. Л., 1987. С. 62–63.

Следует заметить, что вопрос о позитивной юридической ответственности отнюдь не разрешен. Так, А. 2С. Бондарев и др. полагают верным не дихотомию «позитивная – негативная юридическая ответственность», а «позитивная юридическая ответственность – безответственность» (см., например: Бондарев А. С. Юридическая ответственность – исключительно позитивное свойство субъектов права // Правоведение. 2008. № 1. С. 141–143). Е. Б. Хохлов и А. Е. Коробов, напротив, констатируют: 1) позитивная ответственность как общая обязанность действовать правомерно суть статусная (Н. И. Матузов) и реализуется в рамках общерегулятивного правоотношения; 2) она не обладает качеством отраслевой принадлежности: не имеет никакого значения, какие отраслевые права намерено соблюдать то или иное лицо; 3) при таком положении вещей позитивная ответственность сводится к

Также обстоит дело и с правом родителей, и с правом прокурора (и др.), и с правом суда: оно должно осуществляться разумно, добросовестно, в интересах ребенка, общества, правосудия и т. д., и такое осуществление является внутренней сущностью данного субъективного права, принадлежащего отрасли с сильным публичным энергетическим «полем», а не содержанием суверенной обязанности, которая вся как бы состоит из долженствования.

Таким образом, вроде бы развести рассматриваемую слитность можно. Однако не до конца, так как, по общему правилу, обладатель субъективного права свободен в выборе его осуществления и неосуществления, а в наших случаях такая альтернатива невозможна: неосуществление права для родителя чревато лишением этого права, для прокурора – жалобой по начальству, для суда же требует, по меньшей мере, мотивировки. В принципе, теоретически выходов из дискуссионного поля четыре: 1) констатировать правомочность единства права-обязанности в отдельных случаях; 2) развести их по разным типам отношений (абсолютным и относительным); 3) расчленить комплексное право (например, право на воспитание) на секундарные правомочия (что не для всех случаев возможно); 4) признать наличие субъек-

категории абсолютного правоотношения: она «существует» вне отрасли права, вне субъектов, юридических фактов и не имеет объекта, то есть не существует; 4) в негативной ответственности остается все, что характерно для юридической ответственности, а в позитивной не остается ровным счетом ничего. Последняя, таким образом, играет исключительно терминологическую роль (см.: Коробов А. Е., Хохлов Е. Б. Позитивная ответственность как теоретическая и практическая проблема // Правоведение. 2008. № 3. С. 4–13).

Мы привели лишь крайние позиции. В действительности, научная картина этой проблемы многоцветна и разностилева (подробнее см. статьи указанных авторов). В нашу задачу лишь входило очередной раз зафиксировать внимание читателя на очевидной неочевидности многих правовых понятий, включая и конструкцию «право-обязанность», на них строящуюся. (Не можем, впрочем, удержаться от небольшой ремарки: по меньшей мере, и субъекты, и объект у абсолютного правоотношения, в том числе позитивной ответственности, конечно есть: 1) например, субъект-государство; 2) например, объект – личная неприкосновенность, собственность и т. д.)

тивных прав особого рода, где публичный интерес усиливает элементы должностования в рамках формулы «мера возможного поведения», в результате чего неосуществление права становится поведением недозволенным либо существенно ограниченным.

Применительно к судебному усмотрению и гражданскому процессу в целом первая и последняя версии представляются если не предпочтительными, то возможными. Они зиждутся на общем правиле о служебном обременении суда (и других участников, например прокурора, органа госуправления и др.) в сочетании с частными правилами о его полномочиях, ограниченных целями и принципами гражданского судопроизводства (прежде всего – диспозитивности и состязательности).

В действительности, в гражданско-процессуальном законодательстве «живут» три вида норм (дифференцированных применительно к рассматриваемому контексту): 1) с вектором на обязанность; 2) с акцентом на право; 3) и неправильные, где вместо обязанности предусмотрено право.

Первых (императивных) абсолютное большинство. Вторые присутствуют в ГПК РФ на уровне «внедрения» диспозитивного начала в императивную сущность цивилистического процесса (хотя и объективно меньшую, нежели процесса уголовного), например: часть правила п. 2 ст. 10 ГПК РФ о праве суда рассмотреть дело в закрытом судебном заседании по ходатайству участвующих в нем лиц; п. 2 ст. 15 о праве судьи коллегиального состава на особое мнение; п. 3 ст. 79 о возможности признания определенных фактов установленными при уклонении стороны от участия в экспертизе; п. 2–3 ст. 151 ГПК РФ – о соединении гражданских дел или выделении дела в отдельное производство; п. 2 и п. 5 ст. 159 о применении мер к нарушителям порядка в судебном заседании. И т. д. и т. п.

Ряд правил с точки зрения фиксации их диспозитивной природы являются сомнительными. Так, в соответствии с одной из норм п. 1 ст. 43 ГПК РФ третьи лица без самостоятельных требований могут привлекаться в процесс по инициативе суда. Однако если этого не произойдет, подвергнется определенному «остракизму» преюдициальность судебного решения. Оно также мо-

жет оказаться вопиюще несправедливым, а следовательно, и не правосудным. Например, опираясь на двойную диспозитивность (первая – в п. 1 ст. 43 ГПК РФ, вторая – в п. 4 ст. 87 СК РФ: «При определении размера алиментов суд вправе учесть всех трудоспособных совершеннолетних детей данного родителя, независимо от того, предъявлено требование ко всем детям, к одному из них или к нескольким из них»), суд, казалось бы, может и не привлекать в процесс, где ответчиком выступает один ребенок (часть детей), всех остальных в качестве третьих лиц. Однако если он так поступит, то, во-первых, не будет соблюден принцип справедливости, во-вторых, нарушена норма об обязанности детей (всех детей) помогать своим родителям, если они в состоянии эту помощь оказывать (а как же суд узнает о таковой возможности, не привлекая их в процесс?), в-третьих, с высочайшей степенью вероятности будет спровоцирована жалоба ответчика на судебное решение. Значит, инициативе суда в этом вопросе следует иметь характер долженствования, а не возможности.

Сходную констатацию можно предположить и для п. 1 ст. 44, а также п. 2 ст. 47 ГПК РФ, причем, в последней позиции законодатель более противоречив, чем в первой: «В случаях, предусмотренных федеральным законом, и в иных необходимых случаях суд по своей инициативе может привлечь к участию в деле государственный орган или орган местного самоуправления для достижения целей, указанных в части первой настоящей статьи». Во-первых, в части первой фиксирована законная обязанность этих органов вступить в процесс, например органов опеки и попечительства для защиты прав и интересов несовершеннолетних детей. Значит, суд, отказывая им в участии в заседании, вступает в «организационную тяжбу» не с ними, а с законом. Во-вторых, применительно к органам опеки и попечительства действует «категорический» императив нормы п. 1 ст. 78 СК РФ об обязательности их привлечения в процесс при рассмотрении судом споров, связанных с воспитанием детей. Соответственно, в-третьих, непривлечение данных субъектов или отказ им в участии в деле явится основанием к отмене судебного решения. Значит, и эта норма должна быть сформулирована императивно, а право – пре-

вернуться в обязанность (а не «право-обязанность»). О «необходимых» же случаях, видимо, следует позаботиться в рамках самостоятельного нормативного суждения, поскольку здесь присутствует основа для усмотрения.

Аналогичную сентенцию можно высказать и в адрес нормы п. 3 ст. 196 ГПК РФ: «Однако суд может выйти за пределы заявленных требований в случаях, предусмотренных федеральным законом». Последние как раз и обозначены, например, СК РФ: даже если стороны не заявили требований (или не заключили законного соглашения), суд обязан в процессе о расторжении брака определить место проживания ребенка и решить вопрос о взыскании алиментов (п. 2 ст. 24). Доктрина и судебная практика толкуют данное положение именно в контексте выхода суда за пределы заявленных требований¹⁰¹. Тогда почему норма ГПК РФ диспозитивна?

Иллюстративный ряд можно продолжить. Однако уже изложенное позволяет высказать предположение, что, хотя конструкция «право-обязанность» и может быть эпизодом отраслевого законодательства (в том числе гражданско-процессуального и семейного¹⁰²), демаркационная линия между правом и обязанностью, по общему правилу, существует, а там, где она размыта, скорее всего речь идет о некорректном тексте закона.

Продолжим, однако, движение в пространстве дефиниции. Усмотрение «нормативировано» принципом **законности** судопроизводства и конкретными нормами процессуального и материального права, отражает их дух и содержание (либо, при своей ущербности, ошибочности, нарочитости и т. д., не отражает их).

Конституционный Суд РФ в постановлении от 25.01.2001 г. № 1-П отмечает: применяя общее правовое предписание (норму права) к конкретным обстоятельствам дела, судья дает собственное толкование этой нормы, принимает решение в пределах предоставленной ему законом свободы усмотрения (иногда

¹⁰¹ Другое дело, что мы с этим толкованием не согласны, о чем засвидетельствуем подробно в параграфе о судебном активизме.

¹⁰² Прежде всего – в правоотношениях родителей и детей по воспитанию (в широком смысле).

весьма значительной) и нередко оценивает обстоятельства, не имея достаточной информации (в том числе скрываемой от него); при столь большой зависимости результата от судебской дискреции дифференциация незаконных решений представляет собой трудновыполнимую задачу¹⁰³.

О. А. Папкина подчеркивает, что ввиду связанности гражданского и арбитражного процессов с гражданским оборотом, а судебного усмотрения – с процедурой (формализмом) неразвитость первого предполагает больше формальностей и меньше усмотрения и, наоборот, развитие рыночной экономики и реформирование социально-экономических отношений ведет к усилению роли гражданского права в его частно-правовой сущности и умалению формализма, который излишне ограничивает свободу субъектов правоотношений, увеличивает сроки, волокиту при разрешении споров о праве¹⁰⁴.

В принципе соглашаясь с этими утверждениями, заметим все же, что они излишне акцентированы на экономические контексты и не учитывают внеэкономические. Конечно, политика есть «концентрированное выражение экономики», но без остатка в ней не растворяется. Налицествует система внеэкономических прав человека, в нашем случае – на супружество, родительство, детство, уважение частной жизни, защиту семьи и т. п. А здесь нет таких прямых зависимостей, о которых пишет О. А. Папкина (или, по крайней мере, они существенно ограничены). Предмет судебной деятельности (спор о праве семейном) настолько специфичен и личностен, а значит, и ситуационен¹⁰⁵, что предполагал значительные доли усмотрения и неформального права и в более ранние периоды жизнедеятельности российского правосудия¹⁰⁶.

¹⁰³ См.: Конституционный Суд Российской Федерации. Постановления. Определения. 2001. Т. 2 / отв. ред. Т. Г. Морщакова. М., 2002. С. 25–26.

¹⁰⁴ См.: Папкина О. А. Указ. соч. С. 44.

¹⁰⁵ Подробно об этом см. параграфы об особенностях семейно-правовых норм, а также конкретизации и др.

¹⁰⁶ См., например: Боровиковский А. Отчет судьи. Т. 2. СПб., 1892 (раздел V. Суд и семья); Загоровский А. И. Семейное право. Одесса, 1902. С. 1-3; Победоносцев К. П. Курс гражданского права. Т. 2. М., 2003.

Законность судебного усмотрения институциональна, в том смысле, что охвачена элементами гражданско-процессуальной формы¹⁰⁷, ориентированной в основном на суд, являющийся обязательным и властным участником всех гражданско-процессуальных правоотношений¹⁰⁸. Законность также предполагает определенный контроль по горизонтали – со стороны лиц, участвующих в деле, и по вертикали – со стороны вышестоящей судебной инстанции. Она не исключает также аналогии закона и права (трактовка принципа законности всегда сопровождалась обсуждением и этого аспекта)¹⁰⁹.

В широком же смысле законность судебного усмотрения с очевидностью предполагает следование и букве и духу закона, то есть общим принципам права и специальным принципам гражданского судопроизводства – гуманизма, справедливости, равенства перед законом и судом, объективности и т. д.¹¹⁰

Антиподом законности, как известно, является произвол. По мнению Д. Б. Абушенко, позитивное развитие права сопровождается ограничением личного произвола и расширением судебного усмотрения¹¹¹, между которыми в качестве оружия поражения для второго выступают правовые нормы. При одном, впрочем, условии:

С. 2–3. (Публ. по изд. 1896 г.); Мейер Д. И. Русское гражданское право. Т. 2. М., 1997. С. 348, 375; Т. 1. С. 33. (Публ. по изд. 1877 и 1879 гг.) И др.

¹⁰⁷ См.: Барак А. Указ. соч. С. 229–230.

¹⁰⁸ Мы оставляем за пределами внимания дискуссию о возможности таковых между заинтересованными лицами, без участия суда, ибо это не влияет на существо проблемы.

¹⁰⁹ Об этом см. соответствующий параграф.

¹¹⁰ О. А. Папкина далее отдельно рассматривает специальные пределы выбора решения (и судебного усмотрения в целом) – разумность, нравственность, справедливость и др. Подробно см.: Папкина О. А. Указ. соч. С. 86–199.

Поскольку определенные контексты общих начал усмотренческой деятельности мы рассматриваем включенно – в связи с конкретизацией, толкованием, активизмом и другими аспектами судебного правоприменения (частично – правотворчества), мы ограничиваемся в данной главе сделанными замечаниями о пределах его усмотрения, адресуя заинтересованного читателя к книге О. А. Папкиной и работам других авторов.

¹¹¹ См.: Абушенко Д. Б. Указ. соч. С. 20.

чтобы оное судебное усмотрение само не превращалось в открытый или завуалированный произвол на внешне законной почве.

Аспект **мотивированности** рассматриваемой деятельности является одним из начал международного судебного процесса. Так, Европейский Суд по правам человека инициировал дополнение нормы ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод положением об обязанности суда выносить мотивированные акты. О. А. Папкина констатирует, что европейские юристы включают данное требование в состав унифицированного принципа справедливости¹¹². При этом прецеденты, указывающие на необходимость обоснования выводов и акта суда в целом, наблюдались гораздо раньше (еще в 60-е годы), однако наиболее четко, полагает С. Ф. Афанасьев, выводы Европейского Суда, касающиеся именно цивилистического процесса, звучат в постановлении от 21.01.1999 г. «Гарсиа Руиз против Испании»: «Суд напоминает, что в соответствии с его постоянной практикой, отражающей принцип, связанный с хорошим осуществлением правосудия, судебные решения должны указывать достаточным образом мотивы, на которых они основываются. Объем этой обязанности может изменяться в зависимости от природы решения и должен рассматриваться в свете обстоятельств каждого дела. Если п. 1 ст. 6 обязывает суды мотивировать свои решения, она не может толковаться как требующая подробности ответа на каждый аргумент (довод)»¹¹³.

Российское процессуальное законодательство содержит подобное требование более 150 лет. Впрочем, это не означает соответствующей устойчивой тенденции и полного доктринального единства.

Действующий ГПК РФ предписывает суду обязанность мотивировать и акты в целом (ст. 195, п. 1 ст. 225, п. 6 ст. 366), и «доводы, по которым суд отвергает те или иные доказательства» (ч. 1 п. 4 ст. 198). Однако и первый, и второй призывы, по мне-

¹¹² См.: Папкина О. А. Указ. соч. С. 57.

¹¹³ См.: Афанасьев С. Ф. Право на справедливое судебное разбирательство и его реализация в российском гражданском судопроизводстве. М.: Юрлитинформ, 2009. С. 255.

нию процессуалистов, весьма слабо исполняются¹¹⁴, особенно в части осуществления усмотренческих правомочий (например, при уменьшении неустойки, взыскании судебных расходов, компенсации морального вреда и т. д.). Кроме общих причин ошибочности судебных актов, это объясняется, по мнению О. А. Папковой, и двумя специальными причинами: во-первых, отсутствием норм, непосредственно указывающих на обязанность суда мотивировать применение усмотрения; во-вторых, нечеткостью формулировки приведенного нами правила ч. 1 п. 4 ст. 198 ГПК РФ¹¹⁵. А. Т. Боннер также обращает внимание на ограниченность действия и неполноту данной нормы: «На основании этой нормы в мотивировочной части решения должны быть указаны обстоятельства дела, установленные судом; доказательства, на которых основаны выводы суда, и доводы, по которым суд отвергает те или иные доказательства; законы, которыми руководствовался суд. Другими словами, если толковать данное положение буквально, то суд не обязан обосновывать решение, принятое по усмотрению»¹¹⁶. Автор, критикуя данное положение (ч. 4 ст. 197 ГПК РСФСР, в действующей версии – ч. 4 ст. 198 ГПК РФ), отмечает, что на практике решение, как правило, аргументируется (не всегда), что, впрочем, не снимает с законодателя обременения найти более точную, адекватную формулировку, например по образцу ст. 314 УПК РСФСР¹¹⁷. В частности, в нормах ст. 314 предусматривалась мотивировка в вопросах доказывания (в части отвергнутых доказательств), изменения обвинения судом, назначения наказания, если санкция предусматривает лишение свободы и т. д. Почти аналогичным образом озадачен суд и нормами ст. 305 и 307 УПК РФ (о

¹¹⁴ Известны акты не только задержки составления мотивированного решения, в том числе на неопределенный срок, но даже «складирования» подобных актов в сейф на годы. См., например: Коваленко А. Г. Институт доказывания в гражданском и арбитражном судопроизводстве. М.: Норма, 2002. С. 144.

Подобные факты реально известны и автору данного сочинения.

¹¹⁵ Папкова О. А. Указ. соч. С. 61–62.

¹¹⁶ Боннер А. Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе. С. 56.

¹¹⁷ Там же.

содержании описательно-мотивировочной части соответственно обвинительного и оправдательного приговоров).

На доктринальном уровне сложились два взгляда на сущность и место рассматриваемого требования. Первый сводится к тому, что мотивированность является одним из контекстов либо обоснованности¹¹⁸, либо законности¹¹⁹ судебного решения. Второй предполагает автономное значение мотивированности¹²⁰. Наиболее последовательно как по значению, так и по содержанию отстаивает данную позицию С. К. Загайнова: судья обязан раскрыть свое личностное понимание нормы, особенно содержащей дискреционные, оценочные элементы, и конкретного правоотношения, возникшего из соединения этой нормы с жизненным казусом¹²¹.

Как справедливо отмечает С. Ф. Афанасьев, граждан (участников гражданского процесса) совершенно не устраивает уровень аргументированности актов правосудия, в том числе и актов вышестоящих судебных инстанций, причем уровень соответствующих ожиданий завышен вследствие неосведомленности граждан о целях и задачах судебного контроля. Однако, продолжает автор, эти претензии имеют и объективную подоплеку, например в части «субсидиарного властного права суда выйти за пределы жалобы и ухудшить положение лица, что также нуждается в мотивировке»¹²². Недопустимая краткость и неполнота текстов судебных решений, еще более резко констатирует А. Н. Вереща-

¹¹⁸ См., например: Клейнман А. Ф. Новейшие течения в советской науке гражданского процессуального права. М., 1967. С. 84; Гурвич М. А. Судебное решение. Теоретические проблемы. М., 1976. С. 90.

¹¹⁹ См., например: Юдельсон К. С. Судебные доказательства и практика их использования в советском гражданском процессе. М., 1956. С. 11.

¹²⁰ См., например: Васьковский Е. В. Учебник гражданского процесса. М., 1917. С. 270–271; Гражданский процесс России / под ред. М. А. Вкут. М., 2005. С. 286; Осокина Г. Л. Гражданский процесс: Особенная часть. М., 2007. С. 248.

¹²¹ См., например: Загайнова С. К. Судебные акты в механизме реализации судебной власти в гражданском и арбитражном процессе. М., 2007. С. 299–300. И др.

¹²² См.: Афанасьев С. Ф. Указ. соч. С. 261–262.

гин, является «одним из удручающих дефектов российского судопроизводства»; «наряду с легковесным отношением к фактам сплошь и рядом приходится сталкиваться с игнорированием доводов сторон»¹²³.

Независимо от результатов развертывания доктринальной дискуссии, по меньшей мере, необходимо скоррелировать содержание требований ГПК РФ и АПК РФ по данному вопросу. Так, О. А. Папкина в рамках действующего законодательства предлагает, например, адресоваться в качестве исходного образца для ГПК РФ к норме ст. 170 АПК РФ, закрепляющей обязанность мотивировать осуществление судебного усмотрения¹²⁴.

¹²³ Верещагин А. Н. Особые мнения в российских судах//Государство и право. 2008. № 2. С. 22.

¹²⁴ См.: Папкина О. А. Указ. соч. С. 61.

Глава 2 | О субъекте и субъективной стороне судебного усмотрения

Субъект судебного усмотрения, с одной стороны, очевиден, однако с другой – нуждается в дополнительных характеристиках, так как, во-первых, дифференцирован, во-вторых, обладает особым статусом.

Дело разрешается и усмотрение осуществляется единолично профессиональным судьей, коллегией судей¹²⁵, с подключением института присяжных заседателей (в российском гражданском судопроизводстве не применяющегося), а также осложняется особым мнением судьи.

Так, ГПК РСФСР среди прочего опирался на принцип коллегиальности гражданского судопроизводства, который воплощался через институт народных заседателей и институт коллегии профессиональных судей. Первый исчез с процессуального горизонта¹²⁶, второй действует, но по общему правилу, вне пределов

¹²⁵ Ряд зарубежных ученых именуют это «параллельным усмотрением». Подробнее об этом см.: Папкова О. А. Усмотрение суда. С. 353–354.

¹²⁶ Аргументы за исчезновение см., например: Курченко В. Отказ от института народных заседателей оправдан // Российская юстиция. 2004. № 1. С. 18–19; Баландин В. Н., Павлушина А. А. Принципы юридического процесса / под ред. В. М. Веденяхина. Тольятти, 2001. С. 125 и след. И др.

Однако соображения в целесообразности этого института также высказываются. См., например: Мурадян Э. М. Судебное право. М., 2003. С. 38; Руднев В. Оправдан ли отказ от участия народных заседателей в отправлении правосудия? // Российская юстиция. 2003. № 8. С. 9–10. И др.

Поскольку данный институт «почил» явно безвозвратно, мы ограничились лишь адресованием к соответствующим источникам.

В качестве дополнительного замечания, относительно нейтрального, к дискуссии о выгодах «коллективного разума» следует констатировать суждение М. И. Клеандрова и др. ученых о том, что полная ликвидация института народных заседателей существенно «урезала» возможность российских граждан реализовывать провозглашенное Кон-

основной судебной инстанции (ст. 7 ГПК РФ) – за исключением конституционного правосудия. В этой связи Г. Л. Осокина уточняет: некоторые процессуалисты вместо классического принципа единоличного и коллегиального рассмотрения гражданских дел предлагают его модификацию в виде идеи сочетания коллегиальности и единоначалия, что не вполне корректно, ибо последнее возможно только в федеральных судах общей юрисдикции первой инстанции, во всех же иных случаях речь идет либо о единоличной, либо о коллегиальной процедуре¹²⁷.

Современная оценка коллегиальности производства и принятия решения, в том числе с применением судебного усмотрения, несколько противоречива. С одной стороны, процессуальный регламент, в рамках которого реализуется кооперация судейского труда, обеспечивает появление нового качества – «комбинированного совокупного судьи», коллегиального разума, вбирающего в себя различные интеллекты и жизненные опыты, который в большей мере способен на созидательное творчество¹²⁸. Социальный эффект, по мнению Н. И. Масленниковой, достигается за счет оптимального сочетания различных интеллектуальных характеристик субъектов коллегии, позволяющего если не преодолеть, то хотя бы сгладить нежелательное влияние индивидуальных особенностей судей на характер принимаемых решений¹²⁹. Одно из условий коллегиального процесса принятия судебного решения состоит в том, что по значимым группам вопросов убежде-

ституцией РФ участие в осуществлении правосудия. См.: Клеандров М. И. Конституционные лакуны судебного строительства в Российской Федерации // Труды ИГП РАН. 2009. № 3; Актуальные проблемы государства и права. М., 2009. С. 90.

¹²⁷ См.: Осокина Г. Л. Гражданский процесс: Общая часть. М.: Норма, 2010. С. 130.

¹²⁸ См.: Цихоцкий А. В. Коллегиальность в осуществлении правосудия по гражданским делам: сохранить или сдать в музей древностей? // Система гражданской юрисдикции в канун XXI века: современное состояние и перспективы развития. Екатеринбург, 2000. С. 227; Масленникова Н. И. Гражданский процесс как форма социального управления. Свердловск, 1989. С. 14–15.

¹²⁹ См.: Масленникова Н. И. Там же.

ние судьи складывается сначала индивидуально как «внутреннее состояние сознания, возникшее на основе собственных аргументов и контраргументов; впечатления индуцируют не идентичный для судей мыслительный процесс, оказывают на судей различное воздействие и приводят к разным оценкам, коллегиальность же позволяет им, объединив, привести к относительно общему знаменателю точки зрения, а в случае необходимости и нейтрализовав крайне субъективные мнения», постановить решение как результат тождественности позиций¹³⁰. Соответственно, в этом смысле единоличное начало являет собою как бы «правосудие меньших гарантий, меньшей объективности», в определенной степени исключая всесторонний подход, и в очевидно высокой – разное видение конкретной ситуации и борьбу мнений¹³¹, в которой, возможно, больше шансов для рождения истины.

Существует предположение, отмечает А. В. Цихоцкий, что коллегиальность способствует правильному разрешению спора о праве, что с увеличением числа судей уменьшается вероятность судебной ошибки. Однако, с другой стороны, продолжает автор, во-первых, с уходом от персонификации юстиции нивелируется и личная ответственность каждого судьи; во-вторых предположение законодателя о том, что в судебном процессе мнение каждого из судей чаще правильно, чем ошибочно, и сумма этих мнений повышает соответствующую вероятность, не вполне основательно: если причина ошибки в сложности дела или в каком-нибудь распространенном предрассудке, то в высшей степени вероятно влияние этих факторов и на других судей¹³². Нельзя сбрасывать со счетов и соображения экономического характера: профессиональная судейская коллегия – удовольствие не из дешевых, как, впрочем, и суд присяжных для рассмотрения гражданских дел. Кроме того, как справедливо замечает Г. Л. Осокина, единоличное осуществление правосудия повышает оперативность гражданско-процессуальной формы, ускоряет движение граж-

¹³⁰ См.: Надь Л. Приговор в уголовном процессе. М.: Юридическая литература, 1982. С. 135.

¹³¹ См.: Мурадян Э. Гражданское судопроизводство: необходимость перемен // Советская юстиция. 1986. № 13. С. 15. И др. работы.

¹³² См.: Цихоцкий А. В. Указ. соч. С. 228–229.

данского дела и окончательный результат по нему, а также облегчает доступ к правосудию. Таким образом, заключает автор, оба начала имеют достоинства и недостатки, главное – разумно гармонизировать сочетания этих начал, чтобы работали достоинства и минимизировались недостатки¹³³.

Видимо, ключевые предпосылки должны сосредоточиваться на других «фронтах» – при подготовке, отборе, специализации и повышении квалификации судейского корпуса, а также формировании их особой «статусности». Известно, что порядок отбора представляет собой сложную многоступенчатую процедуру (облегченную для мировых судей), а формально-юридические требования имеют достаточно жесткий характер (высшее юридическое образование¹³⁴, возраст, состояние здоровья¹³⁵, стаж по юридической профессии, подтверждение квалификации сдачей специального экзамена¹³⁶, безупречность биографии и репутации и т. д.), что, к сожалению, не исключает ошибок.

¹³³ См.: Осокина Г. Л. Указ. соч. С. 132–133.

¹³⁴ Позволим себе высказать предположение (высокой степени вероятности), что большинство частных вузов не формируют у студента и выпускника основ юридического мышления. Как показывает практика, он может «надстроить» на диплом юридический стаж (или получить его одновременно с заочным обучением), «натаскаться» (в том числе с помощью курсов и репетиторов) на судейский экзамен, но не быть хотя бы относительно готовым к сложному и разнообразному судебному познанию, строящемуся на толковании, конкретизации, аналогии, адресовании к началам законодательства и правоприменения и т. д.

¹³⁵ Перечень заболеваний, препятствующий назначению на должность судьи, достаточно обширен, однако либеральнее медицинского ценза ряда других ведомств. При этом, как отмечает М. И. Клеандров, в перечне почти отсутствуют психические болезни, что весьма прискорбно, так как судебная работа связана с нервным перенапряжением и стрессами, одновременно требует сосредоточенности и корректного внимания к участникам процесса. (И это при том, что только по официальным данным ежегодно за психиатрической помощью обращаются около 8 миллионов россиян.) См.: Клеандров М. И. Статус судьи. Правовой и смежные компоненты. М.: Норма, 2008. С. 228–235.

¹³⁶ Перечень вопросов и содержание казусов производят в целом благоприятное впечатление. Однако «учредители» экзамена почему-то

До настоящего времени не введено даже элементарное психологическое тестирование кандидатов (к нему, как показывает практика, наблюдается неоднозначное отношение и в судебном сообществе). Между тем, определенные методики психодиагностики кандидатов в судьи наработаны. Соответствующие исследования дали в целом положительные результаты¹³⁷. Эксперимент по внедрению диагностики начат в 2002 г. по инициативе Совета судей РФ. Основными задачами психологического анализа личности, обобщает проблему М. И. Клеандров, являются: оценка психологической пригодности кандидата для выполнения функций по осуществлению правосудия; выявление среди кандидатов лиц с нервно-психической неустойчивостью и находящихся в состоянии дезадаптации, лиц с асоциальными установками, корыстно-утилитарной мотивацией, а также употребляющих психоактивные вещества. В принципе, продолжает автор, уже сейчас можно, по всей видимости, психодиагностически достичь и более специальных, даже конкретных, задач – определить предрасположенность кандидата к рассмотрению тех или иных категорий дел, к коллективной (коллегияльной) или индивидуальной работе, к большей или меньшей эффективности его труда во временных параметрах и т. д.¹³⁸ Однако эксперимент пока не

не задумываются о проблеме филологической грамотности кандидатов, об их способности без ошибок и в корректном, ясном стиле изложить свою позицию (на языке судопроизводства, то есть русском), фонетических и орфографических характеристиках их будущего «судоговорения». Таких традиций у нас нет. (Если первые лица государства могли публично произнести «сиськимасиськи», «на́чать», «ходата́йство» и «эксперт», то эти традиции, кроме случаев профессионального актерства и дикторства, трудно и предположить. Остается лишь удовлетворяться отличными способностями в этом деле действующих лидеров).

¹³⁷ См., например: Ваксян А. Есть противопоказания для занятия должности // Российская юстиция. 1996. № 12. С. 45–46. И др.

¹³⁸ См.: Клеандров М. И. Указ. соч. С. 235–236.

Вызывает, кстати, некоторое недоумение содержание соответствующих разделов учебников по юридической психологии, где в параграфе о профессиограммах судьи присутствуют в основном ссылки на опыт А. Ф. Кони (разумеется, бесценный), призывы к нравственному долгу (притом что в ФГОСе бакалавриата есть обязательный курс профессио-

завершен, методики еще не обладают приемлемой мерой совершенства, а вопрос о легализации психодиагностики кандидатов в судьи не решен¹³⁹.

Судейская специализация также не является системной: в лучшем случае рассмотрение дел категориально дифференцировано на гражданские и уголовные, нередко – трудовые, крайне редко – семейные дела, что отнюдь не повышает качество разбирательства тяжбы и судебного акта по ней¹⁴⁰.

Статус судей предполагает их несменяемость, неприкосновенность, нормальные условия службы, социальную комфортность и другие факторы; судьи подчиняются также морально-этическим требованиям Кодекса судейской этики, содержащего правила поведения судьи не только в профессиональной, но и внеслужебной деятельности¹⁴¹. В последнее время усилены гарантии в части конфликта родственных интересов¹⁴².

В рамках рассматриваемого (субъектного) предела усмотрения специального внимания заслуживает институт «особого мнения» судьи¹⁴³. По меткому замечанию А. Н. Верещагина, данный институт «предстает неким диссонансом в отечественном судопроизводстве, разрушая его строгий романо-германский "дизайн"»; вместе с тем «этот юридический феномен был занесен в Россию во времена весьма отдаленные, успел здесь при-

нальной этики) и стороны деятельности судьи. См., например: Васильев В. Л. Юридическая психология. СПб.; М.; Харьков; Минск: Питер, 2002. С. 226–234. (Серия «Учебник нового века»). См. также Шиханцов Г. Г. Юридическая психология. М.: Зерцало. 1998. С. 270–279. (В отличие от первого учебника здесь зафиксированы определенные личностные качества судьи – см. с. 277–278.) Впрочем, есть и более добрые примеры: Дулов А. В. Судебная психология. Минск, 1975. С. 367 и след.

¹³⁹ См.: Клеандров М. И. Указ. соч. С. 236–237.

¹⁴⁰ Подробнее о специализации см., например: Тарусина Н. Н. Семейное право: Очерки из классики и модерна. С. 541–548.

¹⁴¹ Подробно см., например: Клеандров М. И. Указ. соч. С. 193–196.

¹⁴² Подробно об этом см., например: Афанасьев С. Ф. Указ. соч. С. 40–69.

¹⁴³ Его также можно позиционировать и через «субъективную сторону» усмотрения, так как он характеризует как субъекта, так и личностную компоненту.

житься и пустить корни»¹⁴⁴. Существование особых мнений, продолжает автор, служит видимым подтверждением неизбежности (пусть и не тотальной) разномыслия судей при решении правовых вопросов, разрушает впечатление их солидарности¹⁴⁵. (Автор, правда, пишет о разномыслии при толковании права, видимо понимая его в широком смысле. Ибо, разумеется, речь идет и о разности позиций в целом – при толковании (в собственном смысле), применении по аналогии и субсидиарном применении, разрешении коллизий и т. д.)

Анализируя природу особого мнения судьи Конституционного Суда РФ, Д. А. Басангов отмечает, что оно: 1) является выражением правовой позиции судьи на основе принципа независимости; 2) симбиозом компетентного (профессионального) и доктринального толкования; 3) базируется на определенных ранее сформулированных конструкциях; 4) способствует не только совершенствованию доктрины, из которой хотя бы частично и выведено, но и законодательства¹⁴⁶.

Последнее соображение не относится к бесспорным. Так, А. Н. Верещагин полагает, что особое мнение судьи мыслится как личное дело самого судьи, оно не воспринимается как авторитетный источник формирования доктрины, способной в будущем повлиять на судебную практику. В отличие от стран общего права, продолжает автор, «судебная практика в России – это практика судов, а не судей»¹⁴⁷. На практику, возможно, и нет, однако на доктрину, безусловно, да, так как научное мировоззрение по своей природе индивидуально.

Определенное влияние особое мнение судьи оказывает и на общественное мнение: оценка единогласного судебного решения и решения с особым мнением будет с очевидностью различной, да и сам публично объявленный факт наличия правовых дебатов в столь высоком суде для судейского сообщества и общества в

¹⁴⁴ Верещагин А. Н. Особые мнения в российских судах. С. 13.

¹⁴⁵ Там же. С. 13, 18.

¹⁴⁶ См.: Басангов Д. А. Юридическая природа особого мнения судьи Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. 2006. № 2. С. 26.

¹⁴⁷ См.: Верещагин А. Н. Указ. соч. С. 18

целом является скорее благотворным, нежели уменьшающим авторитет судебной власти.

А. Н. Верещагин, однако, отмечает еще одну тонкость: «если носители судебных мантий в странах общего права обязаны заявить свою позицию по делу и тем самым лишены возможности быть «несогласными втихомолку», а в Европейском суде по правам человека принято указывать расклад голосов при принятии решения, то в российском Конституционном Суде нет ничего подобного»¹⁴⁸. «Коэффициент публичного несогласия», продолжает автор, чуть более 6% и существенно разнится по персоналиям (от 33 до 0%), то есть имеется явный разрыв между «склонным к публичной дискуссии меньшинством и «молчаливым» большинством»¹⁴⁹.

Институт особого мнения не исключен и для коллегиальных составов судов общей юрисдикции, хотя и исключителен. Процессуальное законодательство по данному вопросу прошло путь от модели полной закрытости к моделям неопределенности и частичной доступности¹⁵⁰ (кроме Конституционного Суда, где мы наблюдаем модель полной открытости – через публичное размещение текстов особых мнений в Вестнике КС РФ). Переход к модели частичной открытости произошел в 1987 г.: Верховный Суд СССР постановил, что с особым мнением при решении гражданского дела стороны могут ознакомиться так же, как и с другими его материалами¹⁵¹.

Действующий ГПК РФ, впрочем, более склонен к неопределенности позиции: правилом п. 2 ст. 15 предусмотрена возможность изложения судьей особого мнения, которое приобщается к делу, но при объявлении принятого по делу решения суда не оглашается; причем этот судья обязан подписать коллегиальное решение (п. 2 ст. 197 ГПК РФ); лица, участвующие в деле, имеют право ознакомиться с материалами дела (п. 1 ст. 35 ГПК РФ). На этом основании Г. А. Жилин, В. М. Жуйков, М. К. Треушников, С. А. Иванова и др. ученые настаивают на систематическом тол-

¹⁴⁸ Верещагин А. Н. Указ. соч.

¹⁴⁹ Там же. С. 21–22.

¹⁵⁰ Подробно см.: Верещагин А. Н. Указ. соч. С. 14–15; см.: Бюллетень Верховного Суда СССР. 1987. № 3.

¹⁵¹ См.: Бюллетень Верховного Суда СССР. 1987. № 3.

ковании норм ГПК в пользу доступности особого мнения судьи для сторон процесса¹⁵².

Существенно более противоречивая позиция наблюдается относительно публичности особого мнения судьи, в том числе степени его публичности, в уголовном процессе. Так, А. С. Александров (в комментарии к ст. 301 УПК РФ) отмечает, что подобная возможность есть компонента требований о равенстве прав судей при постановлении приговора. При этом мнение двух судей всегда означает решение суда; соответственно по одному вопросу или по приговору в целом может быть особое мнение только одного судьи, а по разным вопросам – одного и того же либо разных судей; судья вправе мотивировать свою позицию, после чего не исключается повторное обсуждение и голосование по спорному вопросу. Однако, продолжает автор, с приобщенным к приговору особым мнением (запечатанном в конверте) вправе знакомиться судьи вышестоящего суда при пересмотре дела, но не вправе – ни обвинение, ни защита; соответственно наличие особого мнения не составляет повода к обжалованию приговора в кассационном порядке¹⁵³. Напротив, по последнему аспекту проблемы Л. Н. Масленникова рассуждает аналогично цивилистическим процессуалистам: поскольку особое мнение приобщается к делу, с ним могут ознакомиться все лица, уполномоченные изучать его материалы – и судьи вышестоящих судов, и новый состав суда, и все другие участники процесса, имеющие право на ознакомление с делом¹⁵⁴.

Значительно большие колебания относительно публичности особого мнения в уголовном процессе понятны (ввиду повышенной степени публичности этого процесса и при общей настороженности к рассматриваемому институту), однако вряд ли оправ-

¹⁵² См.: Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. Г. А. Жилина. М., 2004; Комментарий к гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. В. М. Жуйкова, М. К. Треушникова. М.: Городец, 2007. С. 56.

¹⁵³ См.: Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / отв. ред. В. И. Радченко; науч. ред. В. Т. Томин, М. П. Поляков. М.: Юрайт, 2007. С. 646–647.

¹⁵⁴ См.: Уголовно-процессуальное право Российской Федерации / отв. ред. П. А. Лупинская. М.: Норма, 2009. С. 743.

даны ввиду, хоть и частного, но по существу принципиального характера проблемы.

Субъективная сторона судебного усмотрения, как и судебной деятельности в целом, формируется и проявляется в различных формах. Прежде всего следует иметь в виду правовую установку судьи.

Так, Н. В. Щербакова, опираясь на соответствующие положения психологии, под правовой установкой личности понимает ее готовность проявить активность в области познания, реализации права, а также в правотворчестве¹⁵⁵. Первое место в ее содержании, по мнению автора, принадлежит когнитивному компоненту, выражающему уровень знания правовой нормы; второе – оценочному, включающему степень одобрения, личностной солидарности с требованиями нормы права, и отношение к действиям лиц, поступающих либо в соответствии, либо вопреки им; третий – коммуникативный, отражающий взаимосвязь личности с государством, отношение к правам и свободам других граждан; четвертый (далеко не самый главный) – сензитивный компонент, олицетворяющий эмоциональную сторону в постижении смысла права; наконец, заключительным аккордом выступает практический – готовность к действию¹⁵⁶, перевод накопленного потенциала в результат. Конечно, в реальной действительности действия личности определяются всей системой его психологических, социальных и правовых установок¹⁵⁷, что в той же реальной действительности приводит к объективной невозможности «объять необъятное», поэтому исследователи неизбежно делают свой выбор и ставят свои разумные рамки анализа и предположения¹⁵⁸.

¹⁵⁵ См.: Щербакова Н. В. Правовая установка и социальная активность личности. М.: Юридическая литература, 1986. С. 18.

¹⁵⁶ Там же. С. 23.

¹⁵⁷ См.: Щербакова Н. В. Указ. соч. С. 32.

¹⁵⁸ Определенные уточнения и критику по данному вопросу см., например, у В. Н. Карташова в книге: Психологический механизм юридической деятельности (личностный аспект) / под общ. ред. В. Н. Карташова. Ярославль: ЯрГУ, 2010. С. 7–24; Вантеева Н. В. Там же. С. 64–77.

Применительно к субъекту судебного усмотрения соответственно первое формируется образованием и профессиональным опытом. Второе и третье, строго говоря, должно быть присуще имманентно, на личностном уровне. Четвертый же компонент предполагает достаточное разнообразие эмоциональных характеристик¹⁵⁹. Поскольку все они неизбежно действуют в системе и их пропорции весьма индивидуальны, судья, понимаемый как «судья усредненный», должен стремиться к балансу¹⁶⁰ количества «судейской смелости и судейского сомоограничения»; поиску и опоре на ценности, которые разделяются членами общества, даже если они не являются его собственными (без навязывания своих субъективных представлений, если они не совместимы с первыми), то есть при «балансировке» различных ценностей по весу выбрать те, что составляют «фундаментальную концепцию общества»; примирению своей интуиции (которая играет роль «вспышки», освещающей правильный путь) и рациональной мысли (с приоритетом последней)¹⁶¹.

Субъективный фактор в судебной деятельности, отмечал А. Л. Боровиковский, «совершенно неустраим»¹⁶². В этом плане судебная практика богата весьма яркими примерами, в том числе,

¹⁵⁹ Опираясь на работы психологов, А. Г. Коваленко выделяет три способа социальной ориентировки судьи: когнитивный (определяется системой знаний, усвоенных личностью на уровне убеждений); мотивационный (концентрируется в личностном смысле используемых способов ориентировки); операционный (совокупность рациональных приемов познания, выбора и постановки целей и способов воздействия на ситуацию, особенно в рамках дискреционной деятельности). См.: Коваленко А. Г. Институт доказывания в гражданском и арбитражном судопроизводстве. С. 140.

¹⁶⁰ При этом, на наш взгляд, баланс можно понимать не только в контексте равновесия, как это иногда встречается в литературе (см., например: Ильина О. Ю. Проблемы интереса в семейном праве Российской Федерации. М.: Городец, 2007. С. 52), но и в качестве синонима «гармонизации» – той самой, которой О. Ю. Ильина и предлагает заменить первый термин. По ее мнению, именно последняя предполагает состояние соответствия, слаженности.

¹⁶¹ См.: Барак А. Указ. соч. С. 160–176.

¹⁶² См.: Боровиковский А. Л. Отчет судьи. СПб, 1909. Т. 1. С. 296.

конечно же, из судебной истории. В литературе, в частности, демонстрируются воспоминания А. Ф. Кони по делу В. Засулич, где описываются разнообразные социально-психологические факторы, влиявшие на подготовку и ход процесса¹⁶³ (некие аналоги современных «пиар-компаний»).

Т. В. Сахнова, размышляя о факторах внепроцессуального порядка («имманентных элементах процесса»¹⁶⁴), констатирует определенную степень предубежденности судейской оценки сведений о фактах и апеллирует к авторам, рассматривающим динамику судебного разбирательства как классический пример артефакта (искусственно вызванного явления)¹⁶⁵.

При этом, несмотря на осторожное отношение к психологическим характеристикам судьи, у многих авторов все-таки прорываются сквозь «флер» сдержанности определенные личностные предпочтения. Так, А. Г. Коваленко акцентирует свои научные симпатии на активном типе (инициативном, деятельном), направляющем энергию судебного познания «на четкое структурирование содержания предмета доказывания, выявление неопределенных, спорных моментов, выстраивание алгоритмов доказательств наряду с анализом нестандартных элементов конкретно рассматриваемого спорного правоотношения». С этим личностным типом, продолжает автор, более всего коррелирует и культурный тип – носитель общеобразовательной культуры, профессиональных знаний, знаний психологии, апологет судебной этики^{166, 167}.

М. И. Клеандров обращает наше внимание на весьма интересные примеры из современной правосудной деятельности и формирует перечень¹⁶⁸ нежелательных личностных характеристик судьи: высокомерие, чванство, грубость, мнительность, ценностная ориентация на престижное положение, выгоды, обусловленные судейской должностью, небрежность, некоммуника-

¹⁶³ См.: Кони А. Ф. Соч.: в 8 т. М., 1966. Т. 2. С. 11–12.

¹⁶⁴ См.: Коваленко А. Г. Указ. соч. С. 139.

¹⁶⁵ См.: Сахнова Т. В. Судебная экспертиза. М., 1999. С. 248.

¹⁶⁶ См.: Коваленко А. Г. Указ. соч. С. 141.

¹⁶⁷ О психологической характеристике личности судьи см. также: Папкова О. А. Указ. соч. С. 371–373.

¹⁶⁸ См.: Клеандров М. И. Указ. соч. С. 203–204, 212 и др.

бельность или, наоборот, развязность, эгоцентрическая направленность, склонность к стереотипному мышлению, правовой нигилизм и др.

По мнению автора, например, такие украшающие человека черты характера, как отзывчивость, чувствительность, милосердие, вряд ли желательны для судьи, рассматривающего уголовные дела, – их проявление «к преступнику объективно обернется против потерпевшего, против интересов общества»¹⁶⁹. «Но не нужны, – продолжает М. И. Клеандров, – и судьи – фанатичные борцы с преступностью, так как они не смогут объективно решать дела»¹⁷⁰.

Автор размышляет также о значении религиозных предпочтений конкретного судьи¹⁷¹: будет ли истово верующий судья при осуществлении правосудия в совещательной комнате ориентироваться на законодательство и лишь затем на свою главную религиозную книгу, «либо, помолившись, поступит наоборот»; сможет ли такой судья сохранить психологическую внутреннюю «равноудаленность» по отношению к участникам процесса, зная, что тот или иной из них – одного с ним вероисповедания; в состоянии ли не поддаться на уговоры (указания, советы) своего духовного пастыря по конкретному делу?

¹⁶⁹ Но эти же черты предполагают сочувствие потерпевшему...

¹⁷⁰ Клеандров М. И. Указ. соч. С. 207–208.

¹⁷¹ О. А. Папкина также отмечает, что в отдельных случаях (при рассмотрении споров о праве на воспитание детей, возмещении вреда, причиненного смертью и др.) проблема религиозности, в том или ином контексте, обсуждается в судебном заседании и находит свое отражение в судебном решении. Так, в определении одной из судебных коллегий подчеркнуто, что при рассмотрении дела супругов Д. о расторжении брака и передаче ребенка суд первой инстанции пришел к обоснованному выводу о неспособности ответчицы дать сыновьям правильное воспитание в силу ее религиозного мировоззрения. (Пример цит. по: Боннер А. Т. Законность и справедливость в правоприменительной деятельности. М., 1992. С. 82.) О. А. Папкина квалифицирует это как религиозное предубеждение суда, повлиявшее на выбор в процессе применения судебного усмотрения. (См.: Папкина О. А. Указ. соч. С. 196.)

Полагаем, что в настоящее время разумная (не фанатичная) религиозность стороны могла бы повлиять и обратным образом.

Разговоры о том, продолжает ученый, что любая главная религиозная книга не может противоречить законодательству, между конфессиями нет вражды, а духовный пастырь не станет «напрягать» судью, не представляются серьезными и значимыми, ибо исключения если не нередки, то возможны. (Причем наибольшую проблему для судейского корпуса представляют не традиционные религии, а секты.) Сходные трудности вызывает и партийная принадлежность, вера в партийные идеалы, которые в одночасье не исчезают при назначении на должность¹⁷².

Судье приходится противостоять и факторам давления – от тривиального воздействия родственников и друзей до изощренных форм: явно объективированных ожиданий представителя одной из сторон – преподавателя вуза, где обучается ребенок по юридической специальности, латентных угроз с элементами шантажа, явных угроз здоровью и благополучию близких, наконец, гипнотического воздействия и т. д.¹⁷³ В этом противостоянии судье необходима разнообразная помощь – от обеспечения физической безопасности до информационно-психологической¹⁷⁴.

В субъективной стороне судебного усмотрения присутствует и гендерный контекст. Например, среди судей больше женщин: можно предположить с высокой степенью вероятности, что споры о месте проживания ребенка решаются в пользу матерей не только в силу сложившейся правоприменительной презумпции преимущественного оставления у матери малолетнего ребенка (которая, впрочем, в последнее время подвергается практическому переосмыслению, в частности, под давлением общественного авторитета и/или кошелька отца), но и гендерного судейского выбора; в иных делах, напротив, можно ожидать корректировку решения за счет «мужской солидарности» и т. д.¹⁷⁵ Весьма суще-

¹⁷² См.: Папкина О. А. Указ. соч.. С. 215–217.

¹⁷³ См.: Клеандров М. И. Указ. соч. С. 205–206, 225–261 и др.

¹⁷⁴ Подробнее об этом см.: там же. С. 264–266 и след.

¹⁷⁵ Само же российское законодательство в целом стремится к гендерной нейтральности, однако с необходимыми отступлениями для защиты детства и материнства. Подробно об этом см., например: Гендерная экспертиза российского законодательства / под ред. Л. Н. Завадской. М., 2001; Лушников А. М., Лушников М. В. Тарусина Н. Н. Ген-

ственное влияние оказывают или могут оказывать на судейский выбор также факторы возраста («отцы и дети» и т. п.), национальности («свой – чужой»), внешние данные сторон (в спорах личного характера), предыдущего юридического опыта судьи (работа в прокуратуре, адвокатуре, милиции-полиции; управленческих структурах), семейного положения и личного семейного опыта (в том числе неудачного) и многие другие. Конечно, этот «бурлеск» предположений, возможностей и реальностей корректируется образованием, в том числе повышением квалификации, контролем руководителя судебного органа, ревизией вышестоящими судебными инстанциями, советами судей, квалификационными коллегиями судей (при аттестации и рассмотрении дисциплинарных проступков), но немалая толика остается тайной «совещательной комнаты в голове судьи», его внутреннего самоконтроля.

Глава 3

Норма права как предпосылка творческой, усмотренческой и активной позиции суда: общие и особенные контексты – с вектором на семейное законодательство

В качестве преамбулы продекларируем основные характеристики объекта размышления: семейно-правовые нормы пребывают в дихотомии частного и публичного, диспозитивного и императивного (1), тесно взаимодействуют с нормами морали (2) и религии (3), предпосылают крайне мало дефинитивности (4), но предельно много ситуационности (5), не исключают бланкетности, субсидиарного применения и аналогии (6)¹⁷⁶, допускают гендерно различные композиции (7), как никакие иные сотрудничают со специальными гражданско-процессуальными нормами (8)¹⁷⁷.

Казалось бы, после нелинейной совокупности данных восьми констатаций, невозможно и подумать о несамостоятельной природе и сущности норм семейного права. Тем не менее гражданско-правовая атака, в том числе в форме экспансии методологии экономического оборота, возобновлена с новой силой¹⁷⁸, что, впрочем, не привело пока и, надеемся, не приведет ни к соответствующему поглощению («рейдерскому захвату»), ни к системному гражданско-правовому «откату» семейно-правовых начал. Озаботимся, однако, подробностями зафиксированного своеобразия.

В качестве второй преамбулы заметим, что норма права (семейно-правовая норма) играет роль не только предпосыл-

¹⁷⁶ Данные три взаимосвязанные характеристики будут рассмотрены нами в самостоятельных параграфах.

¹⁷⁷ За пределами «нашего» внимания мы оставляем также международно-правовой и судебно-правотворческий аспекты, которые предписываются для других параграфов книги.

¹⁷⁸ Подробно об этом см., например: Тарусина Н. Н. Семейное право: Очерки из классики и модерна. С. 11–54.

ки, «динамизатора» правоприменения и его усмотренческой составляющей (из-за неполной определенности, альтернативности, несовершенства и т. п. характеристик), но по этой же самой причине одновременно является и объектом указанных видов деятельности (конкретизации, толкования, восполнения пробелов и т. д.).

Третье предварительное замечание, раскрывающее себя в последующем тексте, состоит в том, что предлагаемое размышление о семейно-правовой норме по содержанию и объему несколько больше, нежели того требует, на первый взгляд, заявленная в названии задача. Мы не сочли целесообразным вырывать информационные «куски» из общего контекста и попытались изобразить относительно полную картину явления семейно-правовой нормы в богатом мире социального регулирования.

§ 1. О дихотомии частного и публичного, императивного и диспозитивного

Необходимость корректного (иногда «точечного»), но эффективного регулирования отношений супружества, родительства, детства, попечения над детьми, иных семейных отношений, обеспечения общественного интереса в приоритетной охране блага ребенка и семейных ценностей неизбежно ведет к активному проникновению в организм семейно-правовых норм, по своей природе и сущности цивилистических, публичных, императивных начал, то есть к указанной в преамбуле дихотомии.

В определенном смысле всякая правовая норма – императив, приказ, отмечает Г. Ф. Шершеневич, нормы права не советуют, не убеждают, но требуют известного поведения; приказ не перестает быть приказом, даже если он выражен и в изыскательном наклонении¹⁷⁹. Норма права, продолжает эту мысль Г. В. Мальцев, может быть более или менее императивной, и степень этой императивности – одна из самых сложных и деликатных проблем законодателя, притом что «умеренные и легкие императивы дей-

¹⁷⁹ См.: Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Вып. 1. М., 1910. С. 281.

ствуют надежнее, чем жесткие», хотя и не всегда могут и должны быть востребованы¹⁸⁰.

Не только жесткие решения, но и самые обычные гражданские законы содержат в себе, отмечает С. С. Алексеев, публично-правовые «вкрапления», ибо любой закон есть документ публичного характера, нормы которого обеспечены государственным принуждением. Общественные отношения, если они не отрегулированы иными социальными нормами, подвергаются государственному контролю (различной степени жесткости) уже потому, что «общественные»¹⁸¹. В любой частноправовой норме-возможности есть элемент публичного долженствования, причинный от общественной (государственной) значимости того или иного частного интереса, а в любом другом публичном правиле-долженствовании присутствует тот или иной частный интерес, а нередко и элементы диспозитивности. «В самом деле, – писал Г. Ф. Шершеневич, – где граница между частным и общественным интересом? Нельзя сказать, что общественные интересы охраняются настолько, насколько они согласуются с интересами общества? Охраняя интересы отдельного лица, право имеет своею целью в то же время охранение интересов всего общества»¹⁸².

Высокоимперативные нормы (с сильным нормативным давлением) проявляют себя, констатирует Г. В. Мальцев, в запретах, ограничениях, санкциях и призваны обеспечивать и защищать особо значимые государственные и общественные интересы¹⁸³. Средняя (умеренная) степень императивности присуща классу диспозитивных норм, допускающих свободный выбор вариантов поведения в установленных законом пределах, с опорой на регулятивную силу интересов¹⁸⁴. «Заповедную зону» этой свободы (как осознан-

¹⁸⁰ См.: Мальцев Г. В. Социальные основания права. С. 574–582.

¹⁸¹ См.: Алексеев С. С. Частное право. М., 1999. С. 57–58.

¹⁸² Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. Казань, 1905. С. 2.

¹⁸³ См.: Мальцев Г. В. Указ. соч. С. 582–584.

¹⁸⁴ Там же. С. 585–586.

Подробно о многообразии нормативных предписаний, в том числе и в рамках дихотомии «императив-диспозитив» см., например: Алексе-

ной необходимости) составляет гражданское право, гражданский процесс и вся цивилистика в целом (оставляя, впрочем, запас диспозитивности и для отраслей публичного порядка, проявляющейся прежде всего в дискреции, действии по усмотрению).

Находясь в «заповедной зоне» цивилистики, семейно-правовые нормы, представляя отрасль семейного права, пребывают в означенной нами специфической дихотомии частного и публичного, диспозитивного и императивного начал, то есть простенький, аксиоматичный «диагноз» поставить для них не представляется возможным. Формула римских юристов «публичное право имеет в виду интересы государства как целого, а частное – интересы индивида как такового»¹⁸⁵ в прямолинейной плоскости не работает. В этой связи И. А. Покровский писал: «Разве такое или иное строение семьи, собственности или наследования безразлично для государства как целого? И тем не менее все это бесспорные институты гражданского права»¹⁸⁶. Разве не интересы государства как целого преследует государственное управление, заключая контракт о поставке провианта или обмундирования для армии, защищающей отечество? И тем не менее такой контракт, бесспорно, принадлежит к области права частного, а не публичного¹⁸⁷.

Граница частного и публичного, диспозитивного и императивного размыта. Более того, можно постоянно наблюдать конвергенцию данных систем, причем в масштабах, подвергающих подчас опасности их и так относительную суверенность. И. А. Покровский, доводя в исследовательских целях такую «диффузию» до предельной степени, полагал, что по началам пу-

ев С. С. Структура советского права. М.: Юридическая литература, 1975. С. 103–107. И др.

¹⁸⁵ См.: Новицкий И. Б. Римское право. М., 1993. С. 7.

¹⁸⁶ Как известно, цивилисты конца XIX – начала XX в. знали вполне определенную, еще не «взорванную» 1917-м годом систему права и законодательства – право гражданское (нормы с семейным элементом входили либо институтами последнего, либо права церковного). Подробно см.: Тарусина Н. Н. Семейное право: Очерки из классики и модерна. С. 4–11.

¹⁸⁷ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 37.

бличного права может быть построена чуть ли не вся область семейственных отношений: какое-нибудь государство, «задавшись целью количественного или качественного улучшения прироста населения» может прийти к мысли о предписании всем здоровым мужчинам определенного возраста вступать в брак с женщинами, указанными власть предержащими. Притом что история, продолжает ученый, подобные экзотические случаи знавала: в государстве перуанских инков достигшая половой зрелости молодежь ежегодно собиралась на площади, где представители власти соединяли между собой наиболее, на их взгляд, подходящие пары, а брачный закон римского императора Августа устанавливал обязанность мужчин от 25 до 50 лет и женщин от 20 до 45 лет состоять в браке и иметь детей¹⁸⁸.

Частные, диспозитивные начала достаточно доминантно проявляют себя, разумеется, во всех семейно-правовых институтах: в свободе брака и развода, возможности выбора способов построения отношений собственности в супружеском союзе (предпочтении законного или договорного режима), формах попечения над детьми (усыновлении, опеки договорной и недоговорной), вариантах материальной поддержки членов семьи. К числу диспозитивных проявлений относятся также правила об учете мнения ребенка при решении семейных вопросов. И, разумеется, заметной составляющей рассматриваемого начала является активное договорное конструирование семейных связей¹⁸⁹.

¹⁸⁸ См.: Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. С. 43.

Помещик (фельдмаршал) А. В. Суворов женил крепостных, выстраивая их по ранжиру. Конец XIX в. знал судебные иски российских мужей о водворении к ним покинувших их жен. По Указу ПВС СССР от 08.07.1944 г. в графе «отец» у внебрачных детей ставился прочерк, а брак расторгался исключительно в суде, и притом областном. И т. д. и т. п.

¹⁸⁹ Подробно об этом см., например: Лушников А. М., Лушников М. В., Тарусина Н. Н. Договоры в сфере семьи, труда и социального обеспечения. Ярославль: ЯрГУ, 2008. С. 34–155; Чашкова С. Ю. Система договорных обязательств в российском семейном праве: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004; Низамиева О. Н. Договорное регулирование семейных отношений: современное состояние и перспективы развития

Публичные начала, императивные элементы реализуются: 1) в признании браком только союза, прошедшего госрегистрацию; невозможности его прекращения бесконтрольным соглашением сторон; существенном ограничении свободы семейно-правовых договоров (а также и судебных мировых соглашений); понуждении суда к действиям, которые в классической цивилистике совершают только заинтересованные лица – субъекты спорных материальных правоотношений (обязанности решить в бракоразводном процессе вопросы о месте проживания ребенка и его алиментировании, взыскании алиментов в процессе по делу о лишении родительских прав и т. п.); 2) во введении специфических запретов и ограничений: для брака – запрет близкого родства, требование моногамии и разности пола, неблагоприятные последствия сокрытия вензаболевания и ВИЧ-инфекции; для развода – недопущение инициирования мужем процедуры прекращения брака в период беременности жены и года после рождения ребенка; для усыновления – установление 16-летней разницы в возрасте между усыновляющим и усыновляемым и т. д. и т. п.; 3) в применении особых мер ответственности или мер защиты (лишение или ограничение родительских прав, отмена усыновления, освобождение от алиментной обязанности ввиду недостойного поведения супруга в браке и др.); 4) в правилах позитивной дискриминации, призванных к выравниванию возможностей мужчины и женщины, родителей и детей (в сфере развода, раздела общесупружеского имущества, алиментирования, совершения семейно-правовых актов в отношении ребенка)¹⁹⁰.

Баланс указанных противоположных начал всегда был достаточно зыбок и в эпоху перемен всегда нарушался. Последний раз наиболее ярко это проявилось в 30-40 годы прошлого столе-

// Семейное право на рубеже XX–XXI веков: к 20-летию Конвенции ООН о правах ребенка: Материалы межд. науч.-практ. конф. Казань, 2010.

¹⁹⁰ Подробнее см.: Ворожейкин Е. М. Семейные правоотношения в СССР. М., 1972; Нечаева А. М. Семейное право: Актуальные проблемы теории и практики. М., 2007; Ильина О. Ю. Проблемы интереса в семейном праве Российской Федерации. М., 2007; Тарусина Н. Н. Семейное право: Очерки из классики и модерна. С. 46–52. И др.

тия, когда «чаша публичности и императива» оказалась на порядок тяжелее – в основном за счет положений Указа ПВС СССР от 8 июля 1944 г. (отказ в признании фактического брака, запрет отыскания внебрачного отцовства, «драконовская» процедура развода)¹⁹¹.

Реформирование общественных отношений в 90-е годы XX в. отразилось на данном балансе в противоположную сторону. Так, свобода выбора формы супружеской собственности оказалась чревата незащищенностью интересов ребенка и/или одного из супругов, нуждающегося по обстоятельствам жизни в поддержке; акцент на гражданско-правовую природу договора об опеке (с ее возмездностью) выстроил предпосылку для видоизменения целей и сущности всего института; признание брака гражданско-правовым договором¹⁹² создало предпосылку к разрушению российских традиций понимания цели и сущности данного явления. Разбалансировка, дисгармонизация частных и публичных начал в нормах семейного права с очевидностью ослабляет его «социализаторскую» функцию¹⁹³.

§ 2. О взаимодействии нравственных и правовых начал в пространствах семьи

«Социальные нормы, – замечает Г. В. Мальцев, – можно сравнивать с нотными знаками, посредством которых записываются многообразные партитуры человеческого поведения. В зависимости от того, правильно или неправильно используются эти знаки, образуют ли они удачные или неудачные сочетания, получается гармоничный или дисгармоничный эффект, симфония либо какофония... Действующие в обществе нормативно-регулятивные

¹⁹¹ Подробнее об этом см., например: Антокольская М. В. Семейное право. М.: Юрист, 1997. С. 75–78; Тарусина Н. Н. Семейное право. М.: Проспект, 2001. С. 63–65. И др.

¹⁹² См.: Антокольская М. В. Указ. соч. С. 114; Гражданское право / под ред. А. П. Сергеева. Т. 3. М.: Велби, 2009. С. 415.

¹⁹³ См.: Тарусина Н. Н. Семейное право: Очерки из классики и модерна. С. 22–23, 53–54.

системы – политическая, правовая, моральная¹⁹⁴ – способны выражать общие ценности..., но в специфических условиях социально неоднородного общества они могут достаточно серьезно противоречить друг другу»¹⁹⁵.

Значительным своеобразием отличается взаимодействие правовых норм с **нормами морали**¹⁹⁶. Нравственность и правовые правила обязанностей и долга, подчеркивает Г. Л. А. Харт, имеют некоторые поразительные сходства, которых достаточно, чтобы показать, что общность их лексикона не случайна; они «задуманы для того, чтобы очертить границы поведения индивида независимо от его желания, и поддерживаются серьезным общественным давлением»; «выполнение как моральных, так и правовых обязанностей, считается не некой заслугой, а минимальной данью индивида, отдаваемой общественной жизни»¹⁹⁷. Наиболее знаменитая предпосылка развести право и мораль, продолжает автор, подчеркивая у первого аспект «внешнего» соответствия поведения установленным образцам (без анализа мотивации этого поведения), а у второй аспект «внутреннего» поведения (мотивов и намерений), – верна лишь отчасти, а скорее даже ошибочна, с небольшой долей оправдания, в частности, в вопросе о характеристиках различий между моральным порицанием и правовым наказанием¹⁹⁸.

Различия, полагает Г. Л. А. Харт, в основном сосредоточены в другом. Во-первых, ряд нормативно-правовых предписаний обусловлены иными потребностями, например технологического характера¹⁹⁹. Во-вторых, они довольно часто устаревают, утрачи-

¹⁹⁴ Дополним: религиозная.

¹⁹⁵ Мальцев Г. В. Указ. соч. С. 514.

¹⁹⁶ См.: Нечаева А. М. Семейное право: Актуальные проблемы... С. 57–87; Рабец А. М. Проблемы укрепления нравственных начал в нормах о личных неимущественных правах и обязанностях родителей и детей // Научные труды РАЮН. М., 2003. № 3. С. 160–166; Тарусина Н. Н. Семейное право: Очерки из классики и модерна. С. 31–34.

¹⁹⁷ См.: Харт Г. Л. А. Понятие права. СПб.: СПбГУ, 2007. С. 174.

¹⁹⁸ См.: Там же. С. 174–175.

¹⁹⁹ Весьма интересные суждения по этому поводу см., например: Мальцев Г. В. Социальные основания права. С. 520 и след.

вают свое социально-регулятивное основание. В-третьих, соответственно, систематически изменяются, отменяются или заменяются другими, моральные же правила невозможно ни вызвать к жизни, ни изменить, ни упразднить подобным способом («С 1 января стало аморальным делать то-то и то-то»); в то же время они не обладают абсолютным иммунитетом от других форм изменения. В-четвертых, они различаются как по формам оправдания, так и по формам давления на индивида²⁰⁰. В то же время, продолжает ученый, обязанность и долг, являясь краеугольным камнем нравственности, не составляют ее единственного содержания: существуют моральные идеалы (их реализация воспринимается уже не как само собой разумеющееся, а как свершение, заслуживающее похвалы²⁰¹) и добродетели (щедрость, умеренность, терпение, совестьливость и т. п.), которые позволяют «средним людям» идти несколько дальше, чем того требует долг²⁰². Кроме того, мораль может быть дифференцирована по стратам, классам – и в позитивном и в негативном контексте такой дифференциации²⁰³.

В классическом, общеправовом, значении нормы права должны быть морально обоснованы, иметь своего рода легитимацию с позиций господствующей, общепринятой морали²⁰⁴, хотя и не рассматриваться в прямолинейной зависимости – всего лишь как «минимум морали», – ибо возможна и обратная связь: воздействие на процесс эволюции моральных ценностей²⁰⁵, работа правовых, в том числе семейно-правовых, норм «на опережение» (например, в области ряда запретов на вступление в брак, в репродуктивной сфере,

²⁰⁰ См.: Харт Г. Л. А. Указ. соч. С. 175–182.

²⁰¹ Субъектами подобных деяний, по мысли Г. Л. А. Харта, выступают «святые» и «герои».

²⁰² См.: Там же. С. 184.

²⁰³ Там же. С. 185.

²⁰⁴ Алексеев С. С. Теория права. М., 1993. С. 70.

По В. С. Соловьеву, право есть низший предел, определенный минимум нравственности (см.: Соловьев В. С. Оправдание добра: Нравственная философия. Соч.: в 2 т. Т. 1. М., 1990. С. 449–450).

²⁰⁵ См.: Алексеев С. С. Указ. соч. С. 69.

Мораль может быть излишне репрессивной, суеверной, непро-
свещенной и т. д. (см.: Харт Г. Л. А. Указ. соч. С. 185).

путем расширения возможностей ребенка влиять на решение вопросов, касающихся его жизни в семье и его личного статуса)²⁰⁶.

С одной стороны, «нравственность – неиссякаемый чистый родник в грязном житейском море...», «духовная оппозиция неприглядной обывательской жизни»²⁰⁷, с той или иной степенью ясности и жесткости фиксированная в нормах морали – устных и письменных. Ни право, ни мораль не ограничиваются предметно обособленной сферой социальных отношений, хотя последняя более универсальна, всепроникающа и является «оценщиком» первого. Моральность права, подчеркивает Е. А. Лукашева, – проявление его ценностной характеристики; право – категория этическая, к нему приложимы все оценки с позиций добра, зла, справедливости и др.; моральное измерение права – его органическая необходимость²⁰⁸. И в этом смысле их значение для правовых норм (в том числе, может быть, и прежде всего²⁰⁹ семейных) непреходяще и благотворно²¹⁰.

С другой стороны, правоведы опасаются «беспредела морализирующей вседозволенности», вооружения морали сред-

²⁰⁶ Весьма ярко это, например, проявилось в тенденциях законодательства о внебрачном отцовстве: нормы ст. 48 КоБС РСФСР и ст. 49 (ст. 50) СК РФ пробивались сквозь скептицизм и определенную этическую позицию общества, депутатов и ученых. Эти явления, впрочем, частично основывались, в свою очередь, на негативном, «драконовском» решении Указа от 08.07.1944 г. (Он же, также в свою очередь, – на соответствующей общественной идеологии своего периода...). Подробнее о существовании данных правовых исканий см.: Тарусина Н. Н. Семейное право: Очерки из классики и модерна. С. 258–262; Ее же: Семейное право. С. 83–86.

²⁰⁷ Бойко А. И. Система и структура уголовного права. Т. 2. Ростов н/Д.: ЮФУ, 2007. С. 408–409.

²⁰⁸ Лукашева Е. А. Человек, право, цивилизации: нормативно-ценностные измерения. М.: Норма, 2009. С. 128, 137, 151.

²⁰⁹ На наш взгляд, наибольшую плотность взаимодействия права и морали мы наблюдаем в семейно-правовой и уголовно-правовой сферах.

²¹⁰ См.: Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. М.: Норма, 2001. С. 218.

ствами права для «крестовых походов» и «жертвоприношения» ради будущего²¹¹.

Подобные опасения, впрочем, адресованы скорее «силовым» отраслям права, а не цивилистическому семейному праву²¹².

Нравственная обусловленность семейно-правовой методологии в настоящее время актуализируется неоднократно отмеченным нами излишне активным проникновением в нее гражданско-правовых компонентов, что усиливает позиции индивидуализма и потребительского интереса²¹³, в то время как «золотое правило нравственности» проистекает из учения о должном, из приоритета общественного (или группового, например семейного) интереса, а не из комплекса прав и претензий²¹⁴; современное «славоправие» индивидов не является абсолютным позитивом – оно «атомизирует» общество, дезорганизует систему управления, служит не только социально слабым, но и социально сильным. И тогда, замечает А. И. Бойко, «под несменяемым флагом защиты прав и интересов частного вновь достают из пыльных сундуков старые общинные ценности, срочно монтируют национальную, а не индивидуалистическую идею»²¹⁵. Впрочем, очевидно, что взаимодействие частного (индивидуального) и публичного (общественного) осуществляется по сложным многоканальным схемам: эгоизм должен быть разумен, а социальная польза не

²¹¹ Алексеев С. С. Указ. соч. С. 215–218.

²¹² Следует, однако, заметить, что элементы «воинственности» периодически были свойственны и ему: например, имперское семейное право знало институт власти мужа и отца, плотно сопряженный с «Домостроем»; Указом ПВС СССР от 8.07.1944 г. была введена весьма жесткая процедура развода. И т. д.

²¹³ А. М. Нечаева и другие авторы неоднократно и справедливо констатировали излишнее акцентирование в современном правотворчестве идей целесообразности, рациональности, что неблагоприятно сказывается и на отношении к семейным ценностям, семейно-правовой морали, семейным устоям (см.: Нечаева А. М. Семейное право: Актуальные проблемы... С. 87).

²¹⁴ См.: Бойко А. И. Нравственно-религиозные основы уголовного права. М.: Юрлитинформ, 2010. С. 116.

²¹⁵ Там же. С. 119–120.

должна эксплуатироваться эгоистичными группами; гармонизацию частных и публичных начал, нравственных и нормативно-правовых – в нашем случае в сфере возникновения, развертывания и преобразования брака, семьи, попечения над детьми – следует осуществлять на основе взвешенного взаимодействия различных интересов.

Второй вариант соотношения права и морали составляет специфику прежде всего и именно семейно-правового регулирования: нравственные категории и нормы морали закрепляются непосредственно в семейном законодательстве, становятся содержательными элементами семейно-правовых норм. Например, семейные отношения строятся на «чувствах взаимной любви и уважения, взаимопомощи и ответственности перед семьей всех ее членов»; родители обязаны заботиться о «духовном и нравственном развитии своих детей»; «при назначении ребенку опекуна (попечителя) учитываются нравственные и личные качества опекуна (попечителя)»; суд вправе освободить супруга от алиментной обязанности перед вторым супругом или ограничить ее определенным сроком в случае «недостойного поведения супруга, требующего выплаты алиментов», и т. д. и т. п. (ч. 2 п. 1 ст. 1, ч. 2 ст. 54, п. 1 ст. 63, ст. 92, п. 2 ст. 146 СК РФ).

Как справедливо отмечает Б. М. Гонгало, включение в закон подобных положений, может быть, следует даже приветствовать, однако отдавая себе отчет в том, что «"перевести на юридический язык" такие понятия, как любовь и уважение (в семье) еще никогда не удавалось и вряд ли когда-нибудь удастся»²¹⁶.

Ядро семейных отношений (в том числе правоотношений), пишет А. М. Нечаева, составляет их духовность, нравственные начала поведения человека; семейное право несет архиважную воспитательную нагрузку, выполняет воспитательную миссию по отношению ко всем гражданам, а поэтому тяготеет не к экономике²¹⁷ (хотя и не может игнорировать ее, «великую и ужасную»), а к нравственным ценностям и нормам о них.

²¹⁶ См.: Семейное право / под ред. П. В. Крашенинникова. М., 2007. С. 18.

²¹⁷ См.: Нечаева А. М. Семейное право как самостоятельная отрасль

Рассуждения (и даже резкие заявления) о юридической «пустоте» означенных нами и им подобных семейно-правовых норм с точки зрения формально-нормативных канонов вроде бы основательны. Однако очевидно, что не только в рамках указанного канона право выполняет свои функции. Его «скелет» формально-нормативен, но существо гораздо сложнее, тем более существование. Нормы-декларации о должном, в том числе нравственно должном, нужны обществу, а значит, и праву, его «воинствующему оружию и оружию сдерживания», так как примеры, приведенные ранее, свидетельствуют и о возможной классической юридической конкретике правил, в основе которых лежат этические конструкции.

Триаду исследуемого взаимодействия включает тезис о существенном значении для разрешения семейного дела юрисдикционным органом нравственной характеристики личности и ситуации, даже если таковые посылы непосредственно в семейном законе и не закреплены: утрата чувства любви как причина развода, аморальный образ жизни матери как основание передачи ребенка отцу, усыновителя – отмены усыновления, опекуна (попечителя) – прекращения опеки (попечительства) и т. д.

Две последние формы взаимодействия формально-юридических и нравственных начал с очевидностью выстраивают «китайскую стену» отличий норм, правоотношений и правоприменения в сферах семьи и гражданского оборота. (В этом месте мы никогда не лишаем себя удовольствия привести блестящее суждение известного российского юриста конца XIX в. А. Л. Боровиковского: «Любят ли друг друга должник и кредитор – вопрос праздный. Этот должник уплатил долг охотно..., другой уплатил, проклиная кредитора, – оба случая юридически одинаковы... но далеко не празден вопрос, благорасположены ли друг к другу **муж и жена**, ибо здесь любовь есть самое **содержание** отношений...»²¹⁸).

Следует также заметить, что не только последний, но и все элементы триады имеют вполне конкретное значение для право-

// Государство и право на рубеже веков: Материалы Всерос. конф. М.: Юрайт, 2010. С. 15.

²¹⁸ Боровиковский А. Отчет судьи. Т. 2. СПб., 1892. С. 212.

реализации, в том числе и в форме правоприменения, особенно в контексте судебного и административного усмотрения, так как все они относятся к классу оценочных понятий²¹⁹.

§ 3. О светском и религиозном контексте

Предваряя констатации взаимодействия семейно-правовых и **религиозных норм**, обозначим несколько общих положений, распространяемых на право в целом. *Первое*: религиозные нормы являются «пращурами» правовых²²⁰. Следует, видимо, добавить: а также первичным и в большинстве случаев последующим средоточием предписаний нравственного порядка. Первоосновой права служили законы Божьи в широком смысле этого слова, отмечает В. Г. Ярославцев, заповеди, заветы и прочее, которые незримо пронизывали человеческие законы, привнося в них дух естественного нравственного закона. Именно в религии кроются предельные основы, «конечный источник права»²²¹.

И снова следует добавить: аксиоматично также генетическое партнерство религии и морали, близость их социальных функций, но и относительная автономность и различность (нравственность не имеет «штатных поводырей и пропагандистов», не фиксируется в консолидированном виде в каком-либо одном письменном памятнике; в отличие от веры, весьма часто имеющей государственную поддержку, «таким патронажем похвастаться не может»). Когда-нибудь, соединившись с лучшими образцами права и публичными технологиями управления в целом, — замечает А. И. Бойко, «сакрально-этические представления станут духовной сердцевинкой интегрированного искусства мирной жизни», а

²¹⁹ Об этом см. далее.

²²⁰ Подробно об этом см., например: Лукашева Е. А. Человек, право, цивилизации: нормативно-ценностные измерения. С. 98 и след.; Тихонравов Ю. В. Судебное религиоведение. М., 1998. С. 22 и след.; Религиоведение / под ред. А. В. Солдатова. СПб.: Лань, 2003. С. 518 и след. И др.

²²¹ Ярославцев В. Г. Истоки права в совести и нравственном долге // Философия права в начале XXI столетия через призму конституционализма и конституционной экономики / под ред. В. В. Миронова, Ю. Н. Солониной. М.: Летний сад, 2010. С. 133.

ныне они составляют корневую основу менталитета и ряд, хотя и неполный, фундаментальных основ светской юриспруденции²²².

Второе: никакие исторические катаклизмы не могут отменить того факта, что соотношение права и религии имеет не только глубокие исторические корни, но и постоянную непрерывающуюся связь, хотя и изменчивую во времени, в различных цивилизациях, на различных территориях²²³. *Третье:* «сплав небесных предписаний» с юридической нормативностью в той или иной степени количества и качества можно обнаружить в самых различных цивилизациях – от восточных до христианских²²⁴. Однако в различных цивилизациях он имел (и имеет) воистину разный характер: «это или государственные правовые системы (семьи), или традиционное право, в котором определяющее значение имеют религиозно-этические нормы»²²⁵.

Четвертое: по мере исторического развития право и религия как социальные регуляторы, все более обособляясь друг от друга, при нормальном течении общественных процессов не только не находятся в позиции противопоставления, но и в определенных ситуациях осуществляют взаимоподдержку²²⁶. «И это понятно, – констатирует Е. А. Лукашева, – так как в этих си-

²²² См.: Бойко А. И. Нравственно-религиозные основы уголовного права. С. 111.

²²³ См.: Лукашева Е. А. Указ. соч. С. 105–107.

²²⁴ Там же. С. 123–124.

²²⁵ См.: Лукашева Е. А. Право и мировые религии в формировании цивилизаций // Труды ИГП РАН. Актуальные проблемы государства и права. № 3. М., 2009. С. 63.

²²⁶ Однако даже в ситуации противопоставления государственный режим с элементами тоталитаризма связан с религиозными мифами. Если взять «весь набор мифов, ритуалов, обожествление вождей, поклонение им, – отмечает Е. А. Лукашева, – то XX в. не слишком далеко ушел от первобытности, апофеозом чего явился Мавзолей, куда миллионы людей шли поклониться непогребенному телу Вождя, совершившего невиданную по масштабам и разрушительным последствиям социальную революцию, принесшую неисчислимые бедствия стране и народу. Право было раздавлено могучей силой квазирелигии». Лукашева Е. А. Право и мировые религии... С. 68.

стемах социальной регуляции выражаются целесообразные формы человеческого общения и поведения»²²⁷. Исследуя правовые формы отношений государства и Русской Православной Церкви, О. Н. Петюкова полагает необходимым рассматривать церковное право в качестве особой исторически сложившейся религиозной правовой системы, которая должна определенным образом взаимодействовать со светской правовой системой, в том числе в необходимых случаях и через специальные коллизионные нормы²²⁸. *Пятое*: разрушение религиозных основ никогда не приносило пользы правопорядку²²⁹.

Шестое: проблема поиска общих (или относительно общих, отнюдь не универсальных, для осей «Восток – Запад – Север – Юг»²³⁰) мировоззренческих устоев для всего общества есть одновременно проблема взаимодействия различных религиозных течений и правомерности приоритета какого-либо из них перед другими на определенной государственной территории. При этом, обращаясь к проблемам взаимодействия норм религии и морали (как двух пересекающихся по объему и содержанию типов социального регулирования), исследователи отмечают, что, по существу, каждая из основных мировых религий имеет в своей основе пласт этических начал, во многом схожих между собой; это и есть общечеловеческие моральные ценности, которые, с одной стороны, «отражают и закрепляют тысячелетний опыт выживания и воспроизводства человечества, а с другой – являются напутствием к наиболее безболезненному становлению и развитию цивилизации»²³¹. Религиозное (православное) «правосознание, – отмечает О. Н. Петюкова, – опирается на уровень нормативной саморегуляции религиозно-нравственного харак-

²²⁷ Лукашева Е. А. Право и мировые религии... С. 75.

²²⁸ См.: Петюкова О. Н. Правовые формы отношений светского государства и Русской православной церкви в 1917–1945 годах: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2011. С. 10–11.

²²⁹ Лукашева Е. А. Человек, право, цивилизации... С. 125–126.

²³⁰ Мы намеренно добавляем вторую «географическую ось», так как многообразие религий не исчерпывается традиционной первой.

²³¹ См.: Варьяс М. Религиозная мораль и политико-правовая действительность: теологический аспект. ОНС. 1993. № 5. С. 54.

тера, заложенный нормами церковного (канонического) права. Важным признаком правосознания как специфического типа духовности является воспроизведение национальных культурных архетипов справедливости, свободы и равенства»²³².

Западная гуманистическая мораль, подчеркивает М. Варьяс, воспринимается как эталон западно-европейской цивилизации; Россия же, несмотря на позиционирование ее как страны европейского типа²³³, «исторически, этически, географически, а самое главное, в религиозно-духовном и культурном отношении принадлежит к другой цивилизации – восточно-христианской, для которой существуют собственные закономерности развития»²³⁴.

В дореволюционной России последний аспект проблемы решался однозначно: среди всех иных религий православие официально пользовалось исключительным идеологическим и правовым статусом, все остальные были лишь «терпимы»²³⁵.

Декретом СНК РСФСР от 23 января 1918 г. «Об отделении церкви от государства и школы от церкви» этот постулат был дезавуирован, а отношения разрушены²³⁶. Только с началом коренного реформирования всего уклада российского общества – идеологии, государственности, экономики, быта – с конца 80-х годов XX в. постулаты и практическая деятельность религии стали вновь осознаваться как социальные ценности и ее влияние на российское общество – возрастать. «Современная жизнь», констатирует А. И. Бойко, - показывает, что духовенство лучше и оперативнее светских властей указывает и обосновывает стратегические пути развития общества, что теология переживает своеобразный Ренессанс. Все потому, что Церковь в определенном смысле надпартийна, олицетворяет надежды большинства, устойчиво служит общественному, а не частному интересу, не-

²³² Петюкова О. Н. Указ. соч. С. 18.

²³³ Уточнение наше.

²³⁴ Варьяс М. Указ. соч. С. 66.

²³⁵ См., например: Гольст Г. Р. Религия и закон. М., 1975. С. 18.

²³⁶ Одновременно и Церковь реформировала систему своей организации, в том числе восстановив патриаршество (см.: Цыпин В. А. Определения и постановления Поместного Собора Православной Российской Церкви 1917–1918 гг. // Богословский вестник. 1993. № 1. С. 102).

смотря на безопасный принцип симфонии²³⁷, обогревает надеждами и теплом... страждущих...»²³⁸.

Однако официальный приоритет Православной Церкви не был и не мог быть возрожден – напротив, осуществлено конституционное (ст. 14) закрепление свободы вероисповеданий и свободы совести. Многонациональная и многоконфессиональная (и частично атеистическая) Россия иного себе позволить не может, как, впрочем, и ключевые конфессии – тоже²³⁹.

Обратимся, однако, к светскому семейному праву России и его взаимодействию с религиозными нормами. До 1917 г. (января 1918 г.) официально доминирующей конфессией, как мы уже отмечали, признавалось православие, которое сосредоточивало свои нормативные помыслы и в религиозных источниках, и в российском церковном праве²⁴⁰, оказывая либо прямое, либо косвенное воздействие на отношения супружества, воспитание детей и образовательную деятельность. При этом «иноверцы» в своих поступках подчинялись не только светскому законодательству, но, будучи свободными от официального (православного) права, обращались к канонам своей религии, а атеисты и

²³⁷ Как бы взаимного благословения управления обществом и страной Церковью и государством. Подробнее см.: Бойко А. И. Римское и современное уголовное право. СПб.: Юридцентр Пресс, 2003. С. 80–81.

²³⁸ Бойко А. И. Система и структура уголовного права. Т. 2. Ростов н/Д.: ЮФУ, 2007. Гл. Нравственные и религиозные корни отрасли. С. 357–358.

²³⁹ По данным ВЦИОМ на сентябрь 2007 г., половина россиян – верующие, из них 10% «воцерковлены», регулярно посещают храм; 31% респондентов допускает существование Бога; убежденных атеистов – 6%; не задумывающихся на эту тему – 8%; православных – 75%, мусульман – 8% (подробнее см., например: Дворникова О. А. Религия и закон: проблемы взаимодействия // Журнал российского права. 2009. № 7).

Современные позиции РПЦ фиксированы в «Социальной концепции Русской Православной Церкви» и других соборных документах (подробнее см., например: Бойко А. И. Система и структура... С. 358–366).

²⁴⁰ А. А. Ференс-Сороцкий отмечает, что наличие церковного права опровергает «миф современной юриспруденции о неслучайной связи государства с правом». Подробнее см.: Ференс-Сороцкий А. А. Каноническое (церковное) право // Правоведение. 2009. № 8. С. 143.

«раскольники» – только к светскому закону. Так, брак первых заключался при содействии духовного лица с соблюдением соответствующей процедуры (у мусульман, например, имел характер договора о создании семьи и рождении детей), а развод осуществлялся либо со значительной легкостью (например, для лиц евангельского исповедания), либо совершенно исключался (для католиков); смешанные браки имели специальную регламентацию; «нехристям» (например, раскольникам) дозволялось заключать гражданские браки (в России – с 1874 г.)²⁴¹.

В указанный период взаимодействие канонов Русской Православной Церкви и светского законодательства в вопросах брака (в значительной степени) и семьи (существенно меньшей) было не только практически очевидным на бытовом уровне, но и публично признанным. Институт брака составлял значительный блок церковного права. Последнее же применялось и клириками, и юристами. А церковное право входило в образовательный стандарт правоведения, в том числе в Демидовском юридическом лицее²⁴². Следуя православной линии христианства, российское законодательство не только во времена после крещения Руси, в средние века, но и в XIX – начале XX в. признавало таинство сутью супружеского союза, опираясь на определение брака из Кормчей книги как «мужеви и жене сочетание, сбытие во всей жизни, божественныя и человеческия правды общение»²⁴³. При этом религиозные и нравственные сущности брака рассматривались многими известными цивилистами начала XIX в., как пра-

²⁴¹ См., например: Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. С. 599–607.

Гражданский брак не есть аналог фактического, а суть светский (подробнее об этом см., например: Тарусина Н. Н. Семейное право: Очерки из классики и модерна. С. 193–195).

²⁴² С 1803 г. в Высшем наук училище, далее – Демидовском юридическом лицее и Ярославском государственном университете. Подробно об этом см.: Ярославская юридическая школа: прошлое, настоящее, будущее / под ред. С. А. Егорова, А. М. Лушниковой, Н. Н. Тарусиной. Ярославль: ЯрГУ, 2009.

²⁴³ Цит. по: Мейер Д. И. Русское гражданское право. Т. 2. М., 1997. С. 714.

вило, в единстве. «С точки зрения религии, – отмечал Д. И. Мейер, – брак представляется учреждением, состоящим под покровительством божества; по учению же православной церкви – даже учреждением, совершаемым с его участием, – таинством. Равным образом и закон нравственный, – продолжал автор, – независимо от религии, принимает в свою область учреждение брака и признает его союзом двух лиц разного пола, основанным на чувстве любви, который имеет своим назначением – восполнить личность отдельного человека, неполную в самой себе, личностью лица другого пола»²⁴⁴. Часть личных отношений (например, обязанность жены следовать за мужем, власть мужа над женой и детьми) и имущественные отношения супругов регулировались гражданским законодательством.

С 1917–1918 гг. ситуация принципиально изменилась. Отделение церкви от государства на политико-правовом уровне было сопровождено частным отрицанием действия православных канонов в отношениях брака и развода для российских граждан. Канон оставался в относительной силе для служителей Церкви – относительной в том смысле, что последние должны были подчиняться и требованиям светского института брака. Переходным нормативным положением явилось признание юридической силы венчанных супружеских союзов, совершенных до 1917 г.

Разобщенность православного и законодательного представлений о браке, условиях его заключения и основаниях прекращения потеряла свою остроту в конце прошлого века и продолжает смягчаться в действующем столетии. Сближение, впрочем, не получило юридического значения – даже частичного.

Существенные отличия православного брачного права и светского законодательства в основном сводятся к трем. *Первое*: Церковь владеет определением брака²⁴⁵, закон – нет (наш зако-

²⁴⁴ Мейер Д. И. Указ. соч. С. 348.

²⁴⁵ Мусульманский взгляд на брак, как известно, отличается от православного: в определенном смысле брак является брачным договором о создании семьи и рождении детей (см., например: Барминская Д. С. Новые тенденции в развитии мусульманского семейного права на примере Семейного Кодекса Королевства Марокко 2004 г. // Семейное

нодатель и наши цивилисты до сих пор убеждены в невозможности дефинировать супружеский союз)²⁴⁶. *Второе*: требования действительности брака жестче и шире в церковном праве – за счет более глубокого запрета по родству и даже свойству, ограничения числа браков, условия о единоверии. Как известно, по церковному канону сомнения вызывает уже 3-й брак (он действителен лишь при определенных условиях), а 4-й брак не допускается; запрещены союзы между родственниками 4-й степени включительно, свойственниками (1-й степени; ранее – и более отдаленных степеней) и т. д. Очевидно, отмечает В. Цыпин, что священник или епископ не могут принимать решение о допустимости венчания в подобных ситуациях, более того, в отдельных случаях следует настаивать на прекращении кровосмесительного сожительства (уже зарегистрированного), сожительства с дочерью или сестрой первой жены²⁴⁷. Устанавливался и возрастной предел для заключения брака – 80 лет²⁴⁸. *Третье*: несравнимо либеральнее реагирует закон на основания и способы прекращения супружества (развод возможен по взаимному согласию, а при отсутствии одного расторгается по настоянию одного из супругов, если судебные меры по примирению сторон не дали результата). Церковный же канон добровольного развода не знает и устанавливает перечень конкретных оснований к прекращению союза²⁴⁹.

и жилищное право. 2009. № 3; Горшунов Д. Н. Частное право и ислам // Учен. записки Казан. гос. ун-та. Гуманитарные науки. Т. 152, кн. 4. 2010. С. 47–48).

Д. Н. Горшунов отмечает также, что, в нарушение семейного законодательства, в верующих семьях встречаются ранние шариатские браки (по шариату брачная дееспособность у юношей – с 15 лет, у девушек – с 9 лет). См.: Там же. С. 50.

Подробнее об этом см.: Суворов Н. С. Учебник церковного права. М.: Зерцало, 2004. С. 321 и след.

²⁴⁶ Подробно см., например: Тарусина Н. Н. Брак по российскому семейному праву. М.: Проспект, 2010. С. 67–74.

²⁴⁷ См.: Цыпин В. Курс церковного права. Клин, 2004.

²⁴⁸ См.: Тарусина Н. Н. Брак по российскому семейному праву. С. 21.

²⁴⁹ В порядке сравнения и последующего размышления значительный интерес представляет статья А. А. Вишневого о возможности

Однако в связи с действием в этом вопросе светского законодательства он непосредственно может воздействовать только на поведение служителя Церкви. Расторжение венчанных браков неизбежно опирается на светские акты (административные или судебные) и практически осуществляется, соответственно, после «гражданского» развода²⁵⁰.

В то же время между церковной и светской ветвями брачного права есть немало общего, хотя и не тождественного. Первое сходство связано с возникновением брака: венчание в любом приходе, ведение церковной книги, выдача свидетельства о венчании – регистрация в любом органе ЗАГС России, фиксация акта в специальной книге, выдача свидетельства о заключении брака; непризнание значения фактического «брака». В церковной практике считается единственно допустимым венчание только тех, чье супружество уже зарегистрировано по светскому закону²⁵¹. Второе сходство связано с ключевыми условиями законности брака: свобода воли, отсутствие близкого родства, моногамия,

расторжения брака в свете положений Кодекса канонического права 1983 г. и других источников. В частности, автор предлагает нам поразмышлять о следующем: 1) «правильное соединение мужчины и женщины в этом мире – это соединение того мужчины и той женщины, которые пришли в этот мир как половинки изначально единой души»; другие соединения этой «правильностью» не обладают; 2) их соединение по гражданским или церковным правилам не всегда соответствуют этому изначальному единству, поэтому в расторжении такого союза нет ничего противозаконного – он не соответствует замыслу Творца; 3) в то же время, поскольку об отсутствии единства душ супругов известно только Ему, каноническим судьям весьма затруднительно выносить решения по конкретному браку; соответственно, хотя «каноническое право и содержит в себе допущение расторжения брака по причине «несоответствия душ», оно не может себе позволить признать такое основание открыто» (см.: Вишневский А. А. Расторжение брака в каноническом праве: формальный запрет при сущностном допущении // Право. 2011. № 1. С. 112–119).

²⁵⁰ См.: Гавриш И. В. Соотношение норм Семейного кодекса Российской Федерации и брачного права Русской Православной Церкви // Семейное и жилищное право. 2010. № 2. С. 24–25.

²⁵¹ См.: Цыпин В. Курс церковное права.

разнополость. Последние два обстоятельства весьма сближают взгляды современной Русской Православной Церкви и российского законодателя. Несмотря на требования разрешить многоженство – с учетом национальных традиций ряда регионов – принцип моногамии остается незыблемым, хотя соответствующие предложения групп депутатов и даже попытки косвенно внедрить многоженство в отдельных регионах делаются²⁵². При этом позиционирование России как страны европейской отнюдь не ведет к допущению, юридическому признанию однополых союзов в качестве разновидности партнерств семейного типа (как это сделали законодатели большинства европейских стран) или даже брака (как это осуществлено, например, в Голландии)²⁵³. Влияние Церкви в этом вопросе, рассматривающей такие «союзы» как греховные, а соответствующие влечения, по меньшей мере, как болезненный недуг, весьма велико.

Сближение позиций церковного брачного права и светского семейного законодательства возвращает к жизни идею юридического признания акта венчания в качестве альтернативы государственной регистрации²⁵⁴ или этапа узаконения брачного союза²⁵⁵.

В то же время ввиду противоречивости церковных норм о браке, необходимости их актуализации и корректного взаимодействия с российским брачным законодательством, они должны эволюционировать и по содержанию, и по форме²⁵⁶.

²⁵² «Проблема, по-видимому, – справедливо замечает М. В. Антокольская, – упирается в решение вопроса о том, в какой мере моногамный брак можно рассматривать в наше время в качестве универсальной ценности, имеющей внерелигиозное значение». (Антокольская М. В. Семейное право. М., 1997. С. 121.).

²⁵³ Подробно об этом см., например: Тарусина Н. Н. Семейное право. Очерки из классики и модерна. С. 355–358.

²⁵⁴ См., например: Муратова С. А. Семейное право. М., 2001. С. 65.

²⁵⁵ См.: Чиквашвили Ш. Д. Спорные проблемы семейного законодательства // Проблемы гражданского, семейного и жилищного законодательства. М., 2005. С. 38; Ильина О. Ю. Брак как новая социальная и правовая реальность изменяющейся России. Тверь, 2005. С. 38.

²⁵⁶ См., например: Гавриш И. В. Указ. соч. С. 25.

Интеллектуальное же взаимодействие между теологической теорией брака и цивилистическими его концепциями, активно начавшееся в конце XIX в., прерванное почти на 80 лет в XX в., возобновлено и развивается.

§ 4. Дефиниции и семейный закон: будет ли конструктивное примирение?

Дефинитивная составляющая нормативно-правового пространства относится к числу важнейших предпосылок эффективной правореализации, в том числе правоприменения. Когда закон, отмечает Д. А. Керимов, имеет не узкую специализацию, а обращен ко всему обществу или значительной его части, все его основные термины должны найти разъяснение в его тексте: иначе практика испытывает очевидные трудности. При этом автор в качестве негативных примеров приводит нелегализованные понятия как раз из семейно-правовой сферы – «многодетная семья», «родственники», «члены семьи» и др.²⁵⁷

Общие термины, замечает Г. Л. А. Харт, были бы бесполезны для нас, если бы не было достаточно знакомых, в целом неоспоримых случаев, но и их варианты также требуют классификации в общих терминах – здесь проявляется нечто вроде кризиса коммуникации: с одной стороны, надо использовать общие термины, с другой – невозможно достичь устойчивой договоренности о характере использования. Вершина процесса, «рай понятий» для юристов, продолжает автор, достигается, «когда общему понятию придается постоянное значение не только при каждом применении правила, но и всякий раз, когда оно возникает в любом правиле правовой системы»²⁵⁸.

В. М. Баранов, размышляя о дефиниции как общеправовом феномене, ее многополярности и полифункциональности, отмечает, что она может быть подвергнута анализу в качестве: высокозначимого приема законотворческой техники; особой разновидности юридических норм; фактора стабилизации или дезорга-

²⁵⁷ См.: Общая теория государства и права: Академический курс: в 3 т. / отв. ред. М. Н. Марченко. Т. 2. М.: Зерцало-М, 2001. С. 290–291.

²⁵⁸ См.: Харт Г. Л. А. Понятие права. С. 129–133.

низации при правовой регламентации общественных отношений; социокультурного явления и горизонта гуманитарно-правовых ценностей; метода формирования и обновления правового языка; «катализатора» конкретизации закона; способа выражения его ключевой идеи; разновидности социальной памяти, самобытной познавательной лагуны; средства выражения целостности законодательства и демонстрации единства права, ведущего элемента сетевого права и т. д. и т. п.²⁵⁹ Для того чтобы служить надежной основой решения конкретных жизненных проблем, продолжает автор, понятия должны постоянно обновляться, развиваясь и вбирая в себя опыт общественной жизни. Вместе с тем признание ценности феномена дефиниций, к сожалению, не устраняет массы изъянов и дефектов, сопровождающих их бытие, начиная со способа их размещения (в статье, разделе, вразброс), и заканчивая формулированием содержания с обоснованным или необоснованным акцентом на чью-то доктрину²⁶⁰. «Вкусовой подход» размещения должен быть заменен на единый и понятный порядок²⁶¹. В этой связи А. И. Бойко замечает, что полезность данной

²⁵⁹ Автор приводит 22 варианта аналитики законодательной дефиниции, среди которых мы отобрали наиболее полно отражающие существо проблемы (хотя и те, что остались за текстом, также весьма интересны) (см.: Баранов В. М. Законодательная дефиниция как общеправовой феномен // Законодательная дефиниция: логико-гносеологические, политико-юридические и практические проблемы: материалы международного «круглого стола» (Черновцы, 21–23 сентября 2006 г.) / под ред. В. М. Баранова, П. С. Пацуркивского, Г. О. Матюшкина. Н. Новгород, 2007. С. 26–27).

²⁶⁰ См.: Там же. С. 32–37.

²⁶¹ Там же. С. 39–40. См. также: Кошанина Т. В. Юридическая техника. М., 2007. С. 173–174.

Различные соображения на этот счет высказываются и в отраслевой науке. В частности, большинство ученых, специализирующихся в области уголовно-правовой лингвистики либо обратившие свое внимание на эту проблему в определенный период своего научного бытия, призывают к созданию терминологических словарей непосредственно в структуре нормативного акта. Так, Н. А. Лопашенко предлагает включить в УК РФ специальную статью или главу «Понятийный аппарат», Н. Г. Иванов и другие авторы – ввести в Общую часть УК специальную статью, аналогичную

акции видится в: 1) инвентаризации огромного числа терминов; 2) очищении («пурификации») от лишнего, наносного терминологического материала; 3) подготовке почвы для межотраслевой терминологической гармонии в отечественном правоведении²⁶².

К числу наиболее серьезных дефектов относится проблема пробельности дефиниций, причем понятные, разумные подходы к решению вопроса об их необходимости также не выработаны²⁶³. Есть резон, полагает В. М. Баранов, «внедрить» в практику законотворчества экспериментальные дефиниции, дабы проверить в слишком неясных случаях качество предложенного варианта²⁶⁴. Одним из способов снятия пробельности может быть такой технико-юридический прием, как «делегирование законодателем права на дефинирование того или иного законодательного понятия»; в значительной мере, отмечает В. М. Баранов, это связано «со слабостью института делегированного законодательства в

ст. 5 УПК РФ «Разъяснение некоторых наименований, содержащихся в настоящем Кодексе» и т. д. (Подробно о взглядах по данному вопросу см.: Кобзева Е. В. Теория оценочных признаков в уголовном законе. М.: Юрлитинформ, 2009. С. 175–176). Ряд ученых не считают принципиальным вопрос о месте размещения «словаря», допуская, например, периодическое издание официального комментария УК РФ Пленума Верховного Суда РФ и другие варианты (см.: Там же. С. 180–181).

Следует заметить, что подобные эксперименты, на уровне специализированных законов, уже давно осуществляются. (И таких законов – весьма значительное количество. Для примера: ФЗ от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (ст. 4 «Основные понятия, используемые в настоящем Федеральном законе»), ФЗ от 17.12.2001 № 173-ФЗ «О трудовых пенсиях в Российской Федерации» и т. д. и т. п.). Конечно, для масштабных кодексов это сложнее, к каковым СК, впрочем, не относится. В качестве первого шага вполне допустимо, а возможно, и желательно принятие соответствующего постановления Пленума Верховного Суда РФ.

²⁶² См.: Бойко А. И. Язык уголовного закона и его понимание. М.: Юрлитинформ, 2010. С. 97.

²⁶³ Это весьма «броско» проявляется в семейно-правовой сфере, что и будет проиллюстрировано далее.

²⁶⁴ См.: Баранов В. М. Законодательная дефиниция как общеправовой феномен. С. 60–61.

целом, но с этого можно и нужно начинать «оживление» данного института»²⁶⁵. Казалось бы, бланкетность и субсидиарное применение норм, давно известные и относительно активно используемые варианты «делегирования»²⁶⁶, также не имеют под собой ни стройной теории, ни разумной и системной практики²⁶⁷. Если же одного «младенца» пытаются делить несколько нормативно-правовых актов, то нередко последние предлагают несовпадающие определения или и вовсе придают им разный смысл²⁶⁸.

Завершая небольшой экскурс по пространству заявленной проблемы, согласимся с В. М. Барановым, В. Б. Першиным и И. В. Першиной в том, что *«любое конкретное понятие в его цельном, логически завершенном виде предстает уникальным, неповторимым мысленным образованием, структурными элементами которого являются мысли о предметах, присущих им признаках и языковой форме их выражения. Функцию материализации понятия, без которой оно не может выйти из сферы мышления и стать доступным другим людям, выполняет определение (дефиниция)»*^{269, 270}.

Понятия – универсальные средства познания, при помощи которых постигается сущность предметов и явлений, их клю-

²⁶⁵ Там же. С. 63.

²⁶⁶ Особенно ярко это представлено в сфере уголовного права, в меньшей степени – права семейного.

²⁶⁷ Соответствующие иллюстративные аргументы см. далее.

²⁶⁸ Примеры обоих типов см.: Исаков В. Б. Правовые словари и терминосистемы // Законодательная дефиниция... С. 87–88 и след.

В частности, эти нестыковки, отмечает, В. Б. Исаков, были выявлены при подготовке «Словаря законодательных дефиниций» (партнерство «Гарант-Сервиса» и Правового управления Аппарата Государственной Думы) и работе над русской версией тезауруса EURYOC.

В конце своей статьи автор, в частности, предлагает Концепцию Российского словаря законодательной лексики. См.: Там же. С. 94–101

²⁶⁹ Баранов В. М., Першин В. Б., Першина И. В. Логические основания законодательной дефиниции // Законодательная дефиниция... С. 253.

²⁷⁰ В заключение указанных нами материалов «круглого стола» предлагаются весьма полезные методические рекомендации по использованию дефиниций в нормативно-правовых актах // Законодательная дефиниция. С. 1429–1434.

чевые признаки²⁷¹. В них после «отшлифовки» остаются «концентраты», «сгустки» информации о том или ином фрагменте жизни²⁷². Разумеется, в «отсутствие легальной дефиниции определение термина может формироваться внутри контекста»²⁷³, однако определенность и системность в этом деле предпочтительнее.

Конечно, следует иметь в виду, отмечает А. А. Пионтковский, что чем «сложнее явление, тем относительно меньше теоретико-познавательное значение имеет его определение». Самым испытанным приемом автор полагает первоначальное указание родового сходства или свойства, а затем видового отличия. Среди иных он констатирует достаточно большое разнообразие: простое перечисление элементов – описательное определение (1); акцент на отношения между элементами – аналитическое (2); составление понятия из похожих свойств элементов – синтетическое (3); ориентир на способ возникновения понятия – генетическое (4); включение лишь отличительных признаков – диагностическое (5) определение²⁷⁴.

При этом, разумеется, с технической стороны важное значение имеет ясное и профессионально корректное использование связующих слов и терминологии²⁷⁵, которые и создают относи-

²⁷¹ См., например: Кашанина Т. В. Оценочные понятия в советском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1974. С. 7; Пиголкин А. С. Подготовка проектов нормативных актов (организация и методика). М., 1968. С. 63.

²⁷² Кашанина Т. В. Указ. соч. С. 4.

²⁷³ Головина С. Ю. Терминологическая неопределенность в трудовом праве: причины возникновения и пути устранения // Правоведение. 2010. № 2. С. 56.

²⁷⁴ См.: Пионтковский А. А. К методологии изучения действующего права // Учен. зап. ВИЮН. Вып. 6. М., 1947. С. 17–57.

²⁷⁵ Термин в юридической литературе трактуется как «... слово (или словосочетание), которое употреблено в законодательстве, является обобщенным наименованием юридического понятия, имеющего точный и определенный смысл, и отличается смысловой однозначностью, функциональной устойчивостью» (см.: Язык закона / под ред. А. С. Пиголкина. М., 1990. С. 65).

тельно реалистичный каркас дефиниции. «Импрессионизма», впрочем, не всегда удается избежать (и не всегда избегать следует), особенно в сферах, где нормы крепко вмонтированы в жизненные ситуации, а не искусственно сконструированы для сугубо специальных целей, например процессуальных²⁷⁶.

Дефинитивный аспект (а с ним и терминологический) семейно-правовых норм представляет собой довольно удручающее зрелище. В СК РФ отсутствуют дефиниции ключевых понятий семейно-правовой сферы – брака, семьи, члена семьи, родства и свойства и многих других, а те, что наличествуют, содержат неопределенности и неточности. В этом смысле дефинитивная пробельность и дефектность в семейно-правовой сфере проявляются весьма отчетливо. Впрочем, дефиниций – всего четыре: понятие фиктивного брака (п. 1 ст. 28), брачного договора (ст. 40), ребенка (п. 1 ст. 54) и приемной семьи (ст. 152). Для сравнения: Закон Республики Казахстан «О браке и семье» предлагает 18 дефиниций в ст. 1 «Основные понятия, используемые в настоящем Законе» – о браке и фиктивном браке, семье, детстве, алиментах, семейном положении, близких родственниках, опеке и т. д. Семейный Кодекс Украины содержит определения понятий «семья» (ст. 3), «ребенок», «малолетний ребенок», «несовершеннолетний» (ст. 6), «брак» (п. 1 ст. 21), «фиктивный брак» (п. 2 ст. 40), «усыновление» (п. 1 ст. 207), «приемная семья» (ст. 256-1), «приемные родители» (ст. 256-2), «приемные дети» (ст. 256-3), «детский дом семейного типа» (ст. 256-5) и др., в итоге более дюжины. В Кодексе о браке и семье Республики Беларусь дефини-

²⁷⁶ Так, П. И. Люблинский отмечал, что «сведение закона к логическому единству понятий и нахождение посредством дедукции решения конкретных случаев приводит к созданию в судебной практике «культы понятий», а жизненная правда остается вне поля зрения судьи». (Цит. по: Ярославцев В. Г. Нравственное правосудие и судебское правотворчество. С. 268.)

В. Г. Ярославцев приводит также ироничное замечание одного из немецких ученых о привычке многих судей «прогуливаться по небу понятий и собирать там цветы для своего букета конструкций» – вместо творческого конструирования своих решений, включая «прозаическое ремесло взвешивания» интересов сторон (см.: Там же. С. 268).

нируются: брак (ст. 12), фиктивный брак (ст. 45), суррогатное материнство (п. 1 ст. 53), семья (ст. 59), близкое родство (ст. 60), свойство (ст. 61), многодетная семья (ст. 62), неполная семья (ст. 63), усыновление (ст. 119), патронатное воспитание (ст. 175). В этих «отечествах», видимо, есть «пророк»...

Большинство российских цивилистов, в том числе семейно-ведов, полагают невозможным как сойтись, договориться о ключевых дефинициях (например, брака и семьи), так и фиксировать их в законодательстве²⁷⁷. Что касается не слишком сложных, «незакодированных» явлений, то отсутствие их понятийного значения в тексте закона и вовсе составляет для нас загадку: не то ленимся, не то забываем, не то не подпускаем к тексту профессионалов (а и подпустив на «пионерское» расстояние, игнорируем их позицию), не то... Словом, тайна сия есть. Не убеждают нас и опыты законодателей ближнего зарубежья. При этом позиция о невозможности закрепить в законе, например, дефиницию брака сопровождается дружным и весьма родственным его дефинированием в учебниках, монографиях и статьях²⁷⁸, которое вполне сопоставимо и с дефинициями означенных зарубежных кодексов.

Относительно четырех определившихся «счастливчиков» следует заметить, что дефиниция фиктивного брака дана вскользь,

²⁷⁷ Притом что дефиниции всегда (или почти всегда) носят конвенционный, условный характер (см.: Баранов В. М. Указ. соч. С. 62).

Как остроумно замечает А. А. Козловский, «вся история права есть история борьбы за законодательные дефиниции. В то же время вся история права есть одновременно и борьба законодательных дефиниций за уничтожение права». (Ибо «благими намерениями известно куда вымощена дорога...») (Козловский А. А. Философско-гносеологические основания законодательных определений // Законодательная дефиниция... С. 117). «Законодательные дефиниции, – продолжает автор, – часто отождествляют с волшебным ключиком, который позволит закрыть нам право в шкапулку и держать его под контролем. Достаточно иллюзорное представление о возможностях законодательных определений, но оно вытекает прежде всего из иллюзорного представления о самом праве» (см.: Там же. С. 119).

²⁷⁸ Подробнее об этом см., например: Тарусина Н. Н. Брак по российскому семейному праву. С. 81–90.

как бы между прочим, и не в надлежащем месте: «Брак признается недействительным... также в случае заключения фиктивного брака, то есть если супруги или один из них зарегистрировали брак без намерения создать семью» (ст. 27 СК РФ). Понятие брачного договора содержит совершенно неясное упоминание о «лицах, вступающих в брак»²⁷⁹ и допускает использование его конструкции при расторжении брака, что противоречит и смыслу термина, и смыслу явления, а конструирование понятия приемной семьи является техническим и не отражает ее существенных признаков. Дефиниция же понятия «ребенок» и вовсе относится к участникам «невероятных приключений дефиниций в России»: «Ребенком признается лицо, не достигшее возраста восемнадцати лет (совершеннолетия)». Возникают вопросы: сохраняют ли этот статус, во-первых, граждане от 14 до 18 лет, законно вступившие в брак, во-вторых, ставшие внебрачными родителями и имеющие право с 16-летнего возраста самостоятельно осуществлять родительские права и нести соответствующие обязанности, в-третьих, эмансипированные?... Закон жанра не требует подробных аналитических ответов²⁸⁰ на эти вопросы – в нашем случае важнее постановка проблемы, то есть очередное свидетельство неопределенности семейно-правовых дефиниций (четырех) на фоне массового отсутствия необходимых остальных.

В противовес этой неудаче рассмотрим несколько позитивных версий из зарубежного семейного законодательства. Так, в белорусском кодексе (ст. 12) предлагается дефиниция супружества: «Брак – это добровольный союз мужчины и женщины, который заключается в порядке, на условиях и с соблюдением требований, определенных законом, направлен на создание семьи, и порождает для сторон взаимные права и обязанности». С редакционной точки

²⁷⁹ Подробнее см., например: Максимович Л. Б. Брачный договор в российском праве. М., 2003. С. 33 и след; Чефранова Е. А. Имущественные отношения в Российской семье. М., 1997. С. 53. И др.

²⁸⁰ Подробно о содержании данного понятия см.: Тарусина Н. Н. Ребенок как юридическая фигура семейно-правового пространства // Вестник ЯрГУ им. П. Г. Демидова. Гуманитарные науки. 2011. № 1. С. 54–60.

зрения, может быть, ее и можно усовершенствовать, но с точки зрения юридической в данной дефиниции охвачены все существенные признаки брака: союз (соглашение); разнополость; юридическое оформление и соответствие условиям действительности (законности); цель – создание семьи; результат – права и обязанности супругов. Если адресоваться к доктринальным определениям, то все они смыслово тождественны этому образцу²⁸¹ (кроме, разумеется, взглядов на брак как гражданско-правовой договор).

Особый интерес представляют положения ст. 3 украинского кодекса о семье: семья – первичная и основная ячейка общества; ее составляют совместно проживающие лица, связанные общим бытом, имеющие взаимные права и обязанности; супруги считаются семьей и при раздельном проживании, если таковое обусловлено учебой, работой, лечением, уходом за родителями, детьми и иными уважительными причинами; ребенок относится к семье своих родителей и тогда, когда совместно с ними не проживает; одинокое лицо также имеет права члена семьи; семья создается на основе брака, родства, усыновления и других законных основаниях²⁸². В данной дефинитивной конструкции использованы сразу несколько приемов – и описательный, и аналитический, и генетический, а главное она понятна, системна и практически полезна. Как видим, в целом обе попытки, взятые нами для иллюстрации, дефинировать ключевые понятия семейного, жилищного и социального законодательства (имеющие важное значение и для других отраслей) весьма достойны. Особенно на фоне необоснованного отрицания таковых возможностей российским законодателем и ученым миром. Полагаем, настало время заменить «отрицание» на «отрицание отрицания» и воспользоваться конкретным опытом

²⁸¹ См., например: Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. С. 586; Свердлов Г. М. Советское семейное право. М.: Госюриздат, 1958. С. 96; Рясенцев В. А. Семейное право. М.: Юридическая литература, 1967. С. 55; Пчелинцева Л. М. Семейное право России. М.: Норма, 2004. С. 86–87; Нечаева А. М. Семейное право. М.: Юрайт, 2010. С. 52; Тарусина Н. Н. Брак по российскому семейному праву. С. 89–90. И т. д.

²⁸² См. также: Матвеева Н. А. Сравнительное брачное право России, Украины и Беларуси. М.: Юрлитинформ, 2008. С. 36–41.

законодателей ближнего зарубежья и теоретико-прикладными работами, о которых мы упоминали ранее.

Во-первых, предусмотреть, наконец, в начальной позиции СК РФ статью, посвященную ключевым понятиям семейного права (которые, кстати, являются основанием для соответствующей бланкетности законодательства, использующего их в своих целях, – жилищного, социального, административного, даже уголовного, и др.). Возможно, целесообразно систематизировать и случаи обратного характера – применения в семейно-правовой сфере понятий других отраслей – с прямой к ним отсылкой. Иначе нередко приходится гадать, можно ли напрямую использовать трактовки «обмана», «заблуждения», «злоупотребления», «нетрудоспособности», «нуждаемости» и др., размещенные в гражданском и ином законодательстве.

Во-вторых, в экспериментальном ли²⁸³, обычном ли ключе сформировать эти основные понятия – о браке, семье и ее разновидностях, члене семьи, родстве и близком родстве, свойстве, «недостойном поведении в браке», длительности супружества, фиктивном браке, алиментах, ребенке, интересах детей, злоупотреблении родительскими правами, формах попечения над детьми (от усыновления до приемной семьи и патроната) и др. При этом можно использовать практику официального, но профессионального (а не общественного) обсуждения набора необходимых элементов такой понятийной «шкатулки» и содержания каждого из них (на сайтах, «круглых столах», в форме пояснительных записок и т. д.).

§ 5. Нормы-принципы: доктринальные и законодательные предпочтения

Как и в большинстве других законодательных комплексов, в семейно-правовом присутствуют нормы декларативного типа²⁸⁴,

²⁸³ См. приведенное ранее соображение В. М. Баранова.

²⁸⁴ См.: Алексеев С. С. Общая теория права: в 2 т. Т. 2. М.: Юридическая литература, 1982. С. 71; Нормы советского права / под ред. М. И. Байтина, В. К. Бабаева. Саратов, 1987. С. 92; Марченко М. Н. Проблемы общей теории государства и права: в 2 т. Т. 2. М.: Проспект,

содержащие положения о целях и задачах, принципах отрасли (института) и иные заявления общерегулятивного и общеохранительного характера. Именно общие нормы (и дефинитивные, и декларативные), отмечает С. С. Алексеев, выражают «процесс интеграции правового материала»; выполняя функцию «цементирующего средства» в структуре права, они выявляют «юридическое своеобразие правовых общностей» и одновременно представляют собой реальные нормативные предписания регулятивного типа²⁸⁵. В другом социальном контексте, подчеркивает Г. В. Мальцев, «декларации могут иметь мало общего с целями, принципы – с дефинициями, все они – с нормами», но, когда «законодатель включает их в нормативно-правовые акты, когда они проходят через этапы юридической институционализации», им придается характер властного требования о должном «*к поведению людей, а также порядку вещей, устраиваемому посредством человеческих действий*»²⁸⁶.

Нормы-принципы в теории права относят к «нормам всеобщего содержания», «нетипичным» или «нестандартным» нормативным предписаниям и т. д.²⁸⁷ Они не имеют традиционной классической структуры в ее чистом виде, хотя условно в них можно предположить и условия «запуска» в действие, и общее правило, и «десантированные» по отраслям права последствия несоблюдения. Уже из филологического наименования данных предписаний следует, что они воздействуют на общественные отношения традиционным образом²⁸⁸. Однако из этого далее делается вывод о их вспомогательной роли в правовом регулировании²⁸⁹. Это вряд ли справедливо. Поскольку среди них присутствуют легальные дефиниции, основные начала (фундаментальные идеи), постольку они играют разную роль, в том числе и ключевую, ибо «фундаменталь-

2007. С. 586; Карташов В. Н. Теория правовой системы общества. Т. I. С. 138–142. И др.

²⁸⁵ См.: Алексеев С. С. Структура советского права. М.: Юридическая литература, 1975. С. 108–109.

²⁸⁶ Мальцев Г. В. Социальные основания права. С. 649–650.

²⁸⁷ См.: Карташов В. Н. Указ. соч. С. 138.

²⁸⁸ Там же. С. 140.

²⁸⁹ Там же. С. 140.

ные идеи», о чем свидетельствуют даже их филологическая «одежда», не могут находиться на периферии конструкции отрасли права. Они, конечно, обладают другой энергетикой и регулятивной технологией, нежели конкретные нормы-правила поведения, но тоже служат, как и последние, в организации «механизма правового регулирования»²⁹⁰, однако на должностях топ-менеджеров²⁹¹.

Ю. А. Тихомиров отмечает, что верное понимание принципов права составляет базовое условие для правомерного усмотрения, их глубокое усвоение – реальный ориентир, с одной стороны, для правосознания и поведения правоприменителей, с другой – оценки их деятельности третьим лицом. С опорой на данную базовую предпосылку, продолжает автор, осуществляется и правильный выбор юридических конструкций. В качестве негативного примера Ю. А. Тихомиров приводит участвовавшие случаи предпочтения заключению с работниками вместо трудовых договоров (или параллельно с ними) гражданско-правовых договоров подряда, что с очевидностью означает лишение этих работников ряда трудовправовых гарантий²⁹². Примерами из семейно-правовой сферы могут, с нашей точки зрения, служить злоупотребления гражданско-правовыми конструкциями в ин-

²⁹⁰ Из последних работ обобщающего типа по данному вопросу см., например: Ершов В. В. Основополагающие общетеоретические и гражданско-правовые принципы права. М.: Российская академия правосудия, 2010. С. 47–96.

²⁹¹ Конституционный Суд РФ в своей правовой позиции о значении принципов как фундаментальных идей механизма правового регулирования отметил: «Общие принципы права, в том числе воплощенные в Конституции Российской Федерации, обладают высшим авторитетом и являются критерием и мерой оценки правомерности всех нормативных актов... Конституционный Суд Российской Федерации не может отрицать возможность прямого применения иными судами... общих принципов права» (см.: Постановление КС РФ от 27 января 2004 г. № 1-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений пункта 2 части первой статьи 27, части первой, второй и четвертой статьи 251, частей второй и третьей статьи 253 Гражданского процессуального Кодекса Российской Федерации»).

²⁹² См.: Тихомиров Ю. А. Усмотрение в фокусе права. С. 73.

ститутах брачного договора и опеки и попечительства над детьми. И иллюстрация автора, и наши иллюстрации по существу являются следствием весьма спорного (а скорее неверного) толкования ключевых принципов соответствующих отраслей права и законодательства.

Среди небогатого ассортимента положений общей части СК РФ²⁹³ принципы, как и должно, занимают ключевую позицию. Вопрос в том, «обнимают» ли они собою все необходимые идеи-начала и воспроизведены ли в адекватной филологической форме.

Семейно-правовая доктрина не единодушна относительно набора и содержания принципов отрасли. Так, А. И. Пергамент полагала ее ведущими идеями полное равенство мужчины и женщины в личных и имущественных правах, охрану материнства и детства, осуществление родительских прав исключительно в интересах детей и единобрачие²⁹⁴. Примерно аналогичную позицию занимал Г. М. Свердлов, дополняя означенное прежде всего соображениями о свободе семейного права от религиозного влияния и всесторонней охране родительских прав²⁹⁵.

В. А. Рясенцев усилил частно-правовой блок принципами свободы и добровольности брака и его расторжения (под контролем государства), включил в перечень основных идей семейного законодательства принципы заботы, моральной и материальной поддержки членов семьи и коммунистического воспитания детей²⁹⁶. Несколько позднее близкую позицию заняли В. Ф. Яковлев и Е. М. Ворожейкин²⁹⁷.

²⁹³ Во-первых, мы исходим из того, что понятие «начала законодательства» шире понятия «принципов».

Во-вторых, в порядке уточнения фиксируем, что начала и отдельные принципы содержатся не только в общей части, что, впрочем, не-безупречно.

²⁹⁴ См.: Советское гражданское право. Т. 2 / под ред. С. Н. Братуся. М., 1951. С. 366–367.

²⁹⁵ См.: Свердлов Г. М. Советское семейное право. С. 38–45.

²⁹⁶ См.: Рясенцев В. А. Семейное право. С. 21–24.

²⁹⁷ См.: Белякова А. М., Ворожейкин Е. М. Советское семейное право. М.: Юридическая литература, 1974. С. 14–21; Советское семейное право / под ред. В. А. Рясенцева. М.: Юридическая литература, 1982. С. 16–20.

Развивая доктрину и опираясь на действующий Семейный кодекс, Л. М. Пчелинцева относит к принципам признание браком только зарегистрированного союза (1); добровольность последнего (2); равенство прав супругов в семье (3); разрешение внутрисемейных вопросов по взаимному согласию (4); приоритет семейного воспитания, обеспечения и защиты прав и интересов детей (5); приоритет защиты прав и интересов нетрудоспособных членов семьи²⁹⁸.

О. Ю. Косова дополнительно вводит в разряд принципов идеи равенства правового положения детей независимо от обстоятельств их рождения, контроля государства за состоянием брачно-семейной сферы общественной жизни и двухуровневого правового регулирования семейных отношений²⁹⁹.

Опираясь на гражданско-правовой принцип недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, Н. В. Иванов проецирует его на дела семьи³⁰⁰. М. В. Антокольская, являясь апологетом гражданско-правовой сущности семейного права, не акцентирует своего внимания на проблеме принципов. Видимо, по умолчанию, автор ориентирует нас на начала цивилистики, с определенной их спецификацией на брак и семью как объекты регуляции.

Н. С. Шерстнева, исходя из принятого ею за основной критерия интереса, пишет о принципах обеспечения приоритетной защиты прав и интересов несовершеннолетних, семейного воспитания и заботы о них и принципах, обеспечивающих личные и имущественные интересы супругов и других членов семьи (добровольности, равенства, взаимного согласия)³⁰¹.

Доктринальный ряд можно было бы продолжить, однако уже сложившаяся несколько эклектичная картина вполне позволяет перейти к некоторым уточнениям и сомнениям.

²⁹⁸ См.: Пчелинцева Л. М. Семейное право России. С. 21–23.

²⁹⁹ См.: Косова О. Ю. Семейное и наследственное право России. М.: Статут, 2001. С. 35–38.

³⁰⁰ См.: Гражданское право / под ред. А. П. Сергеева. Т. 3. М.: Велби, 2009. С. 362.

³⁰¹ См.: Шерстнева Н. С. Принципы семейного права. М.: Проспект, 2004. С. 16–42, 97–104.

Соотнеся перечисленные вариации на тему принципов с версией законодателя (ст. 1 СК РФ), можно констатировать почти текстовое совпадение, кроме нескольких позиций. Во-первых, отсутствуют идеи, фиксированные в дополнениях О. Ю. Косовой. Между тем их качество и природа различны. Если принцип двухуровневого регулирования семейных отношений является скорее техническим и не затрагивает сущности проблемы, то идея равенства детей независимо от обстоятельств их рождения – воистину одна из важнейших и специально семейных. Она не фиксирована в ст. 1 и обойдена молчанием в главах 10–11 СК РФ. В то же время в истории семейного законодательства, даже в XX в., наблюдались решения разного уровня гуманитарного «провала» – от возврата к явлению незаконнорожденности (по Указу ПВС СССР от 08.07.1944 г.) до искусственных ограничений судебного установления отцовства (ст. 48 КоБС РСФСР)³⁰². Поэтому и на теоретическом, и на законодательном уровне полагаем закрепление рассматриваемой идеи совершенно необходимым, тем более что возможны и правоприменительные эксцессы нарушения принципа равенства детей.

Заслуживает также внимания скорректированная О. Ю. Косовой формула государственного контроля: не принцип свободы брака и развода под государственным контролем (В. А. Рясенцев, Е. М. Ворожейкин и др.), который не исчерпывает всей проблемы, а идея контроля государством «за состоянием брачно-семейной сферы общественной жизни». Действительно, предлагаемая рядом цивилистов идея невмешательства кого-либо в семейную жизнь в качестве одного из начал семейного законодательства, по сути, в значительной степени мифологична, ибо лишь область договорного семейно-правового регулирования относительно свободна от госконтроля, и мера этой свободы существенно меньше, нежели в гражданско-правовом договорном пространстве: алиментные соглашения ограничены по субъектам и основаниям, а по предоставлению содержания детям – еще и размером суммы, а также формой поддержки; соглашение о месте проживания ребенка является одной из альтернатив обяза-

³⁰² Подробнее об этом см., например: Тарусина Н. Н. Семейное право. С. 84–87.

тельного решения данного вопроса в бракоразводном процессе и контролируется судом; в договорах об опеке (в том числе о приемной семье) участвует орган опеки и попечительства – непосредственный представитель государства; содержание брачного договора ограничено и должно соответствовать началам семейного законодательства (ст. 1 СК РФ)³⁰³ и т. д.

За доктринальными пределами, как правило, оказываются идеи ст. 1 СК РФ о построении семейных отношений на чувствах взаимной любви, уважения и взаимопомощи. Б. М. Гонгалло, апеллируя к позиции Г. Ф. Шершеневича о неправомерном характере подобных ожиданий³⁰⁴, полагает весьма сомнительной возможность реализации означенного призыва в семейно-правовой практике. В то же время автор не только не настаивает на очевидно отрицательной оценке его законодательного закрепления, но даже не исключает со своей стороны приветствия этому онормативленному идеалу³⁰⁵.

³⁰³ При этом семейноведы неоднократно обращали внимание на необходимость включения в его содержание обязательных положений об обеспечении интересов социально слабой стороны – ребенка и/или супруга (в случаях, когда они нуждаются в поддержке) (см., например: Михеева Л. Ю. К вопросу о совершенствовании норм семейного законодательства, регулирующих отношения супругов по поводу имущества // Труды ИГП РАН. 2008. № 2. М., 2008. С. 178; Тарусина Н. Н. Семейное право. Очерки из классики и модерна. С. 363–365).

³⁰⁴ «К семейным правам не должны быть причислены устанавливаемые законом права на взаимную любовь, уважение, почтение, потому что это мнимые права, лишенные санкции, – право имеет дело только с «внешним миром, но не с душевным». (Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. Казань, 1905. С. 584.)

Однако и Г. Ф. Шершеневич не всегда держал бескомпромиссную «оборону» в этом вопросе. Так, ученый писал: «Обязанность сожителства основана на праве личной власти, от которого муж не может отречься. Поэтому воспрещаются все акты, склоняющиеся к самовольному разлучению супругов. ... Брак возлагает на супругов *обязанность верности*. ... Нравственное общение, устанавливаемое браком, стесняет возможность *свидетельства на суде*. ... Дети обязываются к *почтительности*» (см.: Шершеневич Г. Ф. Указ. соч. С. 616–618, 627).

³⁰⁵ См.: Семейное право / под ред. П. В. Крашенинникова. М.: Статут, 2007. С. 17–18.

Одновременно Б. М. Гонгало сомневается и в обоснованности упоминания идеи о взаимопомощи членов семьи, поскольку будучи «вмонтированной» в юридическую материю она «трансформируется, приобретая форму обязанностей по содержанию одними членами семьи других»³⁰⁶.

Между тем, во-первых, авторитету Г. Ф. Шершеневича можно «противопоставить» (ни в коей мере не отрицая одного) авторитеты А. И. Загоровского, К. П. Победоносцева, А. И. Боровиковского и других цивилистов его эпохи. Так, А. И. Загоровский писал, что в основание семейных правоотношений, в отличие от классических гражданских, положены «потребности физической природы и нравственного чувства»; в отношениях семейных «мера и счет прав затруднены в силу особых свойств этих отношений, больше моральных, чем юридических»³⁰⁷.

Во-вторых, анализируемые характеристики приобретают юридическое значение при рассмотрении дел о спорном разводе, где в числе оснований фигурирует «утрата чувства любви», о воспитании детей, где любовь к ним и уважение их достоинства составляют ключевые факты-объекты судебного познания и предмета доказывания и т. д.

В-третьих, указание Г. Ф. Шершеневича на санкцию как «лакмусовую бумажку» нормативности идеи не является универсально применимым: в ряде случаев «санкция» отстоит настолько далеко от диспозиции, что не все и не всегда ее обнаруживают³⁰⁸, то есть возможны и исключения либо неочевидные ситуации.

³⁰⁶ Семейное право / под ред. П. В. Крашенинникова. С. 18.

³⁰⁷ Загоровский А. И. Семейное право. Одесса, 1902. С. 1–3.

См. также суждение А. Боровиковского, приведенное нами ранее, о любви как содержании супружества.

³⁰⁸ Например, долгое время дискутировалось положение о принадлежности доказывания к праву или обязанности стороны гражданского процесса, ибо санкция в виде гипотетической возможности «проиграть дело» казалась несколько мифической и явно не определенной (см., например: Гурвич М. А. Лекции по советскому гражданскому процессу. М., 1950. С. 106; Треушников М. К. Судебные доказательства. М.: Городец, 1997. С. 52–60. Гражданское процессуальное право / под ред. М. С. Шакарян. М.: Проспект, 2004. С. 172).

В-четвертых, право отнюдь не всегда преследует сугубо прагматичные цели, его принципы нередко являются именно идеалами, которые общество полагает ценностными установками. Если законодательство, правоприменение и доктрина признают в качестве принципов идеи равноправия, справедливости и др., то почему следует отрицать за установками ст. 1 СК РФ право на нормативное закрепление и практическое воплощение? (Тем более что в проекте ГК присутствует положение о «добрых нравах»).

В то же время Б. М. Гонгало справедливо упрекает часть деклараций ст. 1 в неточности формулировок. Так, закон действительно пока не знает такого субъекта права, как семья³⁰⁹, поэтому и ответственности перед ней ее членов быть не может. Заведомо невозможным является и призыв законодателя решать все «внутрисемейные вопросы по взаимному согласию». «Конечно, – замечает автор, – можно вменить в обязанность всех членов семьи решение определенного рода вопросов (и дать их перечень) только «единогласием»; но не явится ли это произвольным вмешательством в семейные дела (то есть нарушением другого принципа), не спровоцирует ли конфликты?»³¹⁰.

Возможно, требует переосмысления подход к взаимодействию с религиозными нормами не только принципа свободы совести, но и свободы вероисповедания в семейной сфере³¹¹.

Безусловно, необходимо отказаться от принципа признания браком только зарегистрированного союза. Во-первых, это противоречит принципу поддержки и охраны семьи, так как фактический брак служит одним из ее оснований (не договором же о совместной деятельности полагать устойчивое совместное проживание мужчины и женщины по семейному типу, нередко – и с детьми). Во-вторых, право должно реагировать на общественные отношения массового характера: если они негативны – через запреты и меры ответственности, позитивны – через веления или

³⁰⁹ Хотя вопрос об этом небезосновательно ставится в науке семейного права (см., например: Королев Ю. А. Семья как субъект права // Журнал российского права. 2000. № 10. С. 61–64).

³¹⁰ См.: Семейное право / под ред. П. В. Крашенинникова. С. 19.

³¹¹ Несколько подробней об этом см. ранее.

дозволения; иного, то есть игнорирования их, искусственной вычеркнутости, не должно быть дано. В-третьих, в западных странах и ряде стран ближнего зарубежья (например, в Украине³¹²) признание за фактическим супружеством определенных правовых последствий осуществлено еще в конце XX в., частично – в самом начале XXI в.³¹³ Наконец, исторически Россия была первой страной, объявившей супружество объектом охраны и защиты – независимо от факта госрегистрации (КЗоБСО 1926 в период с 1926 по 1944 гг.), отказавшись впоследствии от своего новаторства по явно надуманным причинам. Разумеется, в качестве компромисса в ст. 1 СК РФ можно закрепить, наряду с признанием супружества как такового, идею поощрения регистрации союза в целях более эффективной защиты прав и интересов его участников и их несовершеннолетних детей.

Вызывает возражение и придание (Л. М. Пчелинцевой) статуса принципа положению о добровольности брачного союза. Оно было актуальным в эпоху перехода от имперского законодательства, строившегося на власти мужа и отца, к принципиально новому семейному законодательству (1917–1926 гг.). В настоящее же время идея добровольности брака растворена, и обоснованно, в идее добровольности любых соглашений, в том числе и в семейно-правовой сфере.

Принцип равенства супругов в семье (Л. М. Пчелинцева), полагаем, должен быть распространен и на ряд других субъектов семейного права: родителей (разведенных или не состоявших в браке), близких родственников (дедушки, бабушки, братьев, сестер) – в вопросе общения со своими несовершеннолетними родственниками.

Современный контекст семейно-правового статуса ребенка как относительно самостоятельного и активного субъекта семейного права (ст. 54–57 СК РФ) требует, кроме традиционных идей приоритетности семейного воспитания, обеспечения и защиты

³¹² Ст. 74 СК Украины.

³¹³ Подробно о теоретических и нормативных аспектах по данному вопросу см., например: Тарусина Н. Н. Брак по российскому семейному праву. С. 130–157.

прав и интересов ребенка, охраны детства, еще и современной компоненты – в виде формулы об уважении его достоинства и мнения.

Разумеется, высказанные предположения нуждаются в обосновании. Однако очевидно, что определенная корректировка количественных и качественных характеристик необходима, как и сосредоточение данного нормативного блока в общей части Семейного кодекса.

§ 6. Неопределенность семейно-правовых норм как благо

Право характеризуется определенностью³¹⁴, однако мера последней столь различна, что определенность превращается в неопределенность³¹⁵ – как со знаком «минус» (при дефектности или такой пробельности законодательства, которая не обусловлена неуклонным развитием общественных отношений), так и со знаком «плюс» (когда характер предмета правового регулирования не позволяет детализировать правило поведения). Юридическая неопределенность в этом случае, отмечают Н. А. Власенко и Т. Н. Назаренко, является способом правового регулирования, позволяющим учитывать конкретные жизненные обстоятельства³¹⁶. Собственно, именно нормы, «заряженные» таким составом ингредиентов, многие правоведа именуют «ситуационными», другие – «дискреционными», о чем мы уже упоминали в главе о сущности судебного усмотрения.

Однако их многообразие, по мнению С. С. Алексеева и других ученых, не замыкается на указанной разновидности. В действительности, речь идет о паре «абсолютно определенные и относительно определенные нормы». Одни характеризуются исчерпывающей конкретностью и полнотой при сообщении исполнителю или правоприменителю об условиях своего действия, правах и

³¹⁴ См.: Алексеев С. С. Социальная ценность права в советском обществе. М.: Юридическая литература, 1971. С. 62; Его же. Восхождение к праву. С. 62.

³¹⁵ См.: Власенко Н. А., Назаренко Т. Н. Неопределенность в праве: понятие и формы // Государство и право. 2007. № 6. С. 5.

³¹⁶ См.: Там же. С. 7.

обязанностях адресатов и последствиях злоупотребления первыми или неисполнения вторых. Другие, напротив, не содержат достаточно полных, исчерпывающих указаний об означенных композициях и предоставляют возможность принять решение с учетом конкретных обстоятельств³¹⁷. При этом С. С. Алексеев предоставляет ее исключительно «государственным и иным правоприменительным органам», что не совсем точно, так как выбор конкретизированного варианта поведения можно осуществлять и при обычном использовании нормы относительно определенного типа, заключая брачный договор, соглашение об алиментах и т. д. Хотя, разумеется, значительная их часть рассчитана на административное или судебное усмотрение.

Эти нормы также подвергаются дальнейшей классификации – в зависимости от установленных пределов усмотрения³¹⁸. В первую группу сосредоточиваются альтернативные нормы, где заложены два и более точно обозначенных варианта (например, в соответствии с правилом ч. 1 п. 4 ст. 30 СК РФ при признании брака недействительным добросовестный супруг вправе выбрать либо семейно-правовой, либо гражданско-правовой способ раздела нажитого в этом союзе имущества). Во вторую – факультативные нормы, в которых наряду с главным вариантом, применяемым по общему правилу, содержится дополнительный вариант – на замену первого (так, при расторжении брака супруги вправе представить суду соглашение о месте проживания ребенка и его алиментировании, однако, если оно не заключено или его содержание не отвечает интересам ребенка, суд обязан решить эти вопросы по своей инициативе – п. 1–2 ст. 24 СК РФ).

Третью группу составляют нормы ситуационного типа, предусматривающие возможность прямого конкретизирующего регулирования актом применения отдельного казуса³¹⁹. (Например, определение размера алиментов в зависимости от материального и семейного положения.) Первенство в открытии данной

³¹⁷ См., например: Алексеев С. С. Общая теория права: в 2 т. Т. 2. М.: Юридическая литература, 1982. С. 73–74.

³¹⁸ См.: Алексеев С. С. Указ. соч. С. 74.

³¹⁹ См.: Там же.

«маленькой Америки» принадлежит известному цивилистическому процессуалисту К. И. Комиссарову. Изначально автор все нормы сводил к ситуационным, однако впоследствии обратил наше внимание на тройственную сущность предписаний относительно определенного типа, выделив альтернативные, факультативные и ситуационные³²⁰. Обнаружение данной тонкости в характеристиках норм именно процессуалистом не было, на наш взгляд, случайным, ибо правоприменительные нюансы на этапе активной разработки доктринальных контекстов правоприменения традиционно восходили к процессуальной науке, в большей степени цивилистической, нежели уголовной (первая априори предполагает много нюансов в императивном и диспозитивном взаимодействии права)³²¹.

Если в гражданско-правовой сфере больше альтернативности и факультативности, то семейно-правовая весьма богата ситуационным контекстом неопределенности, сопровождаемым массой оценочных понятий. Это закономерно, ибо еще цивилисты конца XIX – начала XX в. писали о «малой силе» права над семейственными отношениями. Так, В. А. Умов отмечал, что право определяет лишь внешние границы состояний брачности и семейственности, но не регулирует их внутренней природы³²². К. П. Победоносцев полагал, что закон может касаться только стороны, «с которой возможны столкновения семейственной автономии с автономией государства»: государство, во-первых, вмешивается в эту сферу в интересах защиты личности (например, когда она чрезмерно подавляется властью мужа, отца семейства, родительской властью в целом); во-вторых, определяет фор-

³²⁰ См.: Комиссаров К. И. Судебное усмотрение в советском гражданском процессе // Советское государство и право. 1969. № 4. С. 51.

³²¹ В настоящее время усиление диспозитивных начал сопровождается оригинальными дискуссиями в науке уголовного процесса, а потребность в точных формулировках уголовно-правовых норм и критериях назначения справедливого наказания инициировала плодотворные дискуссии в науке уголовного права. Подробнее об этом см. в параграфах о судебном активизме, конкретизации и толковании.

³²² См.: Умов В. А. Понятие и методы исследования гражданского права. СПб., 1873. С. 6.

мы и условия семейственного союза («иначе не было бы порядка и твердости семейных уз»); в третьих, наконец, регулирует отношения по имуществу, возникающие вследствие кровной связи³²³. Д. И. Мейер подчеркивал: брак как общественное учреждение не входит сполна в область права, множество брачных отношений «ускользают от всякого внешнего определения»³²⁴. С. В. Пахман в этой связи отмечал, что неудачи многих определений брака объясняются тем, что исследователи не довольствуются, как бы следовало, указанием на его юридические признаки, а стремятся «уловить и исчерпать самую сущность брака»³²⁵. К. Д. Кавелин, доводя эту мысль до крайней точки, писал, что право не регулирует семейственные отношения в ненарушенном виде, вмешиваясь в них лишь с целью охраны: «... все юридическое по существу своему более разделяет, чем соединяет внешним образом то, что само по себе отделено или разделено. Юридические определения вступают в силу там, где семьи уже нет, – потому что семейные союзы и юридические определения взаимно исключают друг друга»³²⁶. Этого явного преувеличения, впрочем, не до конца разделял и сам автор, который в своих работах писал и о других «проникновениях» закона в исследуемые отношения³²⁷.

Эти соображения были подхвачены и обогащены последующими исследователями, в первую очередь Е. М. Ворожейкиным, А. М. Нечаевой и др.³²⁸, – с акцентом на разумность и ограниченность нормативно-правового вмешательства в область семьи и его построения по схеме относительной неопределен-

³²³ См.: Победоносцев К. П. Курс гражданского права. Т. 2. С. 2.

Ученый не упоминал о формальных рамках брачного союза, так как на тот момент они определялись церковными установлениями.

³²⁴ См.: Мейер Д. И. Русское гражданское право. Т. 2. С. 348.

³²⁵ См.: Пахман С. В. Обычное гражданское право в России. М., 2003. (Публ. по изд. 1877 и 1879 гг.) С. 388.

³²⁶ Кавелин К. Д. Что есть гражданское право? И где его пределы? СПб., 1864. С. 121–123.

³²⁷ См., например: Кавелин К. Д. Очерк юридических отношений, возникающих из семейного союза. СПб., 1884. С. 12–29.

³²⁸ Подробно об этом см., например: Тарусина Н. Н. Семейное право: Очерки из классики и модерна. С. 13 и след.

ности (альтернативности, ситуационности), качество которой прежде всего создается такими ключевыми оценочными понятиями, как «интересы семьи» и «интересы ребенка»³²⁹. Эта неопределенность присутствует как в диспозициях, так и в санкциях семейно-правовых норм стандартного типа, а также в содержании почти всех нестандартных нормативных предписаний, содержащих принципы семейного законодательства, на что мы уже обращали внимание. Первая форма присутствия встречается чаще, что естественно для отраслей преимущественно регулятивного типа. В институте брака: ч. 1–2 п. 1 ст. 11, п. 2 ст. 13, п. 1 ст. 22, п. 1 ст. 23, п. 2 ст. 24, п. 2 ст. 29, п. 4 ст. 30, ст. 31 и др.; в институте родительства и детства: п. 2 ст. 54, ст. 55, п. 2 ст. 56, ст. 57 и др. ст. СК РФ. Второй вариант присутствует в основном в институтах, посвященных защите интересов детей: ст. 69 и 73 (о лишении или ограничении родительских прав), 141 (об основаниях отмены усыновления) и др.

§ 7. Семейное законодательство: гендерный нейтралитет или гендерное предпочтение?

Правовое равенство и неравенство как парные категории в одинаковой степени противостоят фактическим различиям между людьми. Благодаря праву «хаос фактических различий преобразуется в правовой порядок равенств и неравенств, согласованных по единому масштабу и равной мере»³³⁰. Этот «переоборудованный хаос», имеющий источником бесконечную изменчивость человеческой натуры и постоянство некоторых ее характеристик, воплощается в разнообразные конструкции, строящиеся на основе равного масштаба либо, напротив, механизмов выравнивания через своеобразную правовую «дискриминацию». В ряду классических факторов, формирующих потребность в таких механизмах, яркую и по-прежнему актуальную позицию занимает **гендер**. Его нельзя ни игнорировать, ни преувеличивать – оба

³²⁹ Подробно об оценочных понятиях в целом и семейно-правовых в частности см. параграфы, посвященные толкованию и конкретизации.

³³⁰ Нерсисянц В. С. Философия права. М., 1997. С. 20.

подхода ведут к одному и тому же тупику³³¹. В этом вопросе желательна гармония, которая, впрочем, необходима при решении всяких социальных задач. Однако пройти по «лезвию бритвы» и не сорваться в левую пропасть воинствующего феминизма или в правую пропасть консервативного патриархизма, конечно же, нелегко как законодателю, так и правоприменителю (в нашем случае – судье).

В целом нормы семейного законодательства стремятся к гендерной нейтральности, декларируя и с разной степенью успешности обеспечивая, охраняя и защищая равенство прав мужчины и женщины в браке, родительстве, правоотношениях по материальному содержанию, усыновлению, опеке (попечительству). Но, разумеется, это не всегда объективно возможно, а главное – не всегда необходимо.

В институте брака таких «тонких» мест несколько. Условия законности брачного союза *de jure*, действительно, гендерно нейтральны. Они перестают быть таковыми на уровне регионального нормативного регулирования брачного возраста (в меньшей степени) и на уровне правоприменительной практики (в большей степени). Первое обусловлено включением в региональное законодательство специальных оснований для снижения брачного возраста ниже нижнего предела (до 15, 14 лет), среди которых к числу обязательных относятся беременность и рождение ребенка³³². Второе – преобладанием женского акцента среди административных заявителей и среди субъектов процесса, как правило нуждающихся в особой защите.

При этом очевидно, что при рассмотрении дел о признании брака недействительным по основанию прямого или косвенного (дача – получение калыма) принуждения к браку, а также по основанию нарушения условия о брачном возрасте (где необходимо «взвешивать» конструкцию «интересы несовершеннолет-

³³¹ Подробнее см.: Лушников А. М., Лушникова М. В., Тарусина Н. Н. Гендерное равенство в семье и труде: заметки юристов. М., 2006. С. 88 и след.

³³² Подробнее об этом см., например: Тарусина Н. Н. Семейное право: Очерки из классики и модерна. С. 161–164.

него супруга» – п. 2 ст. 29 СК РФ) судья, реализующий право на усмотрение (в национально-региональных территориях), испытывает давление традиций, религии, общественного мнения, отдельных граждан.

Еще ярче высвечивает проблема гендера в вопросе о субъектном составе брачного союза. Во-первых, речь идет о лицах с неочевидной половой принадлежностью, в том числе транссексуалах. В настоящее время российское административное законодательство и административная практика лояльны к регистрации перемены пола вследствие соответствующей медицинской операции. При отказе в акте регистрации заинтересованное лицо обращается с заявлением в суд в порядке особого производства.

Во-вторых, речь идет об узаконении однополых союзов. По этому вопросу судебный корпус опирается на правовую позицию Конституционного Суда РФ³³³ о признании браком только бисексуального союза.

Контрпозиция подробно изложена в трудах Н. А. Алексеева, в том числе о допущении «квазибраков» – гражданско-правовых однополых партнерств (как первой стадии узаконения подобных «семейных» союзов).

М. В. Антокольская в «письмах издалека»³³⁴ также полагает, что институт зарегистрированного партнерства «представляется на первых порах оптимальным и для России»³³⁵.

При всем уважении к автору одного из лучших учебников по семейному праву позволим с М. В. Антокольской не согласиться. Во-первых, в отличие от автора мы придерживаемся идеи о суверенной сущности семейного права и регулируемых им отношений, то есть не признаем гражданско-правовой природы любой семейной общности (в том числе и фактического брака)³³⁶. Во-вторых,

³³³ Подробнее об этом, с точки зрения правовых позиций Конституционного Суда РФ и Европейского суда по правам человека, см. в параграфе о судебном прецеденте.

³³⁴ Ее последний учебник по семейному праву подготовлен в Нидерландах, хотя и издан в России (2010 г.).

³³⁵ Антокольская М. В. Семейное право. М., 2010. С. 166.

³³⁶ Подробную аргументацию см.: Тарусина Н. Н. Семейное право: Очерки из классики и модерна. С. 4–45, 119–124. См. также: Лушников

мы имеем лишь относительную светскость идеологической сущности российской государственности: влияние православной церкви возрастает, как возрастает и объединенное влияние основных конфессий. Православие же и ислам полагают рассматриваемые отношения грехом, на что мы уже обращали внимание в данной главе³³⁷.

В-третьих, с биологической точки зрения данные союзы не относятся к нормам человеческой природы. Допущение же для участников однополых партнерств приемного родительства, усыновления и иных прав в области попечения над детьми тем более представляется неприемлемым, так как образцы жизнедеятельности партнеров будут оказывать очевидное влияние на воспитуемого ребенка, в котором в большинстве случаев изначально заложены обычные природные потребности.

Некоторые цивилисты совершенно обоснованно обращают внимание на другую сторону проблемы – факт смены пола одним партнером³³⁸ в существующем законном браке. В рамках юридического признания супружеской общностью только союза «двух противоположных сердец» данная ситуация вступает в очевидный конфликт с семейным законом. Д. И. Степанов квалифицирует такой преобразованный союз браком в состоянии «соци-

А. М., Лушникова М. В., Тарусина Н. Н. Договоры в сфере семьи, труда и социального обеспечения. С. 8–33, 50–73; Тарусина Н. Н. Брак по российскому семейному праву. С. 58–64; 75–93.

³³⁷ Немало авторов в США также затрагивают данный аспект, считая что легализация и нормативная защита гомосексуализма касаются также проблемы перестройки общественного сознания, когда, например, пастору в церкви придется перестать проповедовать гомосексуализм как грех, у учителей в школах исчезнет стимул быть образцом морального поведения, общество должно будет забыть о вреде общественному здоровью, который наносит гомосексуализм (при условии, что самое большое количество больных СПИДом именно среди гомосексуалистов).

См., например: Williams Mary E. Discrimination. Opposite viewpoints. Greenhaven press. 2003. P. 62.

³³⁸ «Идеальная» ситуация возникает при смене пола обоими супругами: от перемены мест слагаемых сумма не меняется.

альной смерти» и основанием к автоматическому прекращению брака после вынесения судебного решения об объявлении «умершим». М. Н. Малеева полагает это обстоятельство основанием для расторжения брака, допуская, впрочем, и его сохранение – в смысле специальной семейной общности с ведением совместного хозяйства, заботой об общих детях, без исполнения, однако, известной супружеской роли. Л. А. Смолина предлагает зафиксировать юридическую смерть однополых супружества путем прекращения брака без развода, выделив в законе самостоятельные к тому основания³³⁹.

Последняя точка зрения представляется нам наиболее приемлемой, хотя и не отличающейся простотой реализации. Действительно, придать обстоятельству смены пола одним из супругов значение правопрекращающего юридического факта можно. Если вторая сторона обращается в орган ЗАГСа с заявлением о таком прекращении в бесспорном порядке (по типу правила п. 2 ст. 19 СК РФ), проблемы не возникает. А если нет? Предоставить указанному органу право прекращения брака в уведомительном порядке?.. Разумеется, можно «поставить лошадь позади телеги» и предусмотреть правило о принятии лицом, претендующим на официальную смену пола и состоящим в браке, обязательства о прекращении брачного союза одновременно с заявлением о регистрации смены пола. Не идеальный выход из парадокса, но выход. Возможно, конечно, возложить решение проблемы и на суд (*de lege ferenda*).

В двойном дискриминационном поле находится фактический брак. Первый аспект дискриминации гендерно нейтрален: фактический брак, являясь реальной разновидностью супружества и даже большим браком, чем законный³⁴⁰, не обеспечен юридиче-

³³⁹ Подробнее см.: Смолина Л. А. Правовое регулирование отношений супругов и бывших супругов: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2006. С. 10–11.

³⁴⁰ Ибо совместное проживание, создание семейной общности ему присуще имманентно в отличие от зарегистрированного супружества, где действует принцип свободы выбора места жительства каждым из супругов.

ским признанием, в том числе семейно-правовой и судебной защитой интересов его участников. На это несправедливое, социально и этически необоснованное решение российского законодателя неоднократно указывалось в цивилистике, в том числе и автором настоящего сочинения ³⁴¹ (и в других работах).

Второй аспект гендерно проблемен: как правило, речь идет о незащищенности интересов российской женщины. Ее домашний труд – труд ежедневный, без выходных и праздников (особенно если в фактическом браке и основанной на нем семье есть дети) – по хозяйству, уходу за членами семьи (детьми, больными и/или престарелыми лицами) есть труд общественно полезный. При прекращении фактического супружества он не может быть справедливо оценен и учтен в имущественных позициях сторон в рамках гражданского законодательства, не приспособленного для регулирования подобных личных отношений. Потребность переноса вектора регулирования в сферу семейного законодательства давно назрела. Только в этом случае появится относительно надежная база для вынесения справедливого судебного решения о статусе имущества, нажитого сторонами в период фактического брака, и определении в нем соответствующих долей, в том числе его разделе.

Правовое регулирование расторжения брака в основном гендерно симметрично за исключением прямого «дискриминационного» правила о запрете мужа возбуждать судебное дело о разводе во время беременности жены и в течение года после родов (ст. 17 СК РФ). Безусловно, данное правило направлено на выравнивание социальных позиций супругов и охрану интересов женщины-матери³⁴². Однако запрет абсолютен, и это делает «гирю выравнивания» слишком тяжелой. Облегчить ее можно введением исклю-

³⁴¹ Подробно о необходимости юридического признания фактического брака см.: Тарусина Н. Н. Брак по российскому семейному праву. С. 130–157.

³⁴² Впрочем, О. А. Хазова не без оснований сомневается в его реальном психологическом и социальном эффекте: ограничение является лишь формальным препятствием и едва ли ограждает женщину от переживаний (см.: Хазова О. А. Семейное законодательство: проблемы гендерного равенства // Гендерная экспертиза российского законодательства / под ред. Л. И. Завадской. М., 2001. С. 109).

чения из правила – для случаев установленного отцовства другого мужчины. Именно по этому пути пошло, например, белорусское законодательство (ст. 35 Кодекса о браке и семье).

Определенные гендерные диссонансы присутствуют в вопросах, сопровождающих расторжение брака. Так, некоторые исследователи полагают недостаточно обоснованным правило об обязанности мужа содержать жену (бывшую жену) в течение ее беременности и трех лет после рождения общего ребенка (п. 2 ст. 89 СК РФ). Однако и здесь, на наш взгляд, происходит разумное и справедливое льготирование второй половины гендерной пары в особой жизненной ситуации, сопровождающейся как бы специальной нуждаемостью (необходимостью в дополнительном питании, медицинском обслуживании, одежде и т. д.). О. А. Хазова резонно полагает, что ситуация на самом деле должна быть дифференцированной: в одном случае осуществляется помощь будущей и/или состоявшейся женщине-матери (до 1 года ребенку), в другом – речь идет о трудоспособной женщине; эту последнюю позицию следует рассматривать как право на алименты «лица с семейными обязанностями», так как в этот период уходом за ребенком может заниматься и муж – стереотипы о материнстве не всегда срабатывают³⁴³.

В то же время автор обращает внимание на недостаточную защищенность женщины (как правило, женщины), отказавшейся от профессиональной карьеры и посвятившей себя семье: при расторжении брака такая формально трудоспособная «лучшая половина» может и чаще всего оказывается в тяжелом положении – ей нужно найти работу, приобрести квалификацию и т. д., то есть социально и экономически акклиматизироваться. Справедливо было бы возложить обязанность по ее материальной поддержке на экономически более сильного партнера (бывшего партнера) на период указанной социальной адаптации, соответствующим образом расширив возможности норм ст. 89 и 90 СК РФ. Именно по этому пути социального компромисса пошли многие европейские страны³⁴⁴.

³⁴³ Хазова О. А. Указ. соч. С. 113.

³⁴⁴ См.: Там же. С. 119–120; см. также: Семейное право Российской Федерации и иностранных государств / под ред. В. В. Залесского. М., 2005. С. 109–115.

Вторым вопросом, сопровождающим расторжение брака (или фактическое его прекращение), является судьба супружеской собственности. Излишне широкое поле возможностей в выборе режимов по брачному договору (вплоть до раздельного), как мы уже неоднократно отмечали³⁴⁵, во-первых, может прийти в противоречие с положениями ст. 1 СК РФ, во-вторых, «ударить по карману» одного из супругов (как правило, женщины), не имевшего достаточного личного дохода в браке в связи с занятостью в домашнем хозяйстве или по иным уважительным причинам. Доминирование в брачном договоре гражданско-правового контекста пагубно, на наш взгляд, сказывается на обеспечении и охране социально значимых интересов более «слабого» партнера и общих несовершеннолетних детей. Вариативность содержания брачного договора, являясь в целом благом, должна быть скоррелирована с защитными механизмами законного режима, тем более что тенденции ограничения свободы рассматриваемого института наблюдаются в ряде европейских стран, например, по типу «базового режима». По признанию М. В. Антокольской, эти ограничения свободы брачного договора, как правило, гораздо значительнее, чем в России³⁴⁶.

Третьим вопросом, сопровождающим развод и *de jure*, и *de facto*, является определение судьбы ребенка – места его жительства (ст. 24 СК РФ) и общения с ним «разлученного» родителя. Формально позиция закона гендерно нейтральна. Однако, как известно, судебная практика опирается на правоприменительную презумпцию оставления ребенка (прежде всего малолетнего ребенка) у матери³⁴⁷.

Разумеется, данная презумпция не может быть переведена в ранг правовых (законных). Это противоречило бы принципу рав-

³⁴⁵ См.: Тарусина Н. Н. Семейное право. Очерки из классики и модерна. С. 363–368.

³⁴⁶ См.: Антокольская М. В. Семейное право. С. 223–224.

³⁴⁷ См., например: Нечаева А. М. Споры о детях. М., 1989. С. 14–27; Ильина О. Ю. Интересы ребенка в семейном праве Российской Федерации. М., 2006. С. 57–58; Тарусина Н. Н. Семейное право. Очерки из классики и модерна. С. 511–514; Антокольская М. В. Указ. соч. С. 271–272. И др.

ноправия родителей. Но ее фактическое присутствие в правоприменении очевидно; оно к тому же усиливается влиянием «женского фактора» в судебном корпусе. (Нельзя полностью сбрасывать со счетов и то обстоятельство, что биологически материнство – на порядок более сложное и трудоемкое дело, нежели отцовство ...) Кроме того, во многих случаях справедливое решение вообще невозможно. В ситуации, когда мать и отец – хорошие люди и воспитатели, обладают благоприятными условиями жизни для ребенка, суд, по существу, сталкивается с неразрешимой проблемой и, поскольку Соломоново решение исключается, выносит вердикт, который априори является не справедливым актом юстиции, а лишь процессуально вынужденным и неизбежным.

При этом интересы ребенка и матери (отца) соответственно защищаются нормами об отступлении от равенства долей при разделе общесупружеского имущества (п. 2 ст. 38 СК РФ), алиментным обязательством (ст. 80, 89 СК РФ), а также нормами гражданского законодательства об обеспечении жилищных интересов бывшей супруги (супруга) и ребенка (п. 4 ст. 31 ЖК РФ). Как мы уже отмечали, отец крайне редко попадает в данную «ситуацию защиты» – как правило, лишь при доказанности фактов, отрицательно характеризующих мать ребенка. Конечно, закон допускает заключение соглашения родителей о месте проживания ребенка. Однако в соответствии с правилом ст. 24 СК РФ такое соглашение проверяется судом на предмет соответствия интересам ребенка (следовательно, ситуация вполне может вернуться в лоно указанной фактической презумпции).

Поскольку весьма резонно предлагается ввести в семейное законодательство конструкцию «статус отдельно проживающего родителя (усеченный статус)»³⁴⁸, пропасть фактического неравенства бывших супругов-родителей увеличивается. Некоторое смягчение гендерного неравенства в этой области возможно лишь на ниве совершенствования судебной практики, определенной специализации (или дополнительной профес-

³⁴⁸ См.: Громоздина М. В. Осуществление родительских прав при раздельном проживании родителей по законодательству Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010. С. 15.

сиональной подготовки) судей³⁴⁹. Одним из разумных шагов в этом направлении явилось законодательное решение о передаче всех споров о детях (а следовательно, и бракоразводного дела, усложненного спором о месте проживания ребенка, – ст. 24 СК РФ) в юрисдикцию районных судов³⁵⁰.

В институте родительства гендерные различия начинаются уже с норм об установлении происхождения детей: презумпция отцовства в браке (ст. 48 СК РФ) на этапе совершения записи об отцовстве никакого выбора не предоставляет (впрочем, как матери ребенка, так и реальному отцу) – каждый из них лишь вправе оспорить эту запись в судебном порядке.

Классическая презумпция отцовства в браке, известная еще римскому праву, наиболее четко и «на века» была сформулирована в ГК Франции 1804 г. и воспроизведена в российском имперском законодательстве: «Если зачатие и рождение произошло в браке, то предполагается, что отцом ребенка является муж его матери»³⁵¹. В СК РФ, как и многих других семейных законах, ее конструкция осложнена во времени, хотя формула п. 2 ст. 48 достаточно проста: «Если ребенок родился от лиц, состоящих в браке между собой, а также в течение трехсот дней с момента расторжения брака, признания его недействительным или с момента смерти супруга матери, отцом ребенка признается супруг (бывший супруг), если не доказано иное». При этом новелла п. 3 ст. 48 СК РФ, существовавшая недолго, позволявшая матери заявить, что отцом ребенка является не ее супруг, и тем самым своим волеизъявлением, а не судебным решением опровергнуть презумпцию, отменена, то есть восстановлена

³⁴⁹ Подробнее об этом см., например: Тарусина Н. Н. Указ. соч. С. 541–548.

³⁵⁰ Результатом критики запутанного правила подсудности дел по спорам о детях явилось изменение редакции ст. 23 ГПК РФ: все споры о детях переданы судам общей юрисдикции. (ФЗ РФ № 6 – ФЗ «О внесении изменений в статью 3 Федерального закона «О мировых судьях в Российской Федерации» и статью 23 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

³⁵¹ См.: Шершеневич Г. Ф. Указ. соч. С. 629.

классическая технология оспаривания законного предположения через судебный процесс.

Совершенно неочевидно внебрачное отцовство. Как остроумно замечает О. А. Хазова, в этом случае функцию «медицинской справки» выполняет согласие матери ребенка на то, чтобы данный мужчина, путем совместного с нею заявления, был зарегистрирован в качестве отца³⁵²; в ее отсутствие (смерть, недееспособность и т. д. – п. 3 ст. 48 СК) это значение приобретает согласие органа опеки и попечительства. Последний должен получить от кандидата разумные объяснения по поводу его отцовства и быть уверенным, что признание является осознанным и нефиктивным. Отказ в даче согласия обжалуется в суд. Поскольку, за некоторыми исключениями, СК РФ придерживается «диктата» биологического отцовства, социально-нравственная характеристика предполагаемого отца, в отличие от установления попечения над детьми в форме опеки, усыновления, приемного родительства, значения не имеет, поэтому в рамках действующего законодательства судье необходимо проверить, действительно ли претендент является отцом ребенка или же за его инициативой скрывается попытка фиктивного признания отцовства с корыстными целями³⁵³.

Функцию своеобразной «охранной грамоты» выполняет совместное заявление об отцовстве неродившегося ребенка в период беременности будущей матери, если имеются основания предполагать, что совершение данного акта по факту рождения может оказаться невозможным или затруднительным (ч. 2 п. 3 ст. 48 СК РФ). Подобная гуманитарная акция гендерно нейтральна, так как призвана охранять интересы всех ее участников – будущих родителей и будущего ребенка. (Кстати, это не изобретение российского законодателя – СК РФ воспроизвел норму, содержащуюся еще в КоБС Эстонской ССР 1969 г. –

³⁵² Гендерная экспертиза... С. 111.

³⁵³ Подробнее о подобных явлениях см.: Тарусина Н. Н. О фиктивных семейно-правовых состояниях // Правоведение. 1983. № 2. С. 84–87; Ее же: Семейное право: Очерки из классики и модерна. С. 408–410, 422–423.

п. 4 ст. 56³⁵⁴.) Соответственно при отзыве подобного заявления³⁵⁵ и переносе дела об установлении отцовства в суд факт заявления будет иметь определенное (косвенное) доказательственное значение.

Нормы ст. 49–50 СК РФ также находятся в векторе обсуждаемой проблемы. Они содержат два «рудимента». В норме ст. 49 обращено внимание суда на то, что он должен руководствоваться доказательствами, с достоверностью подтверждающими происхождение ребенка от данного мужчины. Трудно избежать ироничного замечания: при рассмотрении других категорий дел суд, видимо, вправе опираться на теорию А. Я. Вышинского о вероятном, а не достоверном знании?.. Правило ст. 50 ограничило предмет доказывания лишь одним искомым фактом – прижизненным признанием отцовства умершим лицом, то есть сузило границы судебного познания и доказывания даже в большей степени, нежели норма ст. 48 КоБС РСФСР 1969 г., где, как мы уже отмечали, фиксировались четыре альтернативы оснований удовлетворения иска. Разумеется, на практике эта доказательственная «дыра» восполняется за счет возможностей нормы ст. 48 СК РФ³⁵⁶, но очевидно, что формулы ст. 49–50 СК РФ – отголосок долгой дискуссии по поводу недопустимости «поощрения легкомысленного поведения женщин» ... То есть исторические корни в определенной мере находятся в пространстве гендера.

Нет полной гендерной симметрии в правовом поле таких «сеятелей», как несовершеннолетние родители. Так, правило п. 3 ст. 62 СК РФ вроде бы гендерно нейтрально, так как предоставляет им право «признавать свое отцовство и материнство на общих основаниях». Однако норма общего типа (п. 1 ст. 48) в отношении материнства предлагает процедуру не признания факта, а лишь его оформления как очевидного. Следовательно, первое

³⁵⁴ См.: Кодекс Эстонской ССР о браке и семье: Комментированное издание. Таллин, 1974. С. 91.

³⁵⁵ Отзыв прямо не предусмотрен, но и не запрещен (ч. 2 п. 3 ст. 48 СК РФ).

³⁵⁶ О позиции Верховного Суда РФ см. в параграфе о судебном прецеденте.

действие ориентировано только на несовершеннолетнего кандидата в отцы. При этом разный гендерный подход, по сути, применяется к возрасту родителей: возраст матери значения не имеет, а возраст отца юридически значим, ибо акт признания может осуществлять только дееспособное (или частично) лицо. Применяя по аналогии норму ч. 1 п. 2 ст. 13 СК РФ о снижении брачного возраста до 16 лет, можно определиться и с возрастом кандидата в отцы, участвующего в акте признания (а также и матери, записанной таковой безотносительно к возрасту, но не могущей участвовать в заявлении об отцовстве по «малолетству»), – 16 лет. Эти возрастные ограничения могут быть преодолены только через судебную процедуру: с 14 лет – самостоятельно, до 14 лет – через представителя³⁵⁷.

Особо следует задуматься о реализации права на воспитание отца, родительство коего признано не на основе доброй взаимной воли мужчины и женщины путем подачи заявления в орган ЗАГСа, а принудительно – посредством судебного установления. За этим актом следует обязанность мужчины по содержанию ребенка, но отнюдь не с очевидностью – все остальное. Приоритет социального в родительстве очень важен, отмечает М. В. Антокольская, установление такового помимо воли «биологического отца» невозможно, нередко последний тому активно противится. В лучшем случае, продолжает автор, он будет бездействовать, в худшем – «мстить» матери и «отыгрываться» на ребенке; не проще ли изначально не наделять его родительскими правами помимо его воли?³⁵⁸

Полагаем, что решение *de lege ferenda* должно быть компромиссным: следует предоставить суду право определять объем родительских прав мужчины, отцовство которого он установил исходя из конкретных обстоятельств дела и в том же процессе, «по горячим следам» (тем более что натура ответчика именно в этом процессе раскрывается достаточно полно); впоследствии, с

³⁵⁷ Подробнее об этом см., например: Тарусина Н. Н. Семейное право: Очерки из классики и модерна. С. 263–264.

³⁵⁸ См.: Антокольская М. В. Указ. соч. С. 212–213.

изменением ситуации в лучшую или худшую сторону, можно к вопросу вернуться.

Как видим, «гендерные качели» семейного законодательства – своеобразный «перпетуум мобиле», так как наряду с определенными элементами гендерного «шовинизма» (в обе стороны) присутствуют и объективные предпосылки неравенства мужчин и женщин в супружестве, родительстве, семье. На этих «качелях» приходится «раскачиваться» и судье, разрешающему семейное дело.

§ 8. О гражданско-процессуальной энергетике Семейного кодекса

Последний аспект касается одной из «классик жанра» семейного законодательства, который, однако, далеко не всегда очевиден правоприменителю, – **гражданско-процессуальной компоненты СК РФ**.

Гражданско-процессуальные нормы подвержены центростремительным силам (предписания общего типа) и силам центробежным (предписания специализированного типа). Последние составляют группы процессуальных особенностей рассмотрения тех или иных категорий гражданских дел. Нередко их логические и содержательные зависимости от предмета судебной деятельности настолько крепки, что такие процессуальные нормы вступают в процесс «диффузии» с материально-правовыми и втягиваются в их пространство. Именно так обстоит в нашем случае. Не уверены, что подобное решение оптимально – «прописка» элементов процессуальной формы в СК РФ не является системной и эти элементы нередко вступают в коллизию с нормами общего типа. В правовых системах имеются и другие решения. Например, в Германии, Болгарии и др. специальные нормы в основном сосредоточены в особых разделах ГПК³⁵⁹. В теоретическом «воздухе» витают и радикальные идеи о превращении семьи процессуальных кодексов в «многодетную». Н. М. Кострова не исключает подобного развертывания событий применительно

³⁵⁹ См., например: Давтян А. Г. Гражданско-процессуальное право Германии. М., 2000. С. 29.

к сфере защиты семейных прав и интересов, но в весьма отдаленном будущем. В настоящем же времени, по справедливому суждению автора, следует сосредоточить внимание на двух задачах: оптимизации семейного судебного процесса и устранении противоречий между специальными и общими процессуальными элементами³⁶⁰.

Первая задача имеет стратегический контекст (судебная специализация – вплоть до создания специальных семейных судов или, может быть, ювенальных³⁶¹) и контексты тактические. Последние вкупе со второй задачей и находятся в русле нашей темы.

Прежде чем обратиться к конкретике проблемы, необходимо констатировать, что «слухи» о процессуальном присутствии в СК РФ явно преувеличены. Но это эпизодическое присутствие обладает сильной энергетикой. Обратимся же, наконец, к этим частным гражданско-процессуальным проявлениям.

В основном они сосредоточены в гл. 4 о прекращении брака. Так, по смыслу правила ст. 17 СК РФ муж ограничен в инициативной гражданско-процессуальной правоспособности по делу о разводе на период беременности жены и в течение года после рождения ребенка. Норма ст. 36 ГПК РФ не предусматривает ограничений, а правила ст. 134, 135, 136 ГПК РФ не знают подобных случаев отказа в принятии искового заявления, возвращения его или оставления без движения. Правило п. 2 ст. 22 СК РФ управомочивает суд применять примирительную процедуру, а п. 3 не разрешает ему отказать в иске(!). Последняя норма, ввиду личного характера спора, понятна. Но как это соотносится с ГПК РФ? Ответ прост: да никак.

Нормы ст. 22–23 СК РФ сообщают нам о бракоразводном производстве по взаимному согласию. Поскольку ГПК РФ тако-

³⁶⁰ См.: Судебная защита семейных прав / под ред. Н. М. Костровой. М.: Городец, 2008. С. 24.

По поводу не вполне контролируемого «размножения» кодексов см., например: Тихомиров Ю. А., Талапина Э. В. О кодификации и кодексах // Журнал российского права. 2003. № 3. С. 48–49.

³⁶¹ Подробно об этом см., например: Тарусина Н. Н. Семейное право. Очерки из классики и модерна. С. 541–547.

го не знает³⁶², суд и стороны вынуждены ставить «спектакль» под названием: «Исковой спор о бесспорном» и распределять главные роли по правилам искового производства.

Правила ст. 23 и 24 СК РФ предписывают суду в обязательном порядке одновременно с разводом разрешать вопросы о месте проживания ребенка и его алиментировании, даже если стороны об этом не заявляют. Аналогичная инициатива, связанная со взысканием алиментов, предусмотрена по делам о лишении и ограничении родительских прав, отмене усыновления (п. 3 ст. 70, п. 5 ст. 73, п. 4 ст. 143 СК РФ). В судебной практике и процессуальной доктрине принято квалифицировать данные обязанности суда как право выйти за пределы заявленных требований (в рамках п. 3 ст. 196 ГПК РФ). Однако, во-первых, абсурдно рассматривать обязанность через правомочие (ст. 23–24 СК РФ). Во-вторых, как мы неоднократно отмечали в других работах³⁶³, речь идет о совершенно иных материях – об обязанностях суда (ст. 23–24) или его правомочии (п. 3 ст. 70 и др.) возбудить дело по своей инициативе, которая должна была бы как исключение заявляться в норме п. 3 ст. 4 ГПК РФ, но не заявлена. Разумеется, в интересах защиты прав ребенка правоприменителю лучше «делать вид», что правило п. 3 ст. 196 ГПК РФ охватывает и эти случаи (иначе призывы ст. 23–24 СК РФ останутся без судебного внимания) как противоречащие ГПК. Однако законодателю столь ощутимую, принципиальную коллизию ГПК и СК следует, наконец-таки, снять.

СК РФ содержит и относительно неколлизионные процессуальные нормы, например об обязательном привлечении в процесс органов опеки и попечительства (ст. 78), прокурора (п. 2 ст. 70)³⁶⁴, об исполнении судебных решений по спорам о воспи-

³⁶² Например, в ГПК Украины эти дела определены в особое производство. См.: Белоусов Ю. В. Некоторые вопросы рассмотрения дел особого производства по новому Гражданскому процессуальному кодексу Украины // Тенденции развития гражданского процессуального права России. СПб.: Юридцентр Пресс, 2008. С. 215.

³⁶³ См., например: Тарусина Н. Н. Вопросы теории семейного права и гражданского процесса. М.: Проспект, 2001. С. 53.

³⁶⁴ Подробнее об этом см. параграфы о коллизиях и прецеденте.

тании детей, о направлении выписки из вступившего в законную силу судебного решения в орган ЗАГС (ч. 2 п. 2 ст. 25, п. 3 ст. 27, п. 5 ст. 70, п. 6 ст. 73) и др.

Кроме того, кодекс изобилует различными обращениями к суду, которые содержатся в собственно семейно-правовых, процессуальных и «пограничных» (например, о судебной подведомственности) нормах³⁶⁵.

Подведем итоги. Семейно-правовые нормы «расцвечены» самыми разнообразными «красками» и составляют картины, не всегда понятные и удовлетворительные для правоприменителя. Они отличаются декларативностью или юридической конкретностью; имеют различную степень определенности, изобилуя ситуационными характеристиками, порождающими широкое судебное усмотрение; плотно взаимодействуют с этическими канонами, нередко одевая последние в юридические формы; обнаруживают некоторую контактность с религиозными нормами (православной природы); актуализированы гендером; весьма активны в области субсидиарного применения (ввиду некоторой дозы бланкетности) и применения по аналогии (в связи с неизбежностью лакун)³⁶⁶; и, как никакие иные, взаимодействуют с нормами гражданско-процессуальными, хотя и в бессистемном виде, в том числе порождая коллизии между общим и специальным содержанием последних. Означенные нормы являют собой богатый материал для продолжения доктринальной дискуссии, законодательного эксперимента, административного и судебного усмотрения, а возможно, и судебного правотворчества.

³⁶⁵ Информация к размышлению: в 170 статьях СК РФ слова «суд» или «судебный» употреблены более 210 раз.

³⁶⁶ В чем нам предстоит убедиться в главе о видовых контекстах судебного усмотрения.

Глава 4 | **О видовых контекстах судебного усмотрения и судебной активности суда**

§ 1. Конкретизация как один из ключевых компонентов усмотренческого феномена

Н. А. Гредескул под конкретизацией понимал умственный процесс распознавания объективных элементов права применительно к условиям отдельных определенных случаев (его субъективных и объективных элементов), в котором субъектами выступают как обычный исполнитель, так и правоприменитель³⁶⁷. Даже если путь, в нашем случае судьи, облегчен тем, что законодатель, продолжает автор, нормировал надлежащий случай до конца, задача суда и тогда не будет совершенно легкой³⁶⁸: надо отыскать правоположение, уяснить его смысл и совершить переход от абстрактного к конкретному (которые не вполне могут друг другу соответствовать)³⁶⁹. Источников затруднения этой задачи, отмечает Н. А. Гредескул, достаточно много: один из них – «самое течение времени», которое меняет и случаи, и язык, коим они законодателем и описываются; второй – усложнение общественной жизни и права, переплетение прямых и обратных связей между ними и внутри каждого из них и соответственно необходимость восприятия права как «одной сложной социальной машины»³⁷⁰.

Российская юридическая теория XX – начала XXI века посвящает явлению конкретизации достаточно много внимания.

Для начала следовало бы посетовать на нередкую в юридической науке тенденцию «кулика в своем болоте»: в теории права

³⁶⁷ См.: Гредескул Н. А. К учению об осуществлении права. Харьков, 1990. С. 102.

³⁶⁸ Там же. С. 104–105.

³⁶⁹ Там же. С. 112–113.

³⁷⁰ Там же. С. 117–118, 123.

далеко не всегда внимательны к идеям представителей отраслевых наук, что не только наносит ущерб авторству, но и обедняет предварительные и относительно итоговые результаты научного поиска.

Так, в работах теоретиков права по теме конкретизации содержательных ссылок на работы цивилистических процессуалистов либо нет, либо крайне мало. Слабо представлены и работы ученых уголовно-правовой доктрины. Между тем именно цивилистика, уголовное право и административистика – основные поставщики базовых предпосылок теории и практики конкретизации и в целом судебного усмотрения. Цивилистика – преимущественно за счет диспозитивной методологии, альтернативности многих предписаний, допущения широкого толкования и аналогии; уголовное право, как мы уже отмечали ранее, – в связи с необходимостью уточнения квалификации деяния, но в первую очередь индивидуализации наказания на основе относительно определенных санкций³⁷¹; административистика – за счет невероятно широкого охвата жизненных ситуаций и допущения компетентного должностного усмотрения для их разрешения.

Мы уже обращались к взглядам цивилистических процессуалистов 60–80-х годов на судебное усмотрение, причем вначале именно через призму конкретизации. Остановимся на их характеристике подробнее, добавив содержательные впечатления от идей и представителей теории права, и отраслевой юриспруденции.

Так, А. К. Кац, выводя явление конкретизации, как и другие процессуалисты, из ситуационных норм, обращала внимание на «правоотношения с частично не урегулированным содержанием», причина явленности нам которых состоит в исключительном

³⁷¹ Как это ни покажется странным, в вопросе конкретизации немало общего между уголовным правом и специфической частью цивилистики – семейным правом: и там, и там – масса оценочных понятий, адресование к общественно-этическим ценностям, ориентация на охрану публичного интереса и приоритетную охрану жизненно важных интересов индивида, альтернативность санкций и их превентивное, а не только лишь карательное целеполагание.

Более подробное сравнение можно произвести на основе конкретной информации. См., например: Тарусина Н. Н. Семейное право: Очерки из классики и модерна. С. 4–62.

разнообразии жизненных ситуаций («одетых» в юридическую форму указанных правоотношений), не поддающихся однотипному и исчерпывающему конструированию в императивном и даже диспозитивном порядке. «Выход из этого положения, – подчеркивала автор, – только один – предоставление суду ... правомочия конкретизировать самому подобные правоотношения»³⁷².

Однако представляется, что понятийная конструкция «частичной неурегулированности» не вполне точна в нашем случае, а даже будучи уточненной, его далеко не исчерпывает. В действительности, речь идет не о «частичной неурегулированности», а о своеобразном «дефинитивном» способе правового регулирования тех отношений, которые по своей специфике и не могут быть «опутаны» жесткой и детальной сетью формально-определенных юридических элементов. Соответствующие предписания могут быть нормами-принципами, нормами общих начал, нормами с относительно определенным или альтернативным содержанием (нередко их именуют «ситуационными», или «дискреционными»³⁷³, или казуистическими»³⁷⁴). По этому поводу А. Т. Боннер замечает, что два последних термина не исключают друг друга, подчеркивая разные аспекты общего явления: «дискреционность» акцентирует внимание на свободе выбора – в законных пределах,

³⁷² Кац А. К. Расширение конкретизирующих правомочий суда по основам законодательства о браке и семье // Ленинские идеи и новое законодательство о браке и семье. Саратов, 1969. С. 97–98.

На это указывали К. И. Комиссаров и М. А. Гурвич. См.: Комиссаров К. И. Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства. Свердловск, 1971. С. 27; Гурвич М. А. Судебное решение: Теоретические проблемы. М.: Юридическая литература. М., 1976. С. 111–114.

³⁷³ См., например: Комиссаров К. И. Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства. С. 27; Курылев С. В. Значение конкретных обстоятельств дела при применении норм советского права // Труды Иркутского университета. Т. 39. Иркутск, 1965. С. 206.

³⁷⁴ См., например: Теория государства и права / под ред. А. С. Пиголкина. М., 2005. С. 349.

«ситуационность» – на относительности этой свободы, обусловленной конкретными жизненными обстоятельствами³⁷⁵.

В гл. 3, посвященной нормам как предпосылкам усмотрения, мы констатировали позиции С. С. Алексеева, К. И. Комиссарова и др. о многообразии относительно определенных норм и месте среди них норм ситуационного типа. Заметим лишь, что под ситуационными авторы понимают нормы, предусматривающие возможность прямого конкретизирующего регулирования актом правоприменителя в зависимости от особенностей конкретной ситуации³⁷⁶. Нетрудно заметить, что именно эта разновидность относительно определенных предписаний является наиболее богатой и сложной предпосылкой конкретизации.

В. В. Бутнев отмечает, что конкретизирующее воздействие судебного решения проявляется практически в каждом гражданском деле: обязанность правонарушителя возместить убытки возникает в момент совершения правонарушения, а конкретный размер возмещения определяется судом; суд вправе определить способ возмещения ущерба, уменьшить размер ответственности должника с учетом вины кредитора (ст. 404 ГК РФ), уменьшить неустойку (ст. 339 ГК РФ) и т. д. Автор также уточняет, что следует различать понятия конкретизации нормы права и конкретизации правоотношения (чего, например, не делает М. А. Гурвич³⁷⁷): «конкретизация» нормы – это уяснение ее смысла, то есть толкование, а конкретизация правоотношения – практическая, решающая деятельность суда³⁷⁸.

В теории права подчеркивается, что «неопределенность» правовых норм может быть позитивной, «запрограммирован-

³⁷⁵ См.: Боннер А. Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе. М.: Юридическая литература, 1980. С. 42–43.

³⁷⁶ См.: Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 2. М.: Юридическая литература, 1982. С. 74.

³⁷⁷ См.: Гурвич М. А. О применении советским судом гражданских законов // Учен. зап. ВЮЗИ. Вып. 16. М., 1969. С. 271.

³⁷⁸ См.: Бутнев В. В. Юридические факты в гражданском процессуальном праве // Юридические записки ЯрГУ им. П. Г. Демидова. Вып. 13: Юридические факты. Ярославль: ЯрГУ, 2009. С. 74.

ной», и негативной, ошибочной³⁷⁹. В первом случае речь пойдет о конкретизации и толковании, во втором – о преодолении пробелов, в том числе через аналогию, или через ожидание *de lege ferenda*. На это же обращает внимание и А. Барак: «полумрак» неопределенности может быть и сознательным шагом законодателя³⁸⁰ – она скрыта в самой нормативной системе, а судебское усмотрение (в том числе конкретизация) реализует этот скрытый потенциал³⁸¹.

Необходимо уточнить, что в принципе конкретизация не есть только доля правоприменителя. В. М. Баранов, В. В. Лазарев и другие ученые видят ее предназначение и на уровне правотворчества – конкретизация Конституции отраслевым законодательством (в необходимое дополнение к ее прямому действию); расшифровка общих начал отрасли на институциональном уровне; создание прецедента высшими судебными инстанциями и т. д.³⁸² В этих двух сферах юридического промысла конкретизация, отмечают авторы, различна и качественно и количественно, но при этом на «нижнем этаже» юридического здания, в практикующей

³⁷⁹ См., например: Лазарев В. В. Эффективность правоприменительных актов. Казань: Казанский университет, 1975. С. 43–44; Власенко Н. А. Конкретизация в праве: природа и пути исследования // Конкретизация законодательства как технико-юридический прием нормотворческой, интерпретационной и правоприменительной практики. Н. Новгород, 2009. С. 66–67.

См. также гл. 3 настоящей книги.

³⁸⁰ См.: Барак А. Судейское усмотрение. С. 67–68.

³⁸¹ Там же С. 142.

Такая трактовка в том числе характеризует «декларативную» теорию права, которую, применительно к своей теме, и анализирует автор.

³⁸² См.: Баранов В. М., Лазарев В. В. Конкретизация права: понятие и пределы // Конкретизация законодательства как технико-юридический прием нормотворческой, интерпретационной правоприменительной практики. С. 16–33.

Мы намеренно обходим стороной идею авторов о «конкретизации естественного права», так как размышления на эту тему уведут нас слишком далеко от «центра событий» – непосредственной темы нашего сочинения.

юриспруденции, она более всего себя обнаруживает и более всего востребована³⁸³.

Весьма детально определенные аспекты правоприменительной (судебной) конкретизации раскрыты А. Т. Боннером³⁸⁴. Автор, в зависимости от характера применяемых судом норм, дифференцирует деятельность по конкретизации по следующим проявлениям. Первое (самое очевидное, «лежащее на поверхности»): выбор альтернативы и нескольких равнозначных вариантов. Второе: применение факультативных норм. В отличие от первого случая, отмечает А. Т. Боннер, факультативная норма применяется только в порядке замены основного предписания дополнительным, действующим при определенных условиях как исключение. Например, в соответствии с правилами ст. 34 ГПК РСФСР³⁸⁵ истец вправе отказаться от иска, ответчик – признать его, стороны могут окончить дело мировым соглашением (основное правило), однако суд не примет отказа, признания и не утвердит мирового соглашения, если это противоречит закону или нарушает права и интересы других лиц (факультативное правило). Третье: определение объема субъективных прав и обязанностей (например, размера алиментов в твердой денежной сумме). Четвертое: применение норм, в которых законодатель придает юридическое значение индивидуальным особенностям дела не путем их типизации в виде юридических фактов, а посредством указания их общей характеристики в гипотезе нормы³⁸⁶, то есть обращается к оценочным признакам или понятиям – «уважительные причины» («неуважительные причины»), «разумный срок», «злоупотребление спиртными напитками или наркотическими веществами», «стечение тяжелых обстоятельств», «бесхозяйственное содержание» и т. д.

³⁸³ Баранов В. М., Лазарев В. В. Конкретизация права: понятие и пределы; см. также: Бойко А. И. Язык уголовного закона и его понимание. С. 230, 232.

³⁸⁴ См.: Боннер А. Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе. С. 43–56.

³⁸⁵ Ст. 39 ГПК РФ.

³⁸⁶ См. также Курылев С. В. Значение конкретных обстоятельств дела при применении норм советского права. С. 198–199.

Среди оценочных понятий есть довольно очевидные, но нередко встречаются и весьма непростые образцы³⁸⁷. Например, к такому относятся «разумность», «добросовестность», «добрые нравы» и т. п. Так, термин «разумность» исторически возник в британском праве³⁸⁸ («разумный человек» — обычный гражданин, «человек из автобуса»³⁸⁹. М. И. Брагинский и др. авторы пишут о «среднем человеке»³⁹⁰. В. И. Синайский, размышляя о данном среднестатистическом, «эталонном», стандартном индивиде, подчеркивал: «Этот масштаб может быть выше и ниже в зависимости от той культурной среды, в которой действует установленное для нас гражданское право. Но этот масштаб среднего человека едва ли правильно считать абстрактным человеком, ибо средний человек есть, в сущности, человек большинства данной общественной среды»³⁹¹.

³⁸⁷ Первой проблемой, с которой сталкиваются юридическая наука и практика, замечает И. Л. Честнов, является сущностная оспоримость основных юридических понятий, особенно «морально окрашенных», второй — контекстуальность их значений. (См.: Честнов И. Л. Конкретизация права с позиций социальной антропологии права // Конкретизация законодательства как технико-юридический прием... С. 221–223.

³⁸⁸ А. М. Михайлов отмечает, что он был создан английскими судьями как следствие распространения суда присяжных, которые оценивали деяние с точки зрения общественных представлений о справедливом, разумном, целесообразном. Так, подсудимый признается виновным (разумеется при наличии и других необходимых условий), если, с точки зрения присяжных, разумный человек в аналогичной ситуации повел бы себя иначе — действовал бы осмотрительней, попытался бы предотвратить опасные последствия. Конструкция разумности широко используется в делах о диффамации, клевете, преступном легкомыслии, профессиональной небрежности и т. п., в делах о доверительной собственности и из контрактного права и т. д. (Подробнее см.: Михайлов А. М. Судебная власть в правовой системе Англии. М.: Юрлитинформ, 2009. С. 306–310.)

³⁸⁹ См.: Лукьяненко М. Ф. Условия формирования судейского усмотрения при применении гражданско-правовых норм, содержащих оценочные понятия // Российский юридический журнал. 2009. № 5. С. 145.

³⁹⁰ См.: Брагинский М. И. Осуществление и защита гражданских прав // Вестник Высшего Арбитражного Суда. 1995. № 7. С. 101.

³⁹¹ См.: Синайский В. И. Русское гражданское право. М., 2002. С. 60.

Добросовестность как одно из ключевых понятий цивилистики (в том числе и для семейного права) «прорастает корнями» в римское право, из договоров «доброй совести» (*bonae fidei*), в которых содержалось определение истинного намерения сторон или обычаев делового оборота³⁹². Понятие добросовестности (в иных случаях вкупе с «добрыми нравами») приобрело в дальнейшем многозначность во французской, немецкой, американской цивилистике³⁹³. Л. И. Петражицкий под «доброй совестью» понимал незнание или извинительное заблуждение субъекта³⁹⁴. В современном российском гражданском законодательстве данное оценочное понятие используется при характеристике пределов осуществления гражданских прав (презумпция разумности и добросовестности – п. 3 ст. 10 ГК РФ)³⁹⁵, применения аналогии права (п. 2 ст. 6 ГК РФ) и законности сделки (в установленных случаях, например, по ст. 173, 174 ГК РФ и др. – в формулировке от противного: сторона знала или по обстоятельствам дела заведомо должна была знать...)³⁹⁶. Впрямую анализируемое понятие в семейном праве используется только в институте недействительности брака (в контексте защиты прав и интересов добросовестного супруга – п. 4, 5 ст. 30 СК РФ) и недействительности сделки по распоряжению общесупружеским имуществом (при опро-

³⁹² См., например: Новицкий И. Б. Основы римского частного гражданского права. М.: Зерцало, 2000. С. 127.

³⁹³ Подробно об этом см.: Краснова С. А. Определение понятия «добросовестность» в российском гражданском праве // Журнал российского права. 2003. № 3. С. 63–64.

³⁹⁴ См.: Петражицкий Л. И. Права добросовестного владельца на доходы с точек зрения догмы и политики гражданского права. СПб., 1902. С. 116.

³⁹⁵ В. П. Грибанов относил это понятие к «каучуковым», позволяющим значительно расширять рамки свободного судейского усмотрения с опасностью выхода за рамки законности. (См.: Грибанов В. П. Пределы осуществления гражданских прав//Осуществление и защита гражданских прав. М.: Статут, 2000. С. 21.)

³⁹⁶ Подробнее см., например: Емельянов В. И. Разумность, добросовестность и незлоупотребление гражданскими правами. М., 2002. С. 98–99 и др.

вержении презумпции согласия путем доказывания недобросовестности контрагента – ч. 2 п. 2 ст. 35 СК РФ). Подобное сужение не оправдано и нуждается в пересмотре – подключением данной характеристики субъектов семейного права, по меньшей мере, в норму ст. 7 СК РФ об осуществлении семейных прав и исполнении семейных обязанностей.

«Оценочные понятия, – замечает А. И. Бойко, – представляют собой (одновременно вынужденное и опасное) средство приспособления аскетичного, стандартизированного, обезличенного, лаконичного, запрограммированного на консервацию жизни юридического метода к безразмерной и постоянно обновляющейся действительности». Их генеральное негативное свойство, продолжает автор, заключается в возможности злоупотребления правоприменителя, достоинства – в придании праву свойств эластичности, сглаживания противоречий между жизнью и законом, а их толкователю – креативности, творческого характера его профессиональной юридической деятельности³⁹⁷. Е. В. Кобзева, например, полагает, что в УК РФ их около 50%, но с некоторой тенденцией к уменьшению³⁹⁸.

Следует заметить, что в науке уголовного права данному явлению уделяется самое пристальное внимание. Е. В. Кобзевой проведен социологический опрос ученых относительно понимания сущности оценочных признаков. Предложенные варианты дефиниций семи ученых-коллег из коллегии проранжированы следующим образом: 30% позитива отдано определению пера В. В. Питецкого и 24% – А. В. Наумова, остальные получили, соответственно, более низкие оценки. Так, В. В. Питецкий относит к числу оценочных признаки, «которые дают возможность законодателю включать в область правового регулирования большое количество явлений, предметов, состояний, отличающихся различными эмпирическими свойствами, и содержание которых в большинстве случаев устанавливается с учетом конкретных обстоятельств уголовного

³⁹⁷ См.: Бойко А. И. Язык уголовного закона и его понимание. С. 105–108.

³⁹⁸ См.: Кобзева Е. В. Оценочные признаки в уголовном законе. Саратов: СГАП, 2004. С. 188–199.

дела и в значительной степени определяется правосознанием правоприменителя»³⁹⁹. А. В. Наумов же предлагает несколько иное заключение: оценочные понятия – это те признаки состава преступления, которые определяются не нормативно-правовым актом, а правосознанием лица, применяющего соответствующую норму, исходя из конкретных обстоятельств дела⁴⁰⁰. Нетрудно заметить, что первое обнимает собою и объективные и субъективные аспекты проблемы, а во втором акцент делается на последней характеристике, что ведет к неполноте картины⁴⁰¹; более того, переносит нас в область правосознания, то есть уводит нас от собственно признаков понятия к проблеме их прочтения правоприменителем.

Сама инициатор исследования, Е. В. Кобзева в своем представлении, напротив, ориентирует нас на объективную сторону: оценочные признаки (уголовного закона) – это не конкретизированные в нормах права понятия, призванные отражать не предмет в его целостности, а свойства или отношения этого предмета⁴⁰².

Данное представление вполне солидаризируется с позициями цивилистов. Причем следует заметить, что последние не так часто обращаются к данной проблеме, как представители уголовно-правовой науки. Видимо, относительно последней это обусловлено несколькими специальными причинами, главная из которых – исключительное разнообразие общественно опасных деяний, необходимость назначения справедливого, соразмерного наказания – с учетом личности виновного или осво-

³⁹⁹ Питецкий В. В. Конкретизация оценочных признаков уголовного законодательства // Советская юстиция. 1991. № 2. С. 12.

⁴⁰⁰ См.: Наумов А. В. Применение уголовно-правовых норм. Волгоград, 1973. С. 97.

⁴⁰¹ Кстати, само значительное расхождение в оценках учеными при указанном опросе семи определений очередной раз подтверждает тезис об оценочности как оценочных понятиях, так и всех иных – и так по кругу ... (в общем-то, «заколдованному»).

⁴⁰² См.: Кобзева Е. В. Теория оценочных признаков в уголовном законе. М.: Юрлитинформ, 2009. С. 97.

бождения от него – с опорой на характеристики виновного и потерпевшего, причиненного вреда и т. д. и т. п.⁴⁰³

Оценочные понятия помогают праву, ввиду емкости своего содержания, не только приблизить его к повседневной жизни, но и приспособить к будущим проявлениям этой жизни. Предметами оценки могут выступать: базисные характеристики («интересы ребенка», «интересы семьи» и т. п.), ситуации и состояния (материальное положение, «физическое и нравственное поведение детей», фактическое воспитание, «раздельное проживание при прекращении семейных отношений», «недостойное поведение» и т. п.); действия (систематические, публичные); мотивы («неуважительные причины», «без намерения создать семью»), временные интервалы («непродолжительное пребывание в браке»), вещи («предметы роскоши»), сами субъекты правоотношений («нуждающийся супруг», «добросовестный супруг», «нравственные и иные качества опекуна» и т. д.). Примерам несть числа, да и классифицирование не исчерпано предложенными вариантами: оценочные понятия пронизывают все институциональные «потoki» семейно-правового пространства, их удельный вес на единицу измерения сопоставим лишь с некоторыми отраслями права и законодательства (трудовым, гражданским, уголовным)⁴⁰⁴, но внутри цивилистики этот удельный вес – наивысший. Причина – в предмете правового регулирования: отношениях супружества, родительства, детства, попечительства, отличающихся очевидным и непреходящим своеобразием по целям, содержанию и субъектам и «трудноуловимостью» для права множества иных характеристик.

На основе обобщений взглядов своих коллег Е. В. Кобзева предлагает несколько основных идей (принципов) формирования правовых норм, содержащих оценочные признаки: 1) максимально возможная дефинированность последних (что не означает необходимости создания точных и исчерпывающих дефиниций); 2) предпочтительное использование оценочных признаков в сфе-

⁴⁰³ Подробно об этом см., например: Кобзева Е. В. Указ. соч. С. 104 и след.

⁴⁰⁴ Мы уже подчеркивали близость уголовного права и семейного права в части этических оснований нормативных предписаний и, соответственно, в вопросе острой актуальности толкования оценочных понятий.

ре дифференциации и индивидуализации ответственности (добавим: или применения иных мер оперативного воздействия); 3) предупреждение «каучуковости» норм – стремление к максимальной достаточности признаков, конкретизирующих ситуацию; 4) определенность и единство терминологии, предельная выдержанность оценочной лексики (унификация лексических единиц, словесно обозначающих оценочные признаки, искоренение «неряшливости языка»; 5) максимальная беспробельность⁴⁰⁵.

Полагаем, что предложенные базисные предпосылки конкретизации правотворчества весьма полезны и должны быть востребованы законодателем. В рамках этой конкретизирующей функции необходимо стремиться к консолидации определений ключевых понятий в общей части закона, тем более закона кодифицированного, что пока осуществляется весьма избирательно, на что мы уже обращали внимание в главе третьей.

К числу максимально сложных для смыслового прочтения и практического применения относятся, конечно, принципы права, отрасли права⁴⁰⁶, правового института, к которым часто и вынужден, и должен обращаться суд. Их «языковые якоря»⁴⁰⁷ находятся слишком глубоко, но эту глубину правоприменителю приходится «просвечивать» доступными ему средствами. И это при том, что ценности, в принципах заложенные, могут конкурировать между собой. Ценности, отмечает А. Барак, имеют относительный вес, этим весом «определяется их статус в окончательном балансе»; нередко «разграничительная линия между конкурирующими за первенство принципами» далеко не очевидна и «может колебаться между рядом точек» (общественная безопасность и свобода слова и демонстраций, доброе имя и свобода информации и т. д.). «Временами, – продолжает автор, – сама законодательная власть решает задачу размещения ценностей по весу»: например, в области усыновления, где соперничают интересы ребенка, его естественных родителей и его «психологических» родителей⁴⁰⁸, «законодательная власть установила политику, придающую ре-

⁴⁰⁵ См.: Кобзева Е. В. Указ. соч. С. 141–162.

⁴⁰⁶ См. гл. 3 настоящей книги.

⁴⁰⁷ Термин А. Барака. (Указ. соч. С. 65.)

⁴⁰⁸ У нас применяется термин «социальные родители».

шающий относительный вес благу ребенка»; часто, однако, судья остается наедине с этой задачей и решает ее в рамках критерия разумности⁴⁰⁹.

Нетрудно заметить, что и конкретизация «простого» оценочного понятия, и, тем более, – конкретизация «сложного» феномена нередко требуют обращения к другим оценочным понятиям, еще более фундаментальным и сложным, да к тому же еще впадающим в конкуренцию: воистину тяжело бремя хождения по «заколдованному кругу» судебного познания и далее судебного усмотрения как конкретизирующего действия...

А. И. Бойко замечает, что в иных работах звучит настойчивый рефрен о необходимости жесткой формализации оценочных понятий, превращении их в безопасные правоприменительные инструменты. Однако, во-первых, продолжает автор, это нереально; во-вторых, конкретизированные до предела, они перестают быть оценочными и «растворяются среди однозначных слов и терминов; оценочные понятия принципиально неустранимы и социально полезны»⁴¹⁰.

Одной из форм конкретизации и в целом усмотрения является, как отмечает А. Т. Боннер, возможность принятия решения, регламентирующего деятельность государственного органа, в том числе и суда, посредством общих диспозитивных формулировок, за которыми не следует перечня четкого «рецепта» поведения: «суд вправе», «суд может» ... и т. д.⁴¹¹

Впрочем, подобная суперпредпосылка судебного усмотрения встречается отнюдь не на каждом шагу и она не всегда легко распознаваема. Например, правило п. 1 ст. 43 ГПК РФ о правомочиях суда допускать в процесс третьих лиц без самостоятельных требований на первый взгляд представляется именно таковым. Однако, поскольку цель участия этих процессуальных фигур – защитить свой интерес (право) в спорном правоотношении или от регресса, их неучастие исключит для них преюдициальность судебного акта, а суд лишит определенной толики

⁴⁰⁹ См.: Барак А. Указ. соч. С. 91–94.

⁴¹⁰ См.: Бойко А. И. Указ. соч. С. 106–107.

⁴¹¹ См.: Боннер А. Т. Указ. соч. С. 45–46. См. также: Коренев А. П. Нормы административного права и их применение. М., 1978. С. 75. И др.

фактического материала, усмотрение в вопросе их привлечения в процесс существенно ограничено, находится на «лезвии» между правом и обязанностью. Таковы, например, случаи участия третьих лиц данного вида в делах о взыскании алиментов, когда иск предъявлен к одному из обязанных лиц общей очереди, в делах о лишении или ограничении родительских прав, если иск предъявлен к одному из родителей, а второй не позиционирует себя третьим лицом с самостоятельными требованиями и т. д. В главе первой мы обращали внимание и на другие «пограничные» случаи (п. 1 ст. 44, ст. 47, п. 3 ст. 196 ГПК РФ). Напротив, к усмотренческому феномену свободного типа относится, например, правило п. 3 ст. 79 ГПК РФ о праве суда при уклонении стороны от участия в той или иной форме в экспертизе признать факт, для выяснения которого она была назначена, установленным или опровергнутым. Конечно, и в этом случае свобода усмотрения относительна: суд должен понять связь неявки и процессуального интереса в обнаружении или необнаружении факта (например, по делам об установлении отцовства она не всегда очевидна⁴¹²), оценить последствия использования данной доказательственной фикции и т. д. К этой же группе относятся и правила ст. 151 ГПК РФ о соединении и разъединении исковых требований: предложенная законодателем конкретизация соответствующего процессуального правоотношения имеет весьма подвижные границы. Иллюстративным образцом может служить бракоразводный процесс, который способен интегрироваться за счет присоединения смежных требований – о разделе общесупружеского имущества, взыскании алиментов на супруга, определении порядка пользования имуществом объектами, не включенными в опись имущества, подлежащего разделу, определении порядка общения с ребенком второго родителя⁴¹³. И т. д.

⁴¹² Пример очевидной связи указанных обстоятельств см. в деле по иску О. Е.Е. к О. Е.А.: (Судебная практика по семейным спорам / под ред. П. В. Крашенинникова. М.: Статут, 2008. С. 331–332.)

⁴¹³ Здесь не имеются в виду вопросы о месте проживания ребенка и его алиментировании, которые решаются в императивно-диспозитивном режиме (ст. 24 СК РФ).

Конкретизация судом семейных правоотношений также может быть вполне представлена классическими образцами, что, впрочем, не упрощает задачу в каждом отдельном случае.

В институте брака данные судебные полномочия осуществляются по обеим категориям дел (о расторжении брака и признании его недействительным). Так, при рассмотрении дела о спорном разводе устанавливается факт невозможности дальнейшего совместного проживания супругов и сохранения их семьи. Споспешествовать этой задаче призвана примирительная процедура (п. 2 ст. 22 СК РФ). При этом суд, применяя правило об отложении разбирательства дела на срок до трех месяцев, разумеется, должен предварительно исследовать существо брачного конфликта, дабы не действовать формально, тем более что очевидность факта устойчивого фактического прекращения супружества (фактического развода), создания новой семьи, фактов жестокости по отношению к другому супругу не должны влечь отложения дела слушанием⁴¹⁴.

С одной стороны, поскольку суд не вправе отказать в иске, если на разводе после отложения дела настаивает хотя бы один из супругов, вроде бы, нет смысла «копнуть поглубже», достаточно ограничиться очевидным. Так нередко и происходит. Однако, с другой стороны, это может явиться основанием для отмены решения, умалить авторитет суда, ибо, как показывает практика, стороны и сами подчас не вполне понимают причины конфликта⁴¹⁵.

⁴¹⁴ Следует заметить, что формула «отложить разбирательство дела» здесь, по существу, не вполне корректна, так как настояние на прекращении брака после процедуры примирения хотя бы одним из супругов обязывает суд иск удовлетворить. Это значит что никакое «разбирательство» уже невозможно. Видимо, точнее будет формула: отложить принятие решения по делу.

⁴¹⁵ По смыслу п. 1 ст. 22 СК РФ суд вправе отказать в иске, если меры к примирению не принимались. Последние, как мы уже заметили, не реализуются судом, если он убежден в глубине конфликта и бессмысленности оных. На практике это иногда приводит к оригинальным ситуациям. Так, по одному из дел суд счел факт невозможности сохранения семьи установленным на основании доводов истицы и признания иска ответчиком и брак прекратил. Истицей на данное решение была подана кассационная жалоба со ссылкой на преждевременность ее намерения

либо, напротив, активно лгут суду, называя в качестве причин те, которые, по их мнению, оцениваются судом «по высшему разряду». (Массовость подобных случаев была обнаружена С. М. Пелевиным при социологическом анализе бракоразводной практики⁴¹⁶.)

Конкретизация неизбежна при признании брака недействительным по ряду оснований. Например, по основанию фиктивности, односторонней и двусторонней. Как известно, при разбирательстве дел данной категории суду необходимо установить факт отсутствия намерения создать семью (п. 1 ст. 27 СК РФ), что сопровождается выявлением действительных (корыстных) целей, прикрытием которых и служит конструкция брака: приобретение гражданства, вида на жительство, выезд на ПМЖ за границу, получение имущественных выгод сегодняшнего дня (дорогих подарков, права пользования квартирой) и дня завтрашнего через ожидание будущего (скорого) наследства и т. д. Наибольшую трудность вызывает оценка факта совместного проживания (действительный брак?) или непроживания⁴¹⁷. При двусторонней фиктивности обнаружение намерений, соответственно, затруднено активным противостоянием такому обнаружению предпо-

расторгнуть брак, подтвержденную восстановлением супружеских отношений после развода и отказом от иска. Судебная коллегия отменила решение как противоречащее требованиям ст. 22 СК РФ и прекратила дело на основании ст. 219 ГПК РФ (в настоящее время – ст. 220 ГПК РФ) ввиду отказа истца от иска. (См.: Судебная практика по семейным спорам. С. 137–138.)

Подобные казусы вполне могут понуждать суд использовать полномочия п. 2 ст. 22 СК РФ из формальных соображений – на «всякий случай».

⁴¹⁶ Несмотря на отдаленность во времени, исследование не потеряло своей оригинальности и поучительности. См.: Пелевин С. М. Вопросы эффективности правового регулирования разводов в СССР: дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1972.

На «гадательный» характер суждений суда о причинах брачного конфликта обращают внимание и другие процессуалисты. См., например: Коржаков И. П. Расторжение брака в судебном порядке: гражданско-процессуальные аспекты: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1996.

⁴¹⁷ Последнее, как известно, в здоровом браке также возможно – как по уважительным причинам, так и в силу свободы выбора супругами места жительства (п. 1 ст. 31 СК РФ).

лагаемых фиктивных супругов на ответной стороне, при односторонней – несколько облегчено заинтересованной позицией добросовестного супруга⁴¹⁸.

При признании брачного договора в полном объеме или его части недействительным наибольшую сложность для судебной конкретизации представляет формула – «условия, которые ставят одного из супругов в крайне неблагоприятное положение или противоречат основным началам семейного законодательства». При этом к возможному противоречию частично провоцирует норма п. 1 ст. 42 СК РФ о праве свободного выбора режима собственности – вплоть до раздельного. Очевидно, что подобный вариант, не сопровождающийся, по крайней мере, положениями о формировании семейного бюджета, именно и противоречит началу о взаимопомощи и ответственности пред семьей ее членов, а при наличии в браке детей – еще и приоритетной идее заботы об их благосостоянии и развитии (ч. 2 п. 1, п. 3 ст. 1 СК РФ). В договорной практике встречаются также весьма своеобразные условно-отлагательные записи, например: в случае рождения сына, жена получит в собственность то-то, дочери – то-то. Подобное положение не соответствует духу приоритетной охраны материнства и детства, принципу равноправия в семейных отношениях, в том числе в контексте гендера (ст. 19 Конституции РФ). Излишняя свобода института брачного договора может порождать и другие «фантазии», которые впоследствии приходится анализировать суду, то есть не является оптимальной, в том числе с точки зрения начал российского семейного законодательства⁴¹⁹.

Масштабная конкретизация осуществляется судом при рассмотрении споров о разделе общесупружеского имущества: соблюдение принципов раздела имущества «в натуре» и равных

⁴¹⁸ Подробно об этом см., например: Тарусина Н. Н. О фиктивных семейно-правовых состояниях // Правоведение. 1983. № 2. С. 84–87; Её же. Семейное право: Очерки из классики и модерна. С. 408–418.

⁴¹⁹ Подробнее об этом см., например: Лушников А. М., Лушникова М. В., Тарусина Н. Н. Договоры в сфере семьи, труда и социального обеспечения. Ярославль: ЯрГУ, 2007. С. 96–97 (аналогичный труд – изд. 2-е. М.: Проспект, 2010); Максимович Л. Б. Брачный договор в семейном праве. М., 2003. И др.

долях вызывает к жизни вопрос о разумной компенсации; реализация права на отступление от равенства долей – вопросы о мере такового отступления, видах имущества, удовлетворяющих жизненно важные интересы детей или заслуживающие внимания интересы одного из супругов, разнообразии активного и пассивного негативного поведения супруга, наносящего ущерб интересам семьи (п. 2 ст. 39 СК РФ)⁴²⁰; положение о праве суда признать имущество одного из супругов совместной собственностью – вопрос о количестве и качестве того или иного участия второго супруга в «прибавлении» его стоимости (ст. 37 СК РФ) и т. д.⁴²¹

В спорах об установлении или оспаривании отцовства главный искомый факт выявляется судом посредством одного или совокупности косвенных доказательственных фактов, которые в редакции ст. 48 КоБС РСФСР 1969 г. были оформлены исчерпывающим альтернативным перечнем, а в настоящее время служат хотя и ключевыми, но не необходимыми и достаточными основаниями удовлетворения иска (совместное проживание и ведение общего хозяйства; совместное содержание и/или воспитание ребенка; внесудебное признание отцовства) в силу косвенного характера связи между ними и фактом происхождения⁴²².

В настоящее время усмотрение суда облегчено достижениями генной (генетической) судебно-медицинской экспертизы, называемой, как правило, при наличии хотя бы относительно обоснованного предположения об отцовстве ответчика или исключении отцовства истца, а также по настоянию сторон.

К числу дискутируемых относится вопрос о допустимости приоритета социального отцовства над биологическим, предлагаемый к решению в рамках судебного усмотрения. Так, О. А. Ха-

⁴²⁰ Например, трата значительных средств на азартные игры может и не квалифицироваться в качестве варианта п. 2 ст. 39, если доходы семьи высоки.

⁴²¹ О тенденциях практики см., например: Судебная практика по семейным спорам. С. 157–208. И др. работы.

⁴²² Анализ судебной практики тех лет, в том числе в контексте конкретизации ситуации, см., например: Матерова М. В. Судебное рассмотрение дел об установлении отцовства. М.: Юридическая литература, 1972. С. 70–111.

зова, опираясь на принцип особой защиты прав и интересов ребенка (п. 3 ст. 1 СК РФ), полагает возможным при рассмотрении дела об установлении отцовства отказать в удовлетворении иска биологическому отцу (представившему результаты генетической экспертизы) в ситуации, когда в течение нескольких лет, в благополучной семье, супруги (или, по крайней мере, муж) искренне полагают себя родителями. Совершенно очевидно, заключает автор, что решение об отцовстве другого мужчины нанесет тяжелую травму всем членам этой семьи и в первую очередь – самому ребенку, поэтому, с учетом всех обстоятельств дела, «суд вправе обойти достаточно четкое, на первый взгляд, предписание, содержащееся в ст. 49 СК, о том, что он принимает во внимание любые доказательства, с достоверностью подтверждающие происхождение ребенка от конкретного лица, сделать выбор в пользу «социального родства» и отказать в удовлетворении иска»⁴²³.

Совершенно очевидно, что никакой основы для судебного усмотрения в смысле выбора между биологическим и социальным отцами норма ст. 49 СК РФ не предусматривает. Однако позиция О. А. Хазовой вызывает безусловную симпатию и солидарность в аспекте *de lege ferenda*⁴²⁴. Она соответствует и началам, семейного законодательства, и, действительно, позволяет принять решение с учетом особых обстоятельств возникшего конфликта.

В спорах о детях (месте проживания, порядке общения, применении мер ответственности за ненадлежащее воспитание или мер защиты интересов ребенка в неблагоприятных ситуациях и др.) основными объектами конкретизации являются: личностные качества родителей (опекунов, усыновителей, близких родственников) и детей, привязанность последних к тому или иному родителю и другим субъектам семейных правоотношений, взаимная

⁴²³ Хазова О. А. Установление отцовства // Закон. 1997. № 11. С. 83–84.

⁴²⁴ Некоторыми авторами высказывается также предположение об ограничении родительских прав «принудительного» отца, ставшего таковым вследствие удовлетворения иска матери ребенка. См., например: Антокольская М. В. Семейное право. М.: Норма, 2010. С. 269.

привязанность между братьями (сестрами), объективные интересы детей⁴²⁵ (ст. 65, 66, 67, 69, 73 и др. ст. СК РФ).

Проблема конкретизации алиментных правоотношений явилась в свое время отправной точкой размышления процессуалистов о неопределенности многих норм семейного права, их ситуационном характере и пределах усмотрения⁴²⁶. Действительно, прежний кодекс предоставлял, а действующий предоставляет возможность (с увеличением объема) и необходимость уточнения самых различных деталей алиментирования: размер алиментов на детей может быть изменен с учетом материального и семейного положения родителей, прочие алименты взыскиваются в индивидуализированной твердой денежной сумме, при конкуренции алиментных обязательств учитывается материальное, семейное и прочее положение всех обязанных лиц независимо от предъявления к ним иска; в иске может быть отказано в случае непродолжительности пребывания в браке, недостойного поведения члена семьи и по ряду других оснований (ст. 81, 83, 85, 87, 88, 91, 92, 103, 119 др. ст. СК РФ). С той или иной степенью детализации и дискуссионности этим вопросам посвящено достаточное внимание в специальных работах по семейному праву, к которым мы и отправляем читателя⁴²⁷.

Выскажемся лишь о позиции Пленума Верховного Суда РФ: при взыскании алиментов на детей в твердой денежной сумме их размер должен быть определен, исходя из максимально возможного сохранения ребенку прежнего уровня его обеспечения – с

⁴²⁵ Материалы судебной практики по данным вопросам см., например: Нечаева А. М. Семейное право. Актуальные проблемы теории и практики. С. 196–258.

Формула «интересы детей» и др. будут рассмотрены в параграфе о толковании.

⁴²⁶ См.: Кац А. К. Расширение конкретизирующих правомочий суда... С. 98–105.

⁴²⁷ См., например: Пергамент А. И. Алиментные обязательства по советскому праву. М.: Госюриздат, 1951; Косова О. Ю. Право на содержание: семейно-правовой аспект. Иркутск, 2005. И др.

учетом материального и семейного положения сторон и других заслуживающих внимания обстоятельств⁴²⁸.

На наш взгляд, идея «сохранения ребенку прежнего уровня его обеспечения» при раздельном проживании родителей не является универсальной: во-первых, обязанное лицо может улучшить свое материальное положение (на что и указано в постановлении в общем виде); во-вторых, не всегда этот «уровень» можно определить, так как часть семейных расходов не индивидуализированы по членам семьи; в-третьих, наконец, размер алиментов (в случае высокого и сверхвысокого дохода плательщика) должен соответствовать целевому назначению алиментного обязательства, то есть обеспечивать потребности ребенка насущного, образовательного и т. п. вида, но не создавать предпосылку для необоснованного «кормления» других бывших членов семьи, а также иных лиц.

Для правоприменителя (суда) практический интерес, замечает М. Ф. Лукьяненко, состоит в том, может ли вышестоящая судебная инстанция отменить решение по мотиву неправильного вывода нижестоящего суда о содержании оценочного понятия. Основания оценки, в принципе, продолжает автор, являются проверяемыми, однако такой контроль имеет свои особенности: во-первых, его непосредственным объектом является мотивировка данного толкования оценочного понятия (которая, впрочем, не всегда содержательно богата); во-вторых, процесс поиска смысла оценочного понятия сам не имеет устойчивых критериев (влияние на него оказывают самые различные факторы: соотнесение с принципами морали, разумности, добросовестности, справедливости, интересами третьих лиц и т. п.)⁴²⁹. Поэтому, отмечает В. В. Лазарев, случаи разрешения дел по усмотрению подлежат контролю скорее с точки зрения целесообразности, нежели за-

⁴²⁸ См. п. 12 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 25 октября 1996г. № 9 (в ред. Постановление от 6 февраля 2007 г.).

Следует заметить, что позиция представляет собой текстуальное воспроизведение нормы п. 2 ст. 83 СК РФ, в то время как от суждений высшей судебной инстанции хотелось бы получить рецепт толкования.

⁴²⁹ Лукьяненко М. Ф. Указ. соч. С. 144–145, 153–154.

конности⁴³⁰. Вышестоящий суд констатирует нецелесообразность усмотрения суда в форме конкретизации оценочного понятия (понятий), если указанную в правовой норме цель рациональнее достичь путем использования иного варианта⁴³¹.

§ 2. Несколько общих и специальных замечаний о толковании

С первой же строки следует заметить, что толкование является важнейшей составляющей деятельности по конкретизации правовой нормы и в ее команде – предпосылкой конкретизации правоотношения. В итоге же наших размышлений в качестве последней строки неизбежно явится определение о том, что грань между толкованием и созданием нормативной композиции (прецедента, доктринально-нормативного положения⁴³²) нередко почти или вовсе не различима, ибо количество фрагментов уяснения содержания «старого» правила может перерасти в качество правила нового.

В нашем случае, разумеется, речь идет только о судебном толковании (хотя оно иерархично и уже от того различно) и только о наиболее актуальных и интересных аспектах в рамках тематической цели, максимально векторной.

Избегнуть, однако, общих мест и сентенций не удастся. Так, К. М. Коркунов констатировал несколько вполне очевидных для современной теории идей: 1) чтобы применить нормы, надо прежде всего уяснить их смысл – это и составляет задачу толкования; 2) законодатель по неумелости или недосмотру может неточно выразить свою волю, но, поскольку «ошибка или неправильность языка не

⁴³⁰ См.: Лазарев В. В. Применение советского права. Казань, 1972. С. 146.

О соотношении законности и целесообразности при судебном усмотрении см. также: Боннер А. Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе. С. 56–64.

В частности, автор отмечает, что наиболее четко принцип целесообразности выражен в нормах уголовного права при решении вопроса о наказании; масса подобных норм содержится в семейном законодательстве и др.

⁴³¹ См.: Лукьяненко М. Ф. Указ. соч. С. 154.

⁴³² См. параграф о судебном прецеденте.

может служить источником права», ближайшей задачей толкования является выяснение воли законодателя⁴³³; 3) толкование непосредственно связано с правом данной страны и данного времени, поэтому применение иностранного закона «или хотя бы и нашего, туземного, но вновь изданного», весьма затруднено; 4) юридическая конструкция, как и иные, идеальна, но есть копия действительности (конструкции астрономии, кристаллографии и т. п. относительно таковы же), главное, чтобы она отвечала известным условиям для юридических конструкций, то есть была общей, полной, последовательной, простой и составляла бы элемент системы⁴³⁴.

Возможная степень ясности нормы, как и всякого изображения, подчеркивал Н. А. Гредескул, зависит от свойств изображаемого предмета, средств изображения и от «достоинства процесса изображения»; первое в исследуемой области отмечается большой сложностью, вторые⁴³⁵ — чрезвычайной гибкостью, с коей

⁴³³ На это же указывали также Д. И. Мейер и другие цивилисты. См.: Мейер Д. И. Русское гражданское право. Ч. 1. С. 178.

⁴³⁴ См.: Коркунов К. М. Лекции по общей теории права. СПб., 1898. С. 342–354.

В то же время И. Бентам (да и большинство ученых, анализирующих интерпретационную практику суда и судебное усмотрение в целом) выражал опасение «злоупотребленного» толка: «судья присваивает себе право объяснять закон, то есть представлять свою волю на место воли законодателя, тогда все становится произвольно и никто не может предвидеть, какое направление примет произвол судьи»; судья, «то сообразуясь с прямым смыслом закона, то объясняя закон, всегда может прикрыть свое лицепрятие или буквальным, или истолкованным смыслом закона. Таким образом, судья превращается в шарлатана, который, к великому удивлению зрителей, угощает из одной и той же бутылки то сладким, то горьким напитком». (См.: Бентам И. Избранные сочинения. Т. 1. СПб. 1867. С. 378–379.)

⁴³⁵ Автор имеет в виду прежде всего слово, которое в руках мастера способно «схватывать, как самые тонкие оттенки, так и самые грандиозные массивы мысли... Будучи, по своей природе, только сухим символом, оно, благодаря непрерывному и интимному соотношению с нашей психикой, пропитывается насквозь элементами последней и оказывается в нашем полном распоряжении». Гредескул Н. А. К учению об осуществлении права. С. 126.

надо умело обращаться, третье составляет характеристику законодателя и правоприменителя, чьи «руки» могут оказаться «неискусными», комкающими и уродующими «нежную материю... внутреннего смысла» предоставленных им средств выражения и познания правовой воли⁴³⁶.

Во всех сферах опыта, замечает Г. Л. А. Харт, в том числе и среди нормативных правил (сообщаемых нам как посредством авторитетного примера – прецедента, так и посредством общего языка – законодательства), «существует предел, заложенный в природе языка», ясные, но часто и неясные случаи; каноны «интерпретации» не могут до конца элиминировать эти неопределенности (хотя могут их уменьшить), ибо «эти каноны сами являются общими правилами по использованию языка и пользуются общими терминами, которые также требуют интерпретации»⁴³⁷. Конечно, каждый раз этот «круг» так или иначе размыкается, но, поскольку этих «кругов» бесконечно много, интерпретационная деятельность (как часть правоприменения) весьма напоминает «хождение по лужам под дождем», когда, вступая в одну из них, видишь перспективу намочить ноги, если не в ней, то в последующих.

Одной из центральных в толковании (герменевтике), отмечает В. Н. Карташов, является понятийная конструкция так называемого «герменевтического круга»: интерпретатор должен иметь в виду взаимосвязь целого и частей, когда целое познается через его части и наоборот; идея этого «круга» связывает процессы понимания и объяснения: чтобы понять, необходимо объяснить, но, чтобы объяснить, нужно понять⁴³⁸. Важное значение в герменевтике в процессе хождения по этому «кругу» и нахождения выходов и переходов в перекрещивающиеся пространства придается идее о понимании и объяснении как реконструкции текста и его логическом преобразовании

⁴³⁶ Гредескул Н. А. К учению об осуществлении права. С. 125–127.

⁴³⁷ См.: Харт Г. Л. А. Понятие права. СПб.: СПбГУ, 2007. С. 129.

⁴³⁸ См.: Карташов В. Н. Теория правовой системы общества. Т.1. Ярославль: ЯрГУ, 2005. С. 347. См. также: Герменевтика: история и современность (критические очерки). М., 1985; Гусев С. С., Тульчинский Г. Л. Проблемы понимания в философии. М., 1985. И др.

(это позволяет использовать и современные информационные технологии)⁴³⁹.

Следует, впрочем, заметить, что герменевтика, по гораздо более давнему замечанию Н. А. Гредескула, «одновозрастна» с теорией формальных доказательств в суде и «сродни ей по своему внутреннему существу; за то она и потерпела с ней одну и ту же участь»: абсолютно твердые правила вряд ли возможны в толковании и правоприменении в целом – отыскание истины везде есть процесс свободный⁴⁴⁰ и творческий, а творчество не поддается человеческому учету, оно есть следствие ничем не заменимого дара, хотя и существенно развиваемого трудом своего обладателя⁴⁴¹. В то же время Г. Ф. Шершеневич отмечал, что техника толкования под именем юридической герменевтики как род искусства со значительным схоластическим оттенком, усвоенным от средних веков, в XIX в. потеряла свой престиж, что, однако, не должно говорить против его возможности и целесообразности – утрачено доверие не к задаче, а способу ее разрешения. Не все уничтожено, продолжал автор, в некогда сложном здании юридической герменевтики; оставшееся по-прежнему облегчает уяснение смысла нормы права – при условии его согласования с материалом новейшего законодательства и доктрины⁴⁴².

В начале XX в. к юридической герменевтике если и не вернулась былая слава, то, по крайней мере, к ней вновь обратились с надеждой на технологическое «вспомоществование». Более того, некоторые авторы усмотрели в этом не возврат к традиции, а шаг вперед – к интеллектуальным инвестициям в виде новейших технологий исследования, среди которых и юридическая герменевтика, «омолодившаяся» вследствие неведомой нам «пластической» операции. Отличие ее от иных разновидностей герменевтики состоит, отмечает В. А. Суслов, во-первых, в коллизии законодателя и правоприменителя (первый стремится к максимальной однознач-

⁴³⁹ См.: Карташов В. Н. Указ. соч. С. 348.

⁴⁴⁰ См.: Гредескул Н. А. Указ. соч. С. 129.

⁴⁴¹ Там же. С. 97.

⁴⁴² См.: Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Т. 2. М., 1995. С. 297.

ности текста⁴⁴³, второй – к его интерпретации в свою пользу⁴⁴⁴); во-вторых, в специфичности объекта – самого текста, который для юридической герменевтики часто представляет результат коллективного разума со стертой индивидуальностью. При этом основным тезисом обоснованности актуальности герменевтики, продолжает автор, служит предположение о единственной мотивационной тенденции правоприменителя – стремлении к поиску и реализации смысла правовой нормы⁴⁴⁵. Далее автор излагает основы введения в данную технологию – от тезиса о тексте закона как средстве передачи правовой информации от законодателя к реализатору права и речи как втором носителе этой информации (например, в судебном процессе) – к предположению о двусмысленности обоих носителей и далее к способам дешифрации информации сообразно юридической ситуации⁴⁴⁶, что обнаруживает классическое открытие по типу «не знали, что говорим прозой», ибо доктринальные размышления о языке закона, способах его уяснения и интерпретации, в том числе и без использования «вывески» о герменевтике, не прерывались, а актуализация этой деятельности объективным образом проявилась в ходе преобразования и нарастания массива современного законодательства. Вернемся, однако, к «безгерменевтическому» изложению материала⁴⁴⁷.

О задачах, сущности, видах и приемах толкования размышляли многие видные правоведы, в том числе и цивилистические процессуалисты (от Е. В. Васьковского до А. Т. Боннера и далее бесконечно), поэтому одно только перечисление, а тем более аналитика

⁴⁴³ Спорное, кстати, утверждение, ибо иногда политически выгодно закладывать в текст закона двусмысленность или многозначность.

⁴⁴⁴ Что также спорно, ибо правоприменитель в разной степени умен, объективен и безупречен.

⁴⁴⁵ См.: Суслов В. А. Герменевтика права // Правоведение. 2001. № 5. С. 5–6.

⁴⁴⁶ Там же. С. 7–9.

⁴⁴⁷ В последнем тезисе нет никакой иронии. Поскольку наше сочинение посвящено теме, в которой аспект толкования составляет лишь небольшую часть объема, мы не акцентируем пристального внимания на формально-логических, герменевтических, онтологических, психологических и других технологиях толкования, богатого контекстами.

взглядов, «толстых и тонких» различий между авторскими позициями не только занимает много места и времени (это бы ладно), но и уводит нас в «дебри юридической амазонки» (там мы и сгинем). Ограничимся лишь некоторыми фамилиями и констатациями.

Так, Е. В. Васьковский писал: «При отсутствии обязательного разъяснения юристу приходится самостоятельно заняться исследованием смысла нормы, подвергнув ее толкованию, которое в отличие от легального именуется научным (доктринальным) или судебным, потому что его применяют юристы-теоретики при изучении права и судебные учреждения при разрешении дела»⁴⁴⁸. А. Ф. Черданцев подчеркивает, что толкование правовых установлений является неизбежным спутником правового регулирования, обслуживая не только языковую функцию нормативного сообщения, но и все правовые связи людей, в том числе и индивидуализированные, то есть «почти весь механизм правового регулирования»⁴⁴⁹. Под толкованием автор понимает и мыслительный процесс, «направленный на объяснение знаковой системы», и «результат этого процесса, выраженный в совокупности высказываний естественного языка, придающих указанной системе определенное значение (смысл)»⁴⁵⁰. В содержание этого процесса входят: объяснение спектра значений законодательных слов и их сочетаний, реконструкция содержания норм на основе лексических единиц языка, конкретизация смысла текста, доказательства и опровержение соответствующих тезисов других специалистов и госучреждений (как «коллективных» толкователей), итоговые оценки⁴⁵¹. Ученый формулирует 11 правил только языкового толкования текста закона, к коим мы и адресуем читателя⁴⁵²; констатирует причины интерпретации в праве: 1) необходимость конкретизации содержательных элементов норм, перевода абстрактности права в конкретику индивидуальной ситуации;

⁴⁴⁸ Васьковский Е. В. Руководство к толкованию и применению законов: Для начинающих юристов. М., 1913. С. 30.

⁴⁴⁹ См.: Черданцев А. Ф. Толкование права и договора. М.: Юнити, 2003. С. 108.

⁴⁵⁰ Черданцев А. Ф. Толкование советского права. М.: Юридическая литература, 1979. С. 5.

⁴⁵¹ Там же. С. 11–12.

⁴⁵² Там же. С. 39–43.

2) объективная потребность любого языка в интерпретации, несводимость логических норм к грамматическим; богатство, полисемичность его красок; 3) неодинаковость прочтения смысла словесных конструкций разными людьми⁴⁵³; 4) использование оценочных правовых понятий, требующих более трудоемкой расшифровки; 5) разнотипность и повествовательность законодательного стиля; 6) системная связанность содержания норм; и др.⁴⁵⁴

А. И. Бойко дополняет этот ряд: а) «банальной неаккуратностью парламента» (и других правотворцев, о чем с грустью писали многие правоведы)⁴⁵⁵; б) российской «наследственной стра-

⁴⁵³ Например, А. И. Ситникова демонстрирует нам подобные образцы, связанные с пониманием «псевдоясного» смысла нормы ч.3 ст. 20 УК РФ об исключении ответственности несовершеннолетних, имеющих отставание в психическом развитии («возрастная невменяемость», «ограниченная возрастная вменяемость») и т. д. См.: Ситникова А. И. Законодательная текстология и ее применение в уголовном праве. М.: Юрлитинформ, 2010. С. 45–46.

Впрочем, образцам этим несть числа во всех областях юриспруденции.

⁴⁵⁴ См.: Черданцев А. Ф. Указ. соч. С. 6–11.

Относительно систематического вида толкования А. И. Бойко подчеркивает необходимость поиска не только связей между нормами ближнего, но и дальнего круга, а также учета неравноценных и отдаленных связей правовых норм, их детерминацию неюридическими явлениями. См.: Бойко А. И. Язык уголовного закона и его понимание. М.: Юрлитинформ. 2010. С. 140.

⁴⁵⁵ Автор задается грустным, но риторическим вопросом: «Можно ли отечественных нормодателей сделать вменяемыми, а если да, то как?» Несмотря на «идеализм» задачи, к противодействию подобной филологической «невменяемости» должно подключиться гражданское общество и потребовать повышения качества и ответственности управленческой деятельности, в том числе посредством: а) возврата к жизни советской практики отзыва дефектных депутатов; б) введения в Регламент Федерального Собрания РФ правила об обязательном учете персональных ошибок депутатов; в) доведения этой информации до избирателей в канун выборов. (См.: Бойко А. И. Указ. соч. С. 255–256.)

Во-первых, не уверены, что это произведет должное впечатление на избирателей. Во-вторых, к сожалению, эти предложения относятся к разряду «гласа вопиющего» в известной всем географической местности.

стью к заимствованию импортных слов и терминов», особенно на изломах истории (когда «лексическая неумеренность становится нормой, в человеке просыпается обезьянка» (И. А. Бунин), а неэволюционное зазнайство требует обычно терминологического удовлетворения» и получает его за пределами разумно необходимого; в) особенностями законодательной техники конкретной отрасли права, а также ее приоритетными принципами⁴⁵⁶.

А. И. Ситникова обращает также наше внимание на то, что законооведами не учитывается дихотомия языка и речи: «язык закона и письменное произведение в форме законодательного текста рассматриваются ими как взаимосвязанные явления эпизодически, в результате интуитивного использования словосочетания "текст закона" вместо термина "закон"»⁴⁵⁷.

Немало работ посвящено законодательной стилистике, технике и тактике. Например, С. С. Алексеев определяет первую как систему «приемов наиболее целесообразного использования языковых средств в нормативных документах»⁴⁵⁸. О нормативном языке сделаны заявления и самими правотворцами. Так, еще в постановлении ВЦИК и СНК СССР от 29.07.1928 г. сформулированы остающиеся актуальными требования к законодательным текстам⁴⁵⁹. Под техникой толкования понимается набор соответствующих средств, тактикой – способы и правила⁴⁶⁰.

⁴⁵⁶ Например, для уголовного права характерно: более значительное присутствие оценочных нормативов; сложность структуры УК; альтернативность норм; бланкетность многих составов; запрет поворота к худшему, гуманистическое прочтение норм о наказаниях и др. См.: Бойко А. И. Указ. соч. С. 139–145.

⁴⁵⁷ Ситникова А. И. Указ. соч. С. 42.

⁴⁵⁸ Алексеев С. С. Общая теория права. М., 2008. С. 497. Подробный анализ взглядов см.: Ситникова А. И. Указ. соч. С. 43 и след.

⁴⁵⁹ См.: Бойко А. И. Указ. соч. С. 131.

⁴⁶⁰ Подробнее об этом см., например: Керимов Д. А. Законодательная техника. М.: Норма, 2000. С. 17–18, 58–70, 114–120; Кругликов Л. Л. О понятии законодательной техники // Проблемы теории уголовного права. Ярославль: ЯрГУ, 2010. С. 83–128; В. Н. Карташов. Указ. соч. С. 366–379; Иванчин А. В. Законодательная техника и ее роль в российском уголовном правотворчестве. М.: Юрлитинформ, 2011. С. 38–57.

Среди относительных новшеств из области не только собственно толкования, но и правопонимания в целом следует отметить явление «топической юриспруденции», взаимодействующей с юриспруденцией «логической», аналитической⁴⁶¹ или дополняющей ее. Так, на базе риторического анализа решений и толкований различных высших судебных инстанций А. К. Соболева рекомендует к внедрению целый комплект топов для раскодирования смыслов законодательных текстов: максимы права (фундаментальные положения, исходные принципы с силой аксиом); «буква» закона (интерпретация закона по «явному смыслу»); намерение законодателя⁴⁶²; цель закона; эволюция нормы; принципы, концепции, доктрины; социальные ценности; научные данные; социальные теории; статистика; здравый смысл (как «последняя капля» в чашу аргументации на основе топов-доминантов)⁴⁶³.

Нетрудно заметить, что потенциал «топической юриспруденции», как его понимает А. К. Соболева, а вслед за ней и полагающий себя близким по мировоззренческому духу А. И. Бойко⁴⁶⁴, завораживает. Нетрудно заметить и то, что «топический комплекс» в ряде своих элементов близок классическому толкованию и правопониманию. Наконец, нетрудно заметить исключительную сложность данного познавательного жанра, овладение которым требует основательных интеллектуальных усилий правоприменителя, потенциал коих заложен в его способностях и образовании (о правотворителе в лице законодателя здесь речи

⁴⁶¹ Одна из первых апологетов этого направления, А. К. Соболева, опираясь на суждения Д. Стоуна о трех направлениях в исследованиях права – аналитической юриспруденции (союза права и логики), этической юриспруденции (тандема права и нравственности), социологической юриспруденции (союза права и социума) – призывает признать и четвертое, то есть топическую юриспруденцию, эпицентром которой является сплав права и риторики. См.: Соболева А. К. Топическая юриспруденция. М.: Добросвет, 2001. С. 13 и след.

⁴⁶² Об этом довольно подробно также рассуждает А. Барак. (Барак А. Судейское усмотрение. С. 81 и след.)

⁴⁶³ См.: Соболева А. К. Указ. соч. Гл. 2.

⁴⁶⁴ А. И. Бойко весьма подробно и весьма заинтересованно анализирует работу А. К. Соболевой. См.: Бойко А. И. Язык уголовного закона и его понимание. С. 190–202.

нет ввиду ограниченности темы нашего сочинения, а также в связи со своеобразными механизмами его призыва на службу в парламент)⁴⁶⁵.

В качестве резюме А. К. Соболева формулирует несколько обобщений: топический метод расширяет горизонты понимания жизни права, взаимодействия права, социальных норм, политики, философии, языка; топы – не иллюзорны, они – дисциплинирующие правила интерпретационной практики; каталог юридических топов эластичен и стабилен одновременно; правила языка лишь видимая часть «айсберга», существуют и другие правила «рождения значения»; топика претендует не столько на истинную интерпретацию, сколько на адекватную; она выступает триединым «фронтом» – как средство анализа проблемы, как теория аргументации и как теория интерпретации текстов⁴⁶⁶.

Несмотря на определенное преувеличение («перехлест») значения данной технологии (методологии?), топическая юриспруденция, отмечает А. И. Бойко, «свежо смотрится на консервативном в целом поле правоведения и способна частично преобразить его»⁴⁶⁷. Добавим: посеять и взрастить экологичные и полезные результаты в исследуемой области.

Яркие и убедительные образцы судебного толкования всех видов – от буквального до исторического – предлагает нам А. Т. Боннер, к каковым и отправляем заинтересованного читателя⁴⁶⁸. Наше же внимание обратим на наиболее значимые толковательные композиции из области семейного права.

Методом систематического толкования правоприменитель вынужден (в нашем случае – в лице суда) собирать по «сусекам» признаки используемых в семейном законодательстве понятий,

⁴⁶⁵ В связи с внедрением нового образовательного стандарта (ФГОС-3), предусматривающего учебную дисциплину «Ораторское искусство юриста», эта образовательная задача несколько облегчится. Так, на нашем юридическом факультете (приступившем к обучению по ФГОС-3 уже в 2010/2011 учебном году) попытки изучения основ топики в рамках означенного предмета уже предпринимаются.

⁴⁶⁶ См.: Соболева А. К. Указ. соч. С. 207 и след.

⁴⁶⁷ См.: Бойко А. И. Указ. соч. С. 202–203.

⁴⁶⁸ См.: Боннер А. Т. Применение нормативных актов... С. 7–31.

ибо, как мы отмечали в главе о семейно-правовых нормах, дефинитивная составляющая в этой области крайне бедна⁴⁶⁹. В то же время очевидно, что в большинстве случаев правотворческие «технологии» должны не прибегать к дефинированию, а искать опору в: 1) общеизвестности смысла используемого термина («взаимное уважение»); 2) бланкетной фиксации его характеристик («хронический алкоголизм», «хроническая наркомания», «ребенок-инвалид», «нетрудоспособность», «достоверные доказательства» и т. д.); 3) подчеркивании ключевых свойств, перечислении примеров-образцов («вещи индивидуального пользования (одежда, обувь и др.)», «ребенок в экстремальной ситуации (задержание, арест, заключение под стражу, нахождение в лечебном учреждении и др.)», «жестокое обращение с детьми, в том числе физическое насилие над ними, покушение на их половую неприкосновенность и т. п. »).

Историческое толкование позволяет избежать правоприменительных ошибок или точнее понять подоплеку того или иного «странного» указания закона. Примером первого рода служит контекст правила п. 2 ст. 10 СК РФ о юридической силе только зарегистрированного брака, ибо следует помнить о почти 18-летнем периоде (1926–1944 гг.) признания и защиты фактических брачных отношений, что остается актуальным по делам об установлении факта фактического брака российских долгожителей⁴⁷⁰. Примером второго рода – положения ст. 49–50 СК РФ об установлении отцовства: стратегическая идея ст. 49 об ограничении судебного познания и доказывания по делам об установлении отцовства только общими правилами относимости и допустимости доказательств с целью обнаружения главного искомого фак-

⁴⁶⁹ И в указанной главе, и в текущем параграфе мы не ставим перед собой задачу дать необходимые дефиниции и истолковать все ключевые оценочные понятия – для этого потребуются специальное тематическое исследование.

Наша задача – обострить проблему и продемонстрировать некоторые варианты ее решения.

⁴⁷⁰ Соответствующие иллюстрации см., например: Судебная практика по семейным спорам / под ред. П. В. Крашенинникова. М.: Статут, 2008. С. 140–141, 143–144.

та (происхождения ребенка от данного мужчины) наталкивается на тактическое противодействие в лице нормы ст. 50 СК РФ об ограничении перечня доказательственных фактов лишь обстоятельством признания отцовства – по делам особого производства об установлении факта отцовства умершего лица. Кроме того, вопреки всей традиции ГПК РФ и СК РФ не ссылаться в каждом типовом случае на необходимость достоверности доказательств, в тексте ст. 49 СК РФ это проделано, что у кого-то может вызвать недоумение, а у кого-то – осведомленного об истории вопроса – горькую, ироничную усмешку. Означенное указание ст. 49 и ограничение ст. 50 СК РФ объясняется экзерсисами российского законодательства в вопросе узаконения внебрачного отцовства (свобода судебного усмотрения – ограничение – запрет – существенно ограниченная свобода и т. д.), на что мы уже обращали внимание ранее в связи с другими исследовательскими задачами. Разночтения положений ст. 49 и ст. 50 СК РФ разрешены Верховным Судом РФ⁴⁷¹ без аналитики одного – максимально просто: в случае смерти предполагаемого отца 1) факт признания умершим своего отцовства (ст. 50) может быть установлен судом; 2) суд вправе установить факт отцовства по правилам ст. 49 СК РФ. У суда при таком разъяснении есть ответ на главный вопрос – о возможности обнаружения и оценки любых доказательственных фактов, позволяющих сделать вывод о связи по происхождению ребенка и умершего лица (в том числе применив историческую аналогию ст. 48 о таковых фактах, КоБС РСФСР, которые в настоящее время составляют «квалифицированное большинство»). Но суду остается неясным соотношение значений общего указания на любые разумные (достоверные) сведения, в том числе и о факте признания (по ст. 49) и специального указания на особое значение последнего (по ст. 50). Подтверждение же Верховным Судом призыва законодателя о необходимой достоверности любых из них равно голословному призыву к усмотренческой осторожности в «мировом масштабе», ибо ничем, кроме рудимен-

⁴⁷¹ См. п. 4–5 Постановления Пленума ВС РФ от 25 октября 1996 г. № 9 «О применении судами Семейного кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел об установлении отцовства и взыскании алиментов» (в ред. Постановления от 6 февраля 2007 г. № 6).

тарной негативной позиции 40–60-х годов XX в. относительно внебрачных связей и внебрачного родительства, как мы уже отмечали ранее, подобную «озабоченность» не объяснить.

Среди объектов толкования в каждом отраслевом законодательстве, кроме основных понятий, нуждающихся в дефиниции, произрастают такие «животворные» конструкции, которые, обладая не меньшей (а иногда и большей) значимостью, нежели первые, по классическому канону не дефинируются, но нуждаются в различном (филологическом, логическом, историческом, систематическом и др.) уяснении смысла и «духа».

Именно к таким в семейно-правовой сфере относится конструкция «интересы ребенка». Она пронизывает все институты семейного законодательства; в институте брака присутствует в бракоразводных нормах⁴⁷² (п. 2 ст. 23 СК РФ и др.), правилах раздела общесупружеского имущества («отступить от начала равенства... исходя из интересов несовершеннолетних детей» – п. 2 ст. 39 СК РФ). Значима она и для алиментных правоотношений. В институте же родительства, детства и опеки эта конструкция представляет собой «ключ», которым открывают «дверь» правосудного решения (ст. 56, 57, 59, 64, 65, 66, 68, 141, 148 и др. ст. СК РФ).

А. И. Пергамент, размышляя о ее содержании, подчеркивала, что, осуществляя свои права по воспитанию детей, родители одновременно удовлетворяют и свои интересы; в нормальной ситуации они совпадают с интересами детей, хотя и «не могут быть поставлены в один ряд»⁴⁷³, в том числе и потому, что интересы родителей, преломляясь в их праве-обязанности, имеют характер долженствования⁴⁷⁴.

⁴⁷² При признании брака недействительным эта формула модифицируется в «интересы несовершеннолетнего супруга» (п. 2 ст. 29 СК РФ), который *de jure* остается ребенком, ибо брачный возраст ему законным путем не снижен.

⁴⁷³ См.: Пергамент А. И. Родительские права // Советская юстиция. 1962. № 21. С. 6–7.

⁴⁷⁴ Нами дается не текстуальное, но, надеемся, правильное изложение мысли автора. См.: Пергамент А. И. Родительские права и обязанности // Ленинские идеи и новое законодательство о браке и семье. Саратов, 1969. С. 26–27.

Основу интересов детей, отмечает А. М. Нечаева, составляет их надлежащее воспитание (а не степень материальной обеспеченности)⁴⁷⁵. К предпосылкам такового автор относит личные качества родителей (и других попечителей – в широком смысле слова), их способность быть воспитателями, род их профессиональных занятий (наличие времени и энергии для заботы о ребенке), семейное положение и связанность обязательствами с другими членами семьи, в определенной мере – материальное положение⁴⁷⁶.

Ю. Ф. Беспалов также акцентирует внимание на надлежащем воспитании и создании системы условий для реализации прав ребенка. «Интерес детей соотносится с предельными возможностями использования родителями права на воспитание и содержание ребенка»⁴⁷⁷. Автор определяет интерес ребенка как его потребность в создании условий, необходимых для содержания и благополучного развития, подготовки к самостоятельной жизни⁴⁷⁸.

По мнению В. Н. Леженина, надлежащая воспитательная деятельность должна быть направлена на выполнение всех элементов воспитания, строиться на взаимопонимании с ребенком и правильно избранных методах воздействия с учетом его возраста⁴⁷⁹.

Завершая обобщение доктринального толкования рассматриваемой конструкции, обратимся к позиции О. Ю. Ильиной: 1) интересы ребенка есть степень нормативно-правового выражения взаимоотношений ребенка, родителей и государства (последнее также заинтересовано в надлежащем воспитании детей родителями и другими попечителями); 2) определение интересов многовариантно; к факторам объективного порядка относятся социально-экономические условия, государственная политика

⁴⁷⁵ См.: Нечаева А. М. Семейное право. М.: Юрайт, 2010. С. 98; Ее же. Споры о детях. М.: Юридическая литература, 1989. С. 5.

⁴⁷⁶ См.: Нечаева А. М. Семейное право. С. 100–102; ее же. Споры о детях. С. 17–28 и след.

⁴⁷⁷ Беспалов Ю. Ф. Некоторые вопросы реализации семейных прав ребенка (теория и практика). Владимир, 2001. С. 12.

⁴⁷⁸ Там же.

⁴⁷⁹ См.: Леженин В. Н. Правовые вопросы семейного воспитания детей. Воронеж, 1992. С. 81.

в отношении воспитания детей и т. д., а субъективного порядка – взгляды попечителей на цели, формы и средства воспитания, осознание самим ребенком своих интересов, возраст ребенка и др.; 3) интересы ребенка есть критерий качества осуществления родителями (попечителями) своих прав и обязанностей.

В итоге автор дефинирует эту конструкцию как субъективно обусловленную «потребность ребенка в благоприятных условиях его существования, находящую объективное выражение в реализации родителями своих прав и обязанностей, предусмотренных семейным законодательством»⁴⁸⁰.

Думается, с одной стороны, нам представлен и «препарирован» достаточно ясный срез объекта исследования. Однако констатация существенных элементов конструкции «интересы ребенка», на наш взгляд, нуждается в уточнении и обсуждении. Во-первых, очевидно, что следует расширить круг субъектов их объективации (реализации) за счет всех других попечителей, а также тех субъектов семейного права (например, близких родственников, свойственников типа отчима или мачехи), которые имеют право на общение с ним или реализуют воспитание на фактической основе (семейная забота о ребенке мачехи или отчима в полной семье опекой не оформляется). Во-вторых, акцент на реализацию потребности ребенка в «благоприятных условиях существования» не исчерпывает всей объективации этой потребности, ибо в соответствии с нормами ст. 56–57 СК РФ ребенок вправе выражать свое мнение при решении всех вопросов, затрагивающих его интересы, с 10 лет давать согласие на совершение ряда семейно-правовых актов, имеет право на защиту своих интересов от злоупотребления родителей и иных попечителей (с 14 лет – самостоятельно), то есть из пассивного обладателя потребности он превращен законодателем в относительно активного ее реализатора – на «паях» с родителями и иными попечителями.

Толкование данного постулата осуществляется и в высшей судебной инстанции – в определенной зависимости от категории дела, то есть с констатацией общих (универсальных) представле-

⁴⁸⁰ Ильина О. Ю. Интересы ребенка в семейном праве Российской Федерации. М.: Городец, 2006. С. 27.

ний о существовании интереса ребенка и факторах, учитываемых при разрешении судом споров о детях, и особенных обстоятельств, ориентированных на конкретный вид спора. Так, при решении вопроса о месте жительства ребенка при раздельном проживании родителей судам предписывается принимать во внимание возраст ребенка, его привязанность к каждому из родителей, братьям и сестрам и другим членам семьи, нравственные и иные качества родителей, характер отношений, существующих между каждым из родителей и ребенком, возможность создания условий ребенку для воспитания и развития (с учетом рода деятельности и режима работы родителей, их материального и семейного положения, имея, однако, в виду, что преимущества материально-правового характера не относятся к решающим), а также другие обстоятельства, характеризующие обстановку в месте проживания каждого из родителей (п. 5 Постановления⁴⁸¹).

При рассмотрении споров о возрасте ребенка (ч. 1 п. 1 ст. 68 СК РФ) суд, наряду с перечисленными факторами, опираясь на правило о преимущественном праве родителей (п. 1 ст. 63 СК РФ), должен акцентировать внимание на выявлении реальной возможности родителя обеспечить надлежащее воспитание ребенка и на условиях его жизни у фактических воспитателей (п. 6). В спорах о порядке общения с ребенком отдельно проживающего родителя (и других субъектов, имеющих право на общение с ребенком) акцент сдвигается на состояние здоровья ребенка, его привязанности, исключение обстоятельств, способных оказать негативное воздействие на физическое и психическое здоровье ребенка, его нравственное развитие (п. 8). При рассмотрении дел о лишении или ограничении родительских прав интересы ребенка «просвечиваются сквозь призму негативного на него воздействия ответчика (ответчиков) и соответствия этим интересам возможных мер превенции (с предоставлением родителям возможности исправить свое отношение к ребенку – п. 11–13). Соответственно при опросе ребенка (если суд сочтет его необходимым) выявля-

⁴⁸¹ См.: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 10 от 27.05.1998 (в ред. Постановления от 6 февраля 2007 г. № 6) «О применении судами законодательства при разрешении споров, связанных с воспитанием детей.

ются факты осознания им своих интересов, воздействия на него одного из родителей (обоих родителей и других заинтересованных лиц – п. 20).

По делам об установлении усыновления акцент неизбежно сдвигается на изучение личности кандидата (кандидатов), их семейных, материальных и бытовых условий проживания, совместимость психogramm будущих субъектов отношений усыновления. При этом именно в Постановлении № 9 от 04.07.1997 г. «О применении судами законодательства об установлении усыновления» Пленум Верховного Суда РФ напрямую фиксирует толкование интересов ребенка (с точки зрения, видимо, их главной компоненты) – «обеспечение условий, необходимых для его полноценного физического, психического и духовного развития» (п. 14)⁴⁸².

Если проанализировать степень креативности в приведенных суждениях высшей судебной инстанции (по сравнению с текстом семейного закона, который, как мы уже отмечали, нередко просто переносится в текст постановления), то, во-первых, действительно, наблюдаются совпадающие текстовые элементы: п. 1 ст. 63, ч.2 п. 1 ст. 65, ч.2 п. 1 ст. 66, п. 2 ст. 68, п. 2 ст. 146 СК РФ. Во-вторых, в отдельных случаях положения закона не прокомментированы, например о конфликте интересов ребенка и родителей. (п. 2 ст. 64 СК РФ)⁴⁸³. Полагаем, что речь идет не только о достаточно очевидных случаях из области имущественных отношений, но и об отношениях личного порядка (например, при решении вопроса о дополнительном образовании, изменении фамилии и т. д.). Наконец, третьих, высшая судебная инстанция предложила и дополнительные критерии для принятия правосудного решения – о личностных характеристиках родителей, возрастных и иных особенностях ребенка, качестве⁴⁸⁴ его привязанности к каждому родителю и другим членам семьи и т. д. Тради-

⁴⁸² Бюллетень Верховного Суда РФ. 1997. № 9. Дополнения в постановление см.: Там же. 2007. № 10.

⁴⁸³ В качестве одной из иллюстраций см., например, дело об определении места жительства ребенка: Комментарий судебной практики по семейным спорам / отв. ред. Ю. Ф. Беспалов. М.: Юрайт, 2011. С. 144–150.

⁴⁸⁴ Мы намеренно не употребляем «степень», поскольку этот термин характеризует скорее количественную сторону.

ционно обойден сложный вопрос о гендерных преимуществах. Между тем известно, что на разрешение спора о месте проживания ребенка влияет правоприменительная презумпция на оставление у матери малолетнего ребенка⁴⁸⁵ и, в последние годы особенно, материальное и общественное положение отца, а также применяемые родителями психологические эксперименты над ребенком с целью обеспечения его симпатии («привязанности»). Видимо, пришло время для более содержательного обновления рассматриваемых актов толкования⁴⁸⁶.

В толковании нуждается такой частный подвид конструкции, как «интересы несовершеннолетнего супруга» при рассмотрении судом дела о признании брака недействительным. В соответствующем постановлении⁴⁸⁷ об этом нет ни полслова. Между тем формула закона о праве суда отказать в иске, если этого требуют интересы несовершеннолетнего супруга («ребенка», которому не снижен брачный возраст⁴⁸⁸), а также при отсутствии его согласия на признание брака недействительным (п. 2 ст. 29 СК РФ), нуждается в толковании. Во-первых, не вполне ясна трактовка интересов. Если использовать правоприменительную аналогию нормы о снижении брачного возраста, то, видимо, речь идет о беременности или рождении ребенка⁴⁸⁹. Однако при сопряжении формул «интересы несовершеннолетнего» и «отсутствие его согласия на признание брака недействительным» мы воистину теряемся в догадках, тем более что и первое, и второе условия находятся в рамках судебного усмотрения, которое должно мотивироваться.

⁴⁸⁵ А. М. Нечаева весьма обстоятельно рассматривает этот аспект в своих работах. (см., например: Нечаева А. М. Споры о детях. С. 12–14. См. также: Судебная защита семейных прав / под ред. Н. М. Костровой. М.: Городец, 2008. С. 225–227).

⁴⁸⁶ Дополнения в постановление № 10 в 2007 г. не исчерпали потребности практики.

⁴⁸⁷ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 05.11.1998 г. (в ред. от 06.02.2007 г. № 6).

⁴⁸⁸ Судебным решением как бы осуществляется «возврат в детство».

⁴⁸⁹ М. В. Антокольская предполагает и третье: возникновение чувства привязанности к другому супругу (см.: Антокольская М. В. Семейное право. М.: Юрист, 1997. С. 129).

Следует заметить, что для семейного законодательства опора на охраняемые законом интересы характерна в принципе и контексты этой конструкции, как мы уже частично убедились, специализируя ее содержание применительно к категориям дел, имеют определенные различия. Так, при разделе общесупружеского имущества интересы детей состоят в оптимальном обеспечении их жизненно важных, значимых потребностей, которые удовлетворяются двумя различными способами: 1) исключением из описи делимого имущества «детских вещей»(одежды, обуви, школьных и спортивных принадлежностей, музыкальных инструментов, детской библиотеки и т. д.⁴⁹⁰) и вкладов на имя несовершеннолетних детей (п. 5 ст. 38 СК РФ); 2) отступлением от равенства долей (п. 2 ст. 39 СК РФ) при определении судьбы жилища⁴⁹¹, имущества, необходимого для образования ребенка (например, при определенных обстоятельствах – ПК, DVD и т. п.), специального жизнеобеспечения ребенка-инвалида (скромной машины, необходимой для его перемещения в школу, медицинское учреждение и т. д.) и др.

«Заслуживающий внимания интерес одного из супругов», кроме двух ситуаций, непосредственно указанных в законе (п. 2 ст. 39 СК РФ), может означать: профессиональный интерес (в случае, если предмет профессионального труда, например музыкальный инструмент, является уникальным и имеет очень высокую стоимость); жизнеобеспечительный интерес для супруга-инвалида (с учетом содержания алиментного обязательства) и т. п.

Институт алиментных обязательств также знает несколько оценочных понятий, нуждающихся в толковании: нуждаемость и достаточность средств как юридические факты для возникновения, изменения или прекращения алиментирования, недостойное поведение или непродолжительное пребывание в браке как основания для освобождения от алиментной обязанности или ограничения ее определенным сроком (ст. 92 СК РФ). Из всех перечисленных оце-

⁴⁹⁰ По одному из дел «детской вещию», например, признан детский мебельный гарнитур, первоначально включенный в долю истца, а не ответчицы, с которой проживают дети (см.: Комментарий к судебной практике по семейным спорам. С. 83–84).

⁴⁹¹ См.: Комментарий к судебной практике по семейным спорам. С. 87–88.

ночных понятий высшая судебная инстанция комментирует лишь одно: как недостойное поведение может рассматриваться злоупотребление истцом спиртными напитками или наркотическими веществами, жестокое отношение к членам семьи, иное аморальное поведение в семье (бывшей семье)⁴⁹². Между тем первое обстоятельство составляет самостоятельное основание ст. 92, но может включаться в перечень вариантов п. 2 ст. 119 СК РФ, что требует дифференцированного разъяснения. Что касается молчания по поводу других характеристик, то это вызывает не только сожаление, но и недоумение, тем более что текст соответствующего постановления традиционно изобилует буквальным пересказом (а не буквальным толкованием) семейного закона.

§ 3. Аналогия права и закона как усмотренческая деятельность

Ввиду непостижимости и изменчивости бытия пробельность в праве — явление очевидное и объективное.

Даже тогда, отмечал Н. А. Гредескул, «когда удастся толкованием нормы довести ее до надлежащей объективной и субъективной ясности, — этим все же не будет исчерпана та предварительная работа», которая может понадобиться для конкретизации нормы, то есть ее применения к реальному случаю; жизнь постоянно удаляется, «убегает» от нормы, и при применении права мы наталкиваемся на новые факты, которые законодатель не предвидел; но он высказался о многих других, им относительно подобных, поэтому следует к ним обратиться, взвесить их на сходство и использовать по аналогии имеющуюся норму — желательно с «ближайшего пункта». Когда его не оказывается, продолжал автор, приходится привлекать к рассмотрению принцип, широкий круг принципов, а иногда и все законодательство — с точки зрения его общего духа⁴⁹³. При этом автор уточнял, что факты могут быть не только «новыми», но и «старыми», так как упущения законодателя неизбежны и в настоящем времени из-за разнообразия жизни⁴⁹⁴.

⁴⁹² П. 20 Постановления № 9 от 25.10.1996 г.

⁴⁹³ См.: Гредескул Н. А. Указ. соч. С. 131–133.

⁴⁹⁴ Там же. С. 134

«Как известно, – замечает А. Н. Верещагин, – правовая аналогия отличается от расширительного толкования тем, что последнее стремится привести язык закона в соответствие с намерением законодателя, в то время как аналогия предполагает отсутствие конкретного намерения, и уже делом суда является завершить план, во всем остальном намеченный законодателем. Даже если аналогия прямо дозволяется законом, это не исключает и не умаляет ее творческой сущности»⁴⁹⁵.

В. В. Лазарев обращает наше внимание на существование «полных» и «неполных» пробелов⁴⁹⁶. Однако, возражает ему С. С. Алексеев, это явления настолько разнородные, что, «одев» их в общее понятие «пробел», мы обедним последнее; первый является социальной проблемой, касающейся содержания правового регулирования, и снимается только его законодательным усовершенствованием, второй (пробел в праве в собственном смысле) – социально-юридической проблемой, решаемой правоприменителем различными способами, в том числе аналогией⁴⁹⁷.

П. Е. Недбайло отмечает, что в качестве пробела можно рассматривать неполноту в содержании права лишь «в отношении фактов общественной жизни, находящихся в сфере правового регулирования»⁴⁹⁸. Однако, замечает А. Т. Боннер⁴⁹⁹, такое понимание пробела приемлемо для области материального права, но не оптимально, например, для гражданского процесса: при означенной версии все, что имеет отношение к осуществлению правосудия, но не отражено в нормах процессуального права, следует относить к пробелам – это не совсем так. Автор полага-

⁴⁹⁵ Верещагин А. Н. Судебное правотворчество в России: Сравнительно-правовые аспекты. М.: Международные отношения, 2004. С. 101.

⁴⁹⁶ См.: Лазарев В. В. Пробелы в праве. Казань: КазГУ, 1969. С. 67; Общая теория права и государства / под ред. В. В. Лазарева. М.: Норма, 2010. С. 278.

⁴⁹⁷ См.: Алексеев С. С. Проблемы теории права. Т. 2. Свердловск, 1973. С. 263.

⁴⁹⁸ Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм. М.: Госюриздат, 1960. С. 456.

⁴⁹⁹ См.: Боннер А. Т. Применение нормативных актов... С. 71.

ет более приемлемым понимание пробела как неурегулированности конкретной нормой права отношений, закрепленных в его общей норме (И. Сабо)⁵⁰⁰, или как отсутствие в законе указания о правовых последствиях случая, имеющего согласно закону юридическое значение (С. В. Курылев)⁵⁰¹. Впрочем, нетрудно заметить, что существенного расхождения между означенными авторскими позициями нет: нахождение в «среде правового регулирования» и «общей норме» соотносится, на наш взгляд, как общее и «менее общее» («частным» случаем второй вариант именовать нельзя).

В. В. Лазарев подчеркивает, что пробелы не следует путать с «квалифицированным молчанием законодателя, когда он намеренно оставляет вопрос открытым, воздерживается от принятия нормы, показывая тем самым нежелание ее принимать, относя решение за пределы законодательной сферы»⁵⁰². В. М. Баранов уточняет акценты данной технологии: квалифицированное молчание есть нормальное средство правообразования, позволяющее решить дело на стыке с нормами морали, обычаями, корпоративными и даже религиозными нормами⁵⁰³.

Пробел тесно связан с правотворческими ошибками, хотя, как мы уже отмечали, безусловно, не является следствием лишь последних⁵⁰⁴. Среди них могут быть ошибки законода-

⁵⁰⁰ См.: Сабо И. Социалистическое право. М.: Прогресс. 1964. С. 271.

⁵⁰¹ См.: Курылев С. В. Значение конкретных обстоятельств дела при применении норм советского права // Труды Иркутского университета. Т. 39. Иркутск, 1965. С. 211.

⁵⁰² См.: Теория права и государства/ Под ред. В. С. Нерсесянца. М., 2002. С. 434.

⁵⁰³ См.: Баранов В. М. «Квалифицированное молчание законодателя» как общеправовой феномен (К вопросу о сущности и сфере функционирования пробелов в праве) // Пробелы в российском законодательстве. М., 2008. С. 76, 78.

⁵⁰⁴ В частности, в юридической науке ее квалифицируют как первоначальную пробельность в отличие от последующей; вторая является следствием существенных изменений в урегулированных правом отношениях или появления новых (см., например: Иоффе О. С., Шаргородский М. Д. Вопросы теории права. М.: Госюриздат, 1961. С. 308–369. И др.)

тельной техники, пробелы логико-формального и внутрисистемного характера, а также ситуации внешней коллизии⁵⁰⁵.

Разумеется, классическим и безупречным способом ликвидации пробелов является, как мы уже отмечали, правотворчество, в том числе судебное, но также и субсидиарное применение норм смежной (родственной) отрасли права, использование юридического обычая (например, в «обрядовой» стороне судопроизводства)⁵⁰⁶ и, разумеется, аналогия закона и права. Всяческая деятельность по восполнению пробелов, отмечает С. С. Алексеев, относится к индивидуальному поднормативному регулированию, или «усмотрению»⁵⁰⁷.

При этом в юридической теории (в частности, немецкой) выделяются **скрытые** и **открытые** пробелы. Первый имеет место в том случае, когда нормативно-правовое предписание вопреки смыслу его формулировки, но согласно внутренне присущей закону цели правового регулирования нуждается в определенной мере ограничения, которое отсутствует в тексте этого закона. Немецкие юристы имеют востребованный для преодоления скрытого пробела способ «телеологической редукции» – ограничение сферы применения правового предписания в соответствии с его целью⁵⁰⁸; российские юристы полагают его разновидностью ограничительного толкования. Соответственно «открытый» пробел в законе состоит в отсутствии в его тексте подлежащего применению предписания, хотя согласно цели правового регулирования такое предписание в этом законе должно содержаться⁵⁰⁹. Такой пробел преодолевается аналогией.

⁵⁰⁵ Подробно о правотворческих ошибках см., например: Баранов В. М. Истинность норм советского права. Саратов, 1989. С. 357 и след.; Лазарев В. В. Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974. С. 10 и след.; Поленина С. В. Качество закона и эффективность законодательства. М., 1993. С. 38–56; Кауфман М. А. Пробелы в уголовном праве и судебное усмотрение. М.: Юрлитинформ, 2009. С. 161 и след.

⁵⁰⁶ См.: Боннер А. Т. Указ. соч. С. 85, 135.

⁵⁰⁷ См.: Алексеев С. С. Указ. соч. С. 267.

⁵⁰⁸ Об изложенной позиции (К. Larenz, С. Kanaris) см.: Крашенинников Е. А., Байгушева Ю. В. Выдача и объем полномочий // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2011. № 1. С. 83.

⁵⁰⁹ Там же – с опорой на позиции указанных немецких авторов. С. 84.

Аналогия, в отличие от иных способов преодоления правовой пробельности, в основе своей представляется временным преодолением лакун в рамках правоприменительного процесса, актом индивидуальным и не имеющим обязательной силы для будущих сходных случаев. «Однако, – замечает А. И. Бойко, – чрезвычайная медлительность парламента, помноженная на высокую социальную цену оперативного юридического реагирования и большое количество жизненных комбинаций, не урегулированных правом, может привести к тому, что решение по аналогии приобретет со временем силу прецедента»⁵¹⁰. Собственно, прецедентный контекст аналогии уже признается доктриной и практикой⁵¹¹.

Для правильного применения аналогии (прежде всего закона) недостаточно условий, отмечает В. Н. Карташов, вытекающих из ее логической природы, необходим набор условий специально-юридического типа: 1) пробел является действительным, а не мнимым; 2) отношения в принципе находятся в сфере правового регулирования (по своим существенным характеристикам); 3) в законодательстве имеется предписание, регулирующее сходное отношение (ситуацию), совпадающее с «клиентом» по указанным характеристикам; 4) использование аналогии не разрушает идеал законности, следует в русле отрасли права, принципов национального права, признанных норм и принципов международного права, а также основополагающих нравственных ценностей⁵¹²; 5) образец не является правилом – исключением; 6) решение не ущемит законных прав и интересов третьих лиц; 7) правоприменитель ознакомился с со-

⁵¹⁰ Бойко А. И. Указ. соч. С. 153.

Однако уже давно (если не всегда) постоянно и приобретает, пусть и в латентной форме. Для этого достаточно подробно, шаг за шагом, проанализировать, например, тенденции решений по сходным делам любой гражданской коллегии областного суда.

⁵¹¹ См. параграф о судебном прецеденте.

⁵¹² Которые, впрочем, имманентно заложены в генезис и онтологию права; в одних отраслях – в степени значительной (уголовное право, семейное право), в других – степени меньшей, в третьих – едва различимой.

ответствующей судебной практикой; 8) и доказал неизбежность аналогии; 9) аналогия в данной отрасли не запрещена⁵¹³.

Относительно запретов и ограничений хотелось бы сделать несколько отдельных замечаний. Так, в норме ст. 10 ГПК РСФСР напрямую предусматривалась лишь возможность решить гражданское дело по аналогии материального закона («В случае отсутствия закона, регулирующего спорное отношение...»). Это вызвало к жизни дискуссию о правомерности, пусть и ограниченной, аналогии закона процессуального, ибо последнему имманентно присуща универсальность (не исключающая дифференциации, специализации процессуальной формы) и архиформализованность, искусственность (удаленность от бытовой жизнедеятельности)⁵¹⁴.

А. Т. Боннер, творчески солидаризируясь с И. Сабо в том, что аналогия абсолютно неизбежна во всех отраслях, кроме права уголовного⁵¹⁵, приводит значительное число позитивных примеров ее действия в ткани гражданско-процессуального закона. В то же время автор обнаруживает и случаи сомнительного порядка. Так, Р. Ф. Коллистратова рекомендовала при неявке в суд «ответчика» по делам об ограничении дееспособности применять по аналогии правило ст. 159 ГПК РСФСР о наложении штрафа и принудительном приводе (как по делам о взыскании алиментов), и отдельные суды стали выносить соответствующие определения. Между тем, подчеркивает А. Т. Боннер, очевидного сходства между этими категориями дел нет⁵¹⁶, а главное – нельзя действовать по аналогии в вопро-

⁵¹³ См.: Карташов В. Н. Указ. соч. С. 325–326. (Изложение позиции текстуально совпадает с авторской неполностью.)

⁵¹⁴ См., например: Авдюков М. Г. Принцип законности в гражданском судопроизводстве. М.: МГУ, 1971. С. 181; Пучинский В. К. О единообразии толкования и применения основ гражданского судопроизводства // Советское государство и право. 1972. № 4. С. 49.

⁵¹⁵ См.: Сабо И. Указ. соч. С. 279.

⁵¹⁶ Спорное утверждение: в обеих категориях дел речь идет о постановке действиями ответчика (и «ответчика») в сложное материальное положение ребенка или семью, интересы которых являются общественно значимыми и защищаемыми.

се применения санкций, в том числе и процессуальных⁵¹⁷, что абсолютно верно.

В современном гражданско-процессуальном законодательстве аналогия процессуального закона и права (принципов правосудия) предусмотрена нормой п. 4 ст. 1 ГПК РФ.

Что касается аналогии в уголовно-правовой сфере, то ее «безапелляционное» отрицание рядом ученых оспаривается. Так, М. И. Бажанов полагает: «Категорический запрет аналогии в Особенной части уголовного права, то есть невозможность криминализации каких-либо деяний, прямо в Особенной части не предусмотренных, не исключает применения аналогии в Общей части УК»⁵¹⁸. П. С. Дагель также подчеркивает, что практика может исходить из общих начал уголовного права, то есть применять аналогию права⁵¹⁹. Не отрицают наличие элементов аналогии в уголовно-правовой сфере и другие ученые⁵²⁰. Л. Л. Кругликов отмечает, что отношение законодателя к аналогии в уголовно-правовой сфере менялось от благосклонного до категорически запретительного. Между тем, продолжает автор, любое законодательство, даже самое совершенное, «обречено» на пробелы; подходов к пробелам должно быть два: аналогию нельзя использовать для провозглашения непроступного поведения преступным, но она возможна, когда состав преступления наличен, а не урегулированы относительно частные вопросы – при условии закрепления таковой возможности в законе⁵²¹. Несмотря на официальный отказ от нее в УК РСФСР и УК РФ, – пишет А. И. Бойко, – аналогия здравствует и поныне, «трансформировавшись попутно в бланкетное оружие», наряжаясь в «презумптивную тогу» и «прецедентный костюм», а также в официальное «платье» ограничительного

⁵¹⁷ См.: Боннер А. Т. Указ. соч. С. 97–107.

⁵¹⁸ Бажанов М. И. Назначение наказания по советскому уголовному праву. Киев: Вища школа, 1980. С. 101–102.

⁵¹⁹ См.: Дагель П. С. Об аналогии в советском уголовном праве // Учен. зап. ДВГУ. Вып. 61. Владивосток: ДВГУ, 1972. С. 46.

⁵²⁰ Подробнее см.: Бойко А. И. Указ. соч. С. 158–163.

⁵²¹ См.: Кругликов Л. Л. Аналогия в уголовном праве: мир или реальность? // Проблемы теории... С. 183–184.

и расширительного толкования, «в общем, внешне мимикрирует, с тем чтобы явиться к взыскательному общественному мнению в наиболее приемлемой (терпимой, невызывающей, нешокирующей) одежде»; аналогия гипотетически опасна потому, что во все времена превращает уголовно-правовое знание в привилегию его обладателей, но, будучи злом, иногда играет роль позитивного регулятора отношений, чему есть и исторические, и современные примеры⁵²².

Напрямую не разрешена аналогия в уголовно-процессуальном законодательстве⁵²³, но практически существует. Так, еще Н. Н. Полянский отмечал: аналогия уголовного права таит в себе серьезную угрозу законным правам и интересам граждан; иначе обстоит дело при разрешении процессуальных вопросов – суд оказался в безвыходном или в затруднительном положении, если бы, имея цель отыскания материальной истины и не имея частной подсказки непосредственно в УПК, он не мог бы обращаться к общим началам процесса⁵²⁴. И. Л. Петрухин, несмотря на утверждение о системности уголовно-процессуального права, обеспечиваемой его внутренней согласованностью и беспробельностью, далее все же делает оговорку о допустимости аналогии закона⁵²⁵. В. М. Жуйков остроумно замечает: отсутствие законодательного закрепления в УПК РФ прямого разрешения на применение аналогии само по себе является пробелом в процессуальном праве⁵²⁶.

⁵²² Бойко А. И. Указ. соч. С. 154, 163–164.

⁵²³ В литературе отмечается, что некоторые юристы механически переносят соответствующие воззрения на аналогию из уголовного права на «почву» уголовного процесса (см.: Рахунов Р. Д. Аналогия в советском уголовном процессе // Правоведение. 1971. № 2. С. 68).

⁵²⁴ См.: Полянский Н. Н. Вопросы теории советского уголовного процесса. М., 1956. С. 167–168.

⁵²⁵ См.: Уголовный процесс / под ред. И. Л. Петрухина М., 2001. С. 21.

⁵²⁶ Жуйков В. М. ГПК РФ и другие источники гражданского процессуального права // Российская юстиция. 2003. № 4. С. 5.

В. П. Божьев замечает: можно лишь сожалеть, что разработчики УПК не восприняли опыта составителей проекта ГПК (см.: Божьев В. П. Комментарий к ст. 1 УПК РФ // Законность. 2009. № 4).

Правовая позиция Конституционного Суда РФ также состоит в допущении применения аналогии при совершении отдельных процессуальных действий⁵²⁷.

Таким образом, констатируют К. В. Пронин и Ю. В. Францифоров, предмет дискуссии смещается от проблемы допустимости аналогии в уголовном процессе к вопросам о конкретных процессуальных механизмах ее применения, пределах допустимости и т. д. Авторы, однако, опираясь на специфичность предмета и метода данной отрасли (что правда), ограничивают аналогию пределами последней⁵²⁸, что, по нашему мнению, напрасно, так как судебное право в лице уголовного и гражданского процессов⁵²⁹ имеют общую цель и ряд сходных принципов судопроизводства⁵³⁰, а значит, позитив первого в случаях, не противоречащих сущности второго, и наоборот, может быть использован в правоприменении, пусть и в порядке особого исключения (например, на уровне рекомендаций высшей судебной инстанции).

В теории права высказаны и иные предположения о недопущении применения аналогии, кроме уже отмеченных случаев, касающихся сферы установления санкций репрессивно-карательного характера: 1) конституционно-правовое пространство; 2) установление, введение и взимание налогов, сборов и иных фискальных платежей; 3) значительные пласты области публичного права в целом, где регулирование осуществляется императивным методом, а возникновение субъ-

⁵²⁷ См., например: Постановление КС РФ от 2 февраля 1996 г. № 4-П, 28 ноября 1996 г. № 19-П, 2 июля 1998 г. № 20-П и др.

⁵²⁸ См.: Пронин К. В., Францифоров Ю. В. Применение аналогии в реализации судом дискреционных полномочий по уголовному делу // Современное право. 2009. № 9 (Система КонсультантПлюс).

⁵²⁹ Арбитражный процесс находится в ситуации сближения с указанной «классикой судебного жанра».

⁵³⁰ По этому поводу см., например, параграф о процессуальной активности суда. История знает случаи применения УПК к гражданским процессуальным отношениям по аналогии (например, идеи о запасном народном заседателе).

ективных прав и юридических обязанностей обусловлено наличием норм права конкретного содержания⁵³¹.

Для аналогии права, о которой уже, собственно, велась речь, в отличие от аналогии закона, характерны несколько иные постулаты. Ее, во-первых, не следует, замечает В. Н. Карташов, сводить к методу аналогии, так как здесь нет «сходства между урегулированным и неурегулированным отношением, отсутствует возможность перенесения информации с одного отношения на другое»; аналогия права предполагает использование различного сочетания приемов логического преобразования нормативных предписаний, где главными «аккумуляторами» являются индуктивные и дедуктивные формы выводов, притом для пробела более существенного, нежели при аналогии закона⁵³².

Очевидным признаком данного вида аналогии является восполнение пробелов посредством применения общих принципов и начал действующего права⁵³³. Впрочем, встречаются взгляды ограничительного свойства. Так, например, А. С. Пиголкин аналогией права полагает аккумуляцию общих начал и принципов соответствующего института или отрасли права и их преломление в конкретном деле, решение дела на основе этих начал и принципов⁵³⁴. Разумеется, такая аналогия права во многих случаях предпочтительней. Однако практика ею не исчерпывается — не исключается обращение к общеправовым, конституционным, общепризнанным принципам международного права.

Многие авторы подчеркивают условность термина «аналогия права»: поскольку исключен поиск сходного закона, постольку речь идет не об аналогии, а о некоем другом способе решения

⁵³¹ См., например: Фидаров В. В. Пределы допустимости института аналогии права и аналогии закона в правовой системе России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тамбов, 2009. С. 10.

⁵³² См.: Карташов В. Н. Указ. соч. С. 327–328.

⁵³³ См., например: Алексеев С. С. Проблемы теории права. Т. 2. М.: Юридическая литература, 1982. С. 348. Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм. С. 423. И др.

⁵³⁴ См.: Пиголкин А. С. Обнаружение и преодоление пробелов в праве // Советское государство и право. 1970. № 3. С. 56.

проблемы⁵³⁵. Однако, как справедливо подчеркивает М. А. Кауфман, термин давно утвердился в теоретической и практической юриспруденции, его главное содержание устойчиво, а условность терминологии является общим теоретическим местом⁵³⁶.

Все доктринальные сомнения относительно возможности применения аналогии права и закона с очевидностью не распространяются на цивилистику. Однако с очевидностью же она воспринимает общую доктрину подобных правоприменительных игр – о критериях «аналогистики», исключении аналогии в сфере санкций, содержащих меры ответственности.

Рассмотрим проявление этих правил в семейно-правовой сфере. Так, известно, что в проекте СК РФ право регионов своими законами снижать в исключительных случаях брачный возраст было ограничено 14-летним барьером. Правило ч. 2 п. 2 ст. 13 СК РФ этого не содержит. Однако его можно вывести по аналогии: 14 лет – возраст частичной гражданской дееспособности, получения паспорта (т. е. идентифицирующего личность документа, что необходимо для заключения брака), значительного объема семейной дееспособности, в частности возможности самостоятельно защищать свои интересы в суде и т. д.⁵³⁷ Следовательно, внутриотраслевая и межотраслевая аналогия закона свидетельствует о том, что данный возрастной ценз предполагает относительную зрелость для осознания и совершения многих юридически значимых актов, к каковым относится и заключение брака. Значит, решение субъекта РФ о возрастном пределе ниже 14 лет может быть оспорено в судебном порядке.

В норме ст. 14 СК РФ отсутствует запрет браков между «братьями» и «сестрами» по усыновлению. Однако, опираясь на правило о запрете супружества между усыновителем и усыновлен-

⁵³⁵ См., например: Теория государства и права. М., 1949 (М. С. Строгович); Недбайло П. Е. Указ. соч. С. 464; Карташов В. Н. Указ. соч. С. 327. И др.

⁵³⁶ См.: Кауфман М. А. Пробелы в уголовном праве и судебское усмотрение. С. 249. Разумеется, и у условности есть свои пределы. Полагаем, что в нашем случае они соблюдаются.

⁵³⁷ Наконец, возраст уголовной ответственности за ряд тяжких преступлений.

ным (ст. 14) и норму о том, что усыновление юридически приравнивается к родительству, а личные связи субъектов – к родству (п. 1 ст. 137), можно ответить положительно и на этот вопрос.

Норма п. 1 ст. 42 СК РФ управомочивает супругов избрать любой режим отношений собственности, в том числе и раздельный на все имущество. Однако общие начала ст. 1 и начала института брака (п. 3 ст. 31) о взаимопомощи и взаимной ответственности перед семьей, содействии ее благополучию и т. д. явным образом призывают нас к ограничению означенной свободы и признанию брачного договора недействительным, если он предполагает полную раздельность брачной экономики. Выход – предусмотреть в нем положения о семейном бюджете.

В соответствии с правилом п. 3 ст. 51 СК РФ при неустановленном внебрачном отцовстве запись о фамилии отца производится по фамилии матери, его имя и отчество – по указанию матери. Случай отказа матери дать подобное указание обойден молчанием. Видимо, следует применить по аналогии п. 1 ст. 58 о праве ребенка на отчество, п. 4 ст. 58 о разрешении разногласий родителей об имени и фамилии органами опеки и попечительства и п. 1 ст. 121 СК РФ о возложении на последних обязанностей по защите интересов ребенка, в том числе и в случае соответствующего отказа родителей, и предоставить указанным органам инициировать необходимую запись, а при конфликте с матерью – решать вопрос в судебном порядке.

Минимальный возраст реализации права на добровольное признание внебрачного отцовства не установлен – закон ограничивается формулой «на общих основаниях» (п. 3 ст. 62 СК РФ). Однако таковых семейное законодательство не обозначает, а ГК РФ под общим правилом разумеет 18 лет (впрочем, и в соответствии с нормой п. 1 ст. 54 СК РФ лицо перестает быть ребенком с этого же возраста). Между тем очевидно, что вопрос решается в другой «возрастной инстанции». Это не может быть 14-летний барьер, так как с 14 лет субъект семейного права имеет законную возможность самостоятельно защищать свои интересы только в суде, в том числе и «искать свое отцовство» (п. 3 ст. 62), где характер и сущность процессуальной формы позволяет оказать ему

необходимую помощь в отличие от формы административно-процессуальной. По аналогии с правилом п. 2 ст. 62 о праве самостоятельно осуществлять родительские права с 16 лет и дополнительно нормой п. 2 ст. 13 СК РФ о снижении брачного возраста⁵³⁸ до этого же минимума можно сделать соответствующее заключение и по нашему вопросу⁵³⁹.

Возможны и более жесткие варианты аналогии – на «лезвии бритвы» между ее допустимостью и недопустимостью. Так, усыновление ребенка без согласия его родителей допускается, если они по причинам, признанным судом неуважительными, более шести месяцев не проживают совместно с ребенком и уклоняются от его воспитания и содержания (ст. 130 СК РФ). На практике возник вопрос: можно ли считать неуважительной причиной нахождение родителя под стражей на период предварительного расследования или отбывания наказания в виде лишения свободы? Опираясь на уголовно-правовую доктрину и закон, по случаю с первым вариантом последует отрицательный ответ, а со вторым – не исключен положительный (именно так усмотрел и суд, рассматривавший конкретное дело об установлении усыновления⁵⁴⁰).

Представляют интерес и некоторые исторические контексты. Так, Г. Ф. Шершеневич предложил нашему вниманию образец применения аналогии по делу о тяжбе между отдельно живущими мужем и женой о том, с кем из них должен жить ребенок. Законодательство того периода не давало ответа на этот вопрос. Применение по аналогии закона о статусе внебрачных детей, с его точки зрения, исключалось ввиду существенного различия методов правового регулирования этих двух типов правовых отношений. Поэтому выстраивается иная юридическая «цепочка»: в вопросах семейной жизни решающий голос принадлежит мужу; спорный вопрос по своей

⁵³⁸ Как известно, одним из ключевых оснований для его снижения является беременность и рождение ребенка.

⁵³⁹ Аналогия с частичной гражданской дееспособностью неуместна – если только не попытаться истолковать право признания отцовства как разновидность «авторского» права, коим 14-летний может распоряжаться самостоятельно (п. 2 ст. 26 ГК РФ).

⁵⁴⁰ В связи с конфиденциальностью мы не приводим никаких идентифицирующих данных.

природе является семейным; следовательно, приоритет его решения принадлежит мужу; однако поскольку родительская власть вручается родителю в интересах государственных и будет доказано, что эти интересы пострадают от сожительства ребенка с отцом (например, отец, пьяница и вор, может воспитать «вредного гражданина»), то преимущество в споре может быть отдано матери⁵⁴¹.

По делу Д. об установлении факта признания отцовства⁵⁴² В. в отношении дочери суд высказал следующие соображения: «Нельзя не учитывать конкретные обстоятельства по делу, когда иждивение ребенка не могло иметь место в силу обстоятельств, не зависящих от лица, признававшего свое отцовство, и, в частности, когда ребенок родился после смерти лица, признававшего себя его отцом, и, естественно, не мог находиться на его иждивении. В этих случаях, исходя из общего смысла норм, регулирующих возникновение прав и обязанностей родителей и детей, судебное установление факта признания отцовства возможно на основании других доказательств, с достоверностью подтверждающих признание отцовства»⁵⁴³.

Куда более оригинален оказался суд относительно возможности признания брака недействительным вследствие обмана (в качестве основания нормой ст. 43 КоБС РСФСР не предусмотренного): «По смыслу ст. 1 Кодекса о браке и семье РСФСР советская семья строится на принципах коммунистической морали, на добровольном брачном союзе мужчины и женщины, на свободных от материальных расчетов чувствах взаимной любви, дружбы и уважения. В данном случае не было ни уважения, ни любви... Брак не имел целью создать семью... А поэтому признать брак недействительным»⁵⁴⁴.

⁵⁴¹ Именно так и рассудил Сенат: «право на воспитание детей принадлежит отцу, доколе суд не признает, что, ввиду особых обстоятельств, польза детей требует воспитания их матерью» (см.: Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. С. 321).

⁵⁴² На тот момент действовало положение о необходимости установления двух совокупных обстоятельств – признания отцовства и нахождения на иждивении (в отношении детей, родившихся до введения в действие КоБС союзных республик).

⁵⁴³ См.: Боннер А. Т. Применение нормативных актов... С. 107

⁵⁴⁴ Там же. С. 109.

§ 4. Субсидиарное применение норм: вкрапления судебного усмотрения

Означенный вид деятельности, по существу, имеет довольно размытую границу с применением аналогии, не исключая в определенных случаях частичного «погашения» объемов соответствующих понятий и явлений, за ними стоящих. Это вызывает практические сложности и теоретические дискуссии.

По замечанию В. И. Леушина, с которым солидарен и С. С. Алексеев, subsidiarное применение есть как бы аналогия закона на более высоком специальноправовом уровне⁵⁴⁵. Subsidiarное применение («межотраслевая аналогия»)⁵⁴⁶, пишет С. С. Алексеев, имеет место тогда, когда правоприменитель исходит из конкретных предписаний смежной (родственной) отрасли права; оно основано, как и аналогия закона (внутриотраслевая), на сходстве отношений. Возможность subsidiarного применения норм права, продолжает автор, в качестве предпосылки имеет структурные (генетические и функциональные) связи между родственными отраслями; формирование и развитие отраслей права (прежде всего молодых, возникших из материнской отрасли⁵⁴⁷), в том числе, выражается в восприятии отдельных элементов методов регулирования, свойственных основным, прежде всего профилирующим

⁵⁴⁵ См.: Леушин В. И. Динамичность советского права и восполнение пробелов в законодательстве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1971. С. 19.

⁵⁴⁶ В кавычки данный термин ставит цитируемый автор.

⁵⁴⁷ Например, трудового и семейного права – из права гражданского. Впрочем, не «в чистую», так как первое имеет прародителем и полицейское право, а второе – церковное.

При этом, сформировавшись, «молодая отрасль может оказывать влияние на развитие материнской (базовой) отрасли (см.: С. С. Алексеев. Проблемы теории права. Т. 2. С. 275). Например, отмечает С. В. Поленина, возможна «обратная зависимость» метода гражданского права от метода семейно-правового регулирования и обусловленное этим subsidiarное применение норм семейного права при решении отдельных гражданско-правовых вопросов (см.: Поленина С. В. Subsidiarное применение норм гражданского законодательства к отношениям смежных отраслей // Советское государство и право. 1967. № 4. С. 26–27).

отраслям; если сходства в методе и иных существенных компонентах между отраслями нет, субсидиарное применение исключается⁵⁴⁸. То есть, по сути, указанные авторы функцию «межотраслевой аналогии» (хотя и ставя данные кавычки) возлагают на рассматриваемый нами специальный вид деятельности.

В. Н. Карташов, однако, остроумно замечает, что коль скоро под субсидиарным понимают обычно применение предписаний, распространяющих свое действие на отношения, не являющиеся непосредственным предметом их регулирования, то использование аналогии внутри отрасли (и даже внутри института) тоже носит субсидиарный характер⁵⁴⁹.

Автор при этом констатирует и иной аспект субсидиарного применения – в «беспробельной» ситуации: «Например, субсидиарным является так называемое «соответственное» применение права, когда законодатель путем конкретной отсылки указывает, что к определенным общественным отношениям, входящим в предмет данной отрасли или института, применимы и нормы других отраслей (институтов), которые регулируют сходные общественные отношения»⁵⁵⁰.

Субсидиарное применение, заключает В. Н. Карташов, есть не способ восполнения пробелов в праве, а действия, выражающиеся в том, что предписания, кроме регулирования «своих» отношений, несут дополнительную нагрузку регулирования других (как правило, кстати, частичного регулирования). За пределами этого частного вида иные действия по применению норм одной отрасли для неурегулированных отношений автор рассматривает в качестве межотраслевой аналогии закона, ссылаясь в качестве образца на семейное право (ст. 5 СК РФ).

После этого возникает ощущение «неладности в датском королевстве», наличия некоего «блуждающего форварда», меняющего свои роли по обстановке, о чем мы, впрочем, и предполагали в преамбульной части параграфа.

⁵⁴⁸ См.: Алексеев С. С. Общая теория права. М.: Проспект, 2008. С. 552–553.

⁵⁴⁹ См.: Карташов В. Н. Теория правовой системы общества. Т. 1. С. 329.

⁵⁵⁰ Там же.

Между тем процессуалисты, которые, как известно, неизбежно комплексно смотрят на подобные проблемы из-за «обслуживающей» роли процессуального права, вполне различают эти сходные явления. Так, А. Т. Боннер под субсидиарным применением законодательства понимает ситуацию, когда суд (или другой правоприменитель) исходит из конкретных предписаний смежного правового института либо смежной (родственной) отрасли права, то есть востребуется в дополнительном порядке. При этом основным поводом для запуска такой схемы автор полагает отнюдь не «лакуну» (пробел), а необходимость разумного и экономичного расположения нормативного материала: «дублирование тождественных или аналогичных норм в различных отраслях права нерационально, лишено смысла»⁵⁵¹. Например, понятия «сделки», «договор», «давность», «вина», «обязательство» в целом одинаково, по мнению автора, трактуются в трех смежных отраслях, но исторически и генетически именно в гражданском праве им посвящается комплекс норм – два других члена цивилистики (трудовое и семейное право) этим могут воспользоваться. К субсидиарности, продолжает автор, либо призывает сам законодатель⁵⁵², либо высшие судебные инстанции в своих разъяснениях, либо правоприменителю самому приходится изыскивать эту возможность⁵⁵³. Среди условий субсидиарного применения нормы А. Т. Боннер выделяет, как и многие другие авторы, сходство (родство) отраслей, в том числе их методологии, и непротиворечивость (при общем сходстве) нормативной идеи-кандидата конкретному правовому институту другой отрасли (его целевым установкам и принципам)⁵⁵⁴. Автор, по своему замечательному обыкновению, приводит массу примеров субсидиарности без

⁵⁵¹ На это же указывает М. И. Бару (см.: О субсидиарном применении норм гражданского права к трудовым правоотношениям // Советская юстиция. 1963. № 14. С. 17).

⁵⁵² И здесь кроется опасность ее смешения с применением конкретизированной бланкетной нормы.

⁵⁵³ И здесь кроется опасность смешения с аналогией.

⁵⁵⁴ См.: Боннер А. Т. Применение нормативных актов... С. 111–113.

Последнее условие изложено нами в вольном ключе – на основе обобщения рассуждений и иллюстраций автора.

аналогии: гражданско-правовых правил давности – для трудовых и семейных дел, исчисления размера ущерба – для природоохранных и т. д.⁵⁵⁵ В этой связи еще Г. М. Свердлов отмечал, что гражданское и семейное право (при самостоятельности последнего) вполне могут взаимодействовать на нормативном уровне, так как их изоляция невозможна, а заимствование отдельных норм целесообразно, по крайней мере, для некоторых имущественных семейных отношений (например, алиментных)⁵⁵⁶. На это же указывает С. В. Поленина: субсидиарность прежде всего применима в «пограничных» правовых институтах, тяготеющих к гражданскому праву и неизбежно обладающих рядом общих понятий⁵⁵⁷.

Полемизируя с С. В. Полениной⁵⁵⁸ в части ее утверждения о том, что субсидиарное применение права не должно иметь места, если возможно применение аналогии закона, а при решении вопроса об аналогии выбор предоставляется правоприменителю и целиком зависит от обстоятельств дела, А. Т. Боннер соглашается с первым тезисом, но не испытывает позитива по второму. Субсидиарное применение норм смежной отрасли права в ряде случаев, замечает он, будет невозможно, если вывод о существовании права не основан на общем смысле положений данной отрасли (анalogии права). Только сделав вывод о наличии в конкретном случае права вообще, можно, прибегнув к субсидиар-

⁵⁵⁵ Боннер А. Т. Применение нормативных актов... С. 113–127, 129–130.

Поскольку они основаны на прежнем законодательстве, мы не предлагаем более подробную аналитику.

⁵⁵⁶ См.: Свердлов Г. М. Советское семейное право. М.: Госюриздат, 1958. С. 24–25.

⁵⁵⁷ См.: Поленина С. В. Субсидиарное применение норм гражданского законодательства к отношениям смежных отраслей // Советское государство и право. 1967. № 4. С. 22.

⁵⁵⁸ См.: Поленина С. В. Аналогия в гражданском праве // Советское государство и право. 1969. № 5. С. 28.

С. С. Алексеев солидарен с С. В. Полениной: субсидиарное применение допустимо только тогда, когда исчерпаны возможности для решения юридического дела всеми «механизмами» данной отрасли, в том числе исчерпана и возможность использования аналогии закона (см.: Алексеев С. С. Проблемы теории права. Т. 2 С. 274).

ному применению нормы смежной отрасли, ответить на вопрос о «размере этого права». Кроме того, замечает автор, при рассмотрении гражданских дел не исключается одновременно применение и аналогии закона, и субсидиарного применения норм смежной отрасли права⁵⁵⁹.

Иллюстрацией подобного взаимодействия является применение бланкетной нормы как простейший вид субсидиарности. Известно, что бланкетность весьма распространена. Наиболее ярко она проявляется в уголовном и семейном праве, не исключается в гражданском, трудовом, административном, а также в процессах, что естественно ввиду условного объявления их «формами жизни материального закона».

В этой связи, если принять бланкетность за предпосылку простейшего вида субсидиарности, не работает (всеобъемлющим образом) тезис об обязательности сходства соответствующего межотраслевого взаимодействия, так как для уголовного права полезными, например, являются семейно-правовые нормы о сущности злоупотребления родительскими правами (фиксированными в ст. 69 СК РФ в основаниях к лишению родительских прав), а для охранительных процессов – нормы материально-правовых отраслей (например, о гражданской или семейной дееспособности – для гражданского процесса). Во всех подобных случаях о сходстве методов правового регулирования и близко речи нет.

Классическим образцом бланкетности представляется нам правило п. 2 ст. 9 СК РФ об исковой давности, отсылающее правоприменителя к нормам статей 198–200 и 202–205 ГК РФ, а также правило п. 7 ст. 38 СК РФ (об исковой давности при разделе общесупружеского имущества). Считается, что такое же очевидное воздействие имеют нормы гражданского права об общих началах договорного регулирования на содержание семейно-правовых норм о договорах семейно-правовой сферы и особенностях их применения. Действительно, в ситуации предоставления гарантий кредиторам при заключении брачного договора (п. 2 ст. 46 СК РФ), несоблюдения последствий установленной формы соглашения об алиментах (ч. 2 п. 1 ст. 100 СК РФ), уста-

⁵⁵⁹ См.: Боннер А. Т. Указ. соч. С. 130–131.

новления, осуществления и прекращения опеки и попечительства (п. 3 ст. 60, п. 3 ст. 145, ч. 2 п. 7 ст. 145, п. 1,3 ст. 147, п. 7 ст. 148 СК РФ) следует отсылка к гражданскому законодательству⁵⁶⁰.

Кстати, «полубланкетный» характер семейного договорного права служит для некоторых ученых дополнительным аргументом десуверенизации семейного права⁵⁶¹. Однако качество бланкетности, во-первых, не является для него ведущим, во-вторых, в ряде случаев оно оспоримо, в-третьих, бланкетность, как мы уже отмечали, присуща всем отраслям российского права, а иным из них – в существенно большей степени, нежели праву семейному.

Как верно замечает Л. М. Пчелинцева, в ряде случаев бланкетность не опирается на конкретные статьи ГК РФ, а ограничивается общим адресованием к положениям о долевой собственности (п. 2 ст. 30 СК РФ), возмещении материального и морального вреда (п. 4 ст. 30 СК РФ), изменении и расторжении брачного

⁵⁶⁰ Другое дело, что это далеко не всегда обосновано, особенно в части норм об опеке. Подробнее об этом см., например: Нечаева А. М. О Федеральном законе «Об опеке и попечительстве // Законы России. 2009. № 7; Косова О. Ю. Патронат: состояние и перспективы развития // Там же. 2010. № 6; Темникова Н. А. Природа договора об осуществлении опеки (попечительства // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2009. Вып. 4. И др.

⁵⁶¹ См.: Антокольская М. В. Место семейного права в системе отраслей частного права// Государство и право. 1995. № 6. С. 40.

Более того, автор отмечает: «Поскольку гражданское законодательство относится к федеральной компетенции, а семейное – к совместной, гражданское законодательство рассматривается как законодательство более высокого уровня. Нормы, содержащиеся в СК РФ, не могут ему противоречить и должны только развивать положения, включенные в ГК РФ». (Антокольская М. В. Семейное право. М.: Норма, 2010. С. 43.)

Следует, однако, заметить, что наличие актов субъектов РФ не снижает силы СК РФ, поэтому речь должна идти не о подчинении, а о корректном, непротиворечивом взаимодействии – с взаимным обогащением идеями *de lege ferenda* в областях совместного правового регулирования или, еще шире, в сферах, затрагивающих интересы семьи.

Л. М. Пчелинцева, напротив, отводит ГК РФ именно роль дополнительного источника семейного права (см.: Семейное право России. М.: Норма, 2004. С. 49).

договора (п. 2 ст. 43 СК РФ), признании его недействительным (п. 1 ст. 44 СК РФ) и т. д.⁵⁶²

В то же время, ввиду означенной ранее размытости границ между субсидиарностью и аналогией (межотраслевой аналогией), четкая квалификация характера деятельности не всегда возможна – и именно в случаях лишь общего указания, а также допущения по умолчанию, возможности использования нормативных элементов другой отрасли⁵⁶³. Причем эта возможность может оказываться и эфемерной, например при применении отдельных положений гражданского законодательства о сделках. Так, СК РФ упоминает о заблуждении как основании признания брака недействительным лишь вскользь (п. 1 ст. 28 СК РФ), видимо, с расчетом на ГК РФ. Между тем в норме ч. 2 п. 1 ст. 178 ГК сообщается: «Существенное значение имеет заблуждение относительно природы сделки либо тождества или таких качеств ее предмета, которые значительно снижают возможности его использования по назначению». (Полагаем, что далее должна следовать формулировка: без комментариев.)

Недаром Е. А. Чепранова отмечает, что вопросы действительности брака не могут разрешаться с применением главы ГК РФ о сделках⁵⁶⁴. В то же время, продолжает автор, позитивные аспекты договорно-правового регулирования (заключение, расторжение, исполнение и т. п.) вполне приспособлены для брачного договора, соглашения об алиментах и др., разумеется, с со-

⁵⁶² См. : Семейное право России. М.: Норма, 2004. С. 50–51.

Л. М. Пчелинцева также констатирует, что возможность применения гражданского законодательства к семейным отношениям впервые была отражена в Основях гражданского законодательства Союза СССР и союзных республик 1991 г. (Там же. С. 49.)

⁵⁶³ И. Г. Король, например, разделяет позицию о том, что, когда применяются нормы ГК РФ вместо отсутствующих норм СК РФ, всегда наличествует межотраслевая аналогия. См.: Король И. Г. Личные немущественные права ребенка по семейному праву Российской Федерации. М.: Проспект, 2010. С. 42.

⁵⁶⁴ Несмотря на имеющийся, но, к счастью, нераспространенный взгляд на брак как гражданско-правовой договор. Подробнее об этом см., например: Тарусина Н. Н. Брак по российскому семейному праву. М.: Проспект, 2010. С. 58–64. И др.

блюдением условия о непротиворечивости (коррекции) существу семейных отношений⁵⁶⁵.

Однако последнее ограничение нередко сводит такую возможность на нет. Например, субъектный состав соглашений об алиментах определен исчерпывающим образом в главах 13–15 СК РФ, размер алиментов на детей лимитирован по минимальной границе, действующая вариативность содержания брачного договора, как мы неоднократно отмечали, оспорима, не соответствует началам семейного законодательства. Сомнительным является также допущение к семейным отношениям положения п. 2 ст. 421 ГК РФ о непоименованных договорах. И т. д.

В то же время не включается и обратное заимствование тех или иных понятий материнской (профилирующей) отрасли. Так, в историческом плане интересен подобный анализ, осуществленный Я. Р. Веберсом. Отмечая разноречивость в употреблении в гражданских кодексах понятий «родители» и «дети» (с одной стороны) и «усыновители» и «усыновленные» (с другой), автор приходит к выводу, что во всех случаях, когда в ГК упоминается только первая пара понятий, учитывая природу правоотношений по усыновлению (их семейно-правовую приравненность к родительству), следует подразумевать и вторую пару⁵⁶⁶. Думается, что подобное допущение не потеряло своей актуальности.

Таким образом, неопределенность квалификации деятельности по разряду subsidiarity или аналогии существует, хотя в семейном законодательстве им посвящены самостоятельные нормы – ст. 4 и ст. 5, предусматривающие, впрочем, и для первой, и для второй один и тот же критерий: соответствие существу семейных отношений. Если бы мы к первому виду деятельности применяли в качестве дополнительного критерий разумной экономии размещения нормативного материала, а для второй – проблемность в регулировании отношений, то граница между ними стала бы четче.

⁵⁶⁵ См.: Чепранова Е. А. Применение к семейным отношениям норм гражданского законодательства // Российская юстиция. 1996. № 10. С. 45.

⁵⁶⁶ Подробнее об этом см.: Поленина С. В. Subsidiary application... С. 13–14.

§ 5. Коллизия и коллизионная норма: постоянные и меняющиеся коэффициенты трения

На доктринальном уровне относительно содержания и видового разнообразия коллизий полного единства нет. Так, С. С. Алексеев под коллизией понимает любое противоречие, «столкновение» между правовыми нормами, вызванное как ошибками в правотворчестве, недостатками в кодификационной работе, так и «естественными» причинами (например, различием норм национальных законодательств, которые следует применить к конкретному случаю)⁵⁶⁷.

А. Ф. Черданцев, справедливо адресуясь к сложному механизму правовой системы, отмечает, что нормы принимаются различными органами, в разное время, могут регулировать различные стороны одних и тех же общественных отношений (или одни и те же отношения, но по-разному), иметь различную сферу действия в пространстве, по кругу лиц, предполагать специальный (исключительный) порядок действия и соответственно в той или иной степени нарушать единство и согласованность данной системы. Задача коллизионных норм – устранить эту несогласованность, регулировать отношения между самими нормами, быть как бы «регулятором внутри регулятора». «Образно выражаясь, – продолжает автор, – коллизионные нормы служат как бы коробкой передач, с помощью которой «включается» в действие одна из нескольких возможных норм права, нужная с точки зрения законодателя для данных условий. С помощью коллизионных норм... осуществляется привязка одной из многих возможных норм к фактическим ситуациям»⁵⁶⁸.

Наиболее развиты данные конструкции в международном частном праве⁵⁶⁹. Во внутреннем праве их присутствие чаще все-

⁵⁶⁷ См.: Алексеев С. С. Проблемы теории права. Т.2. Свердловск, 1973. С. 137.

⁵⁶⁸ Черданцев А. Ф. Толкование права и договора. М., 2003. С. 42.

⁵⁶⁹ Эта область юриспруденции не является объектом нашего исследования.

В последние годы, отмечает М. Н. Марченко, этот дисбаланс уменьшился, ибо внимание к коллизионным вопросам внутригосудар-

го наблюдается в заключительных (переходных) положениях нового закона или иного нормативного акта, в специальном законе о введении, например, в действие кодифицированного нормативного акта или же в общих положениях кодекса. Например, в норме п. 2 ст. 11 ГПК РФ содержится коллизийная норма о применении судами нормативного правового акта наибольшей юридической силы⁵⁷⁰. Аналогичная, но существенно более развернутая коллизийная диспозиция представлена в ст. 3 СК РФ. И т. д.

Коллизии нередко рассматривают в максимально широком контексте, то есть не только в качестве предпосылок коллизийных норм. Так, Ю. А. Тихомиров полагает, что они в реальной жизни выступают как противоречия между правовыми нормами, актами, институтами и притязаниями и т. п. К их признакам автор относит законную процедуру рассмотрения, наличие уполномоченного органа по их разрешению, признание обязательной силы соответствующего решения, компенсационные и восстановительные мероприятия⁵⁷¹. В прежние годы, отмечает автор, для их обозначения применялись понятия «правонарушение», «проступок», «отклоняющееся поведение»⁵⁷².

Вынуждены в этой связи заметить, что данные понятия и по сей день обозначают различные проявления социального отклонения, кои, как известно, имеют не только негативные природу и содержание⁵⁷³. И вряд ли они готовы к терминологическому поглощению со стороны «коллизии».

ственного права усилилось (см.: Марченко М. Н. Источники права. М.: Проспект, 2011. С. 150).

⁵⁷⁰ Подробно об этом см., например: Жуйков В. Гражданский процессуальный кодекс РФ: разрешение коллизий // Российская юстиция. 2003. № 5. С. 27–29.

⁵⁷¹ См.: Тихомиров Ю. А. Публичное право. М., 1995. С. 252; Его же. Коллизийное право. М., 2000. С. 35–48.

⁵⁷² См.: Тихомиров Ю. А. Публичное право. С. 253.

⁵⁷³ Подробно об этом см., например: Кудрявцев В. Н., Нерсисянц В. С., Кудрявцев Ю. В. Социальные отклонения. М., 1984. С. 93–94, 99; Гревцов Ю. И. Социология права. СПб., 2001. С. 253–255; Карташов В. Н. Теория правовой системы общества. Т. 2. Ярославль, 2006. С. 102; Тарусина Н. Н. Семейное право: Очерки из классики и модерна. С. 549–561. И др.

Недаром, кстати, М. Н. Марченко подчеркивает, что расширение коллизионной сферы ставит проблему соотношения понятия коллизии законов с другими однопорядковыми с ним понятиями юридической коллизии, конкуренции законов, юридического конфликта и др.⁵⁷⁴ Так, «юридическая коллизия», продолжает автор, выступает в виде коллизии правовых норм, нормативно-правовых актов, юридических доктрин, правовых институтов и т. д. Правда, далее М. Н. Марченко вновь выходит на «стратегический простор» и выводит коллизию из общеродового понятия «противоречие»⁵⁷⁵, богатого, как известно, и формами проявления, и уровнем развития, что вновь обрекает ее (коллизию) на посещение «дома Облонских» вместе с отклонением, конфликтом и т. п. родственными понятиями. При этом автор подчеркивает, что в зависимости от характера, уровня развития и форм проявления коллизионных противоречий следует выделить два их вида, радикально друг от друга отличающихся, – конкуренцию законов (и других нормативно-правовых актов) и юридический конфликт. Они находятся на полюсах юридической коллизии, где конкуренция в виде рассогласованности норм является ее «началом», а юридический конфликт как крайняя форма выражения противоречия представляет собой ее «логический конец»⁵⁷⁶.

В этой связи вновь становится не вполне ясным, как «два вида юридической коллизии, радикально друг от друга отличающихся» (конкуренция законов и юридический конфликт), становятся «началом» и «концом», стадиями развития юридической коллизии. Разумеется, социальные противоречия могут эволюционировать, существовать как в гармонии единства и борьбы противоположных начал, так и в различных проявлениях дисгармонии – вплоть до стадии конфликта. Эти социальные противоречия в правовой сфере пронизывают и среду нормативности, и среду правореализации. Поскольку речь у нас идет о первой (коллизии которой, впрочем, приходится разрешать в рамках второй) и поскольку в нашу задачу ни в коей мере раз-

⁵⁷⁴ См.: Марченко М. Н. Указ. соч. С. 155

⁵⁷⁵ См.: Там же.

⁵⁷⁶ См.: Там же. С. 156.

борка «завалов» в указанном доме не входит, ограничимся уже сделанными констатациями, предоставив данную непростую миссию специальным исследованиям о развитии теории коллизионного права⁵⁷⁷, и будем исходить из узкотрадиционного значения коллизии как объективной и/или субъективной несогласованности нормативно-правовых предписаний.

Однако и в этих классических границах есть терминологические дискуссии. Так, ряд ученых (в основном представителей науки уголовного права) предпринимают попытки противопоставить коллизию и конкуренцию, в то время как в теории права обычно их отождествляют.

Основной довод, отмечает Л. В. Иногамова-Хегай, противников отождествления указанных понятий состоит в отнесении коллизии исключительно или к отношениям с иностранным элементом⁵⁷⁸, или к отношениям, явно противоречащим друг другу (вследствие дефекта законодательства). Между тем, продолжает автор, «конкуренция норм означает различное правовое регулирование одного и того же объекта, где различие норм является формой противоречия», то же самое означает и коллизия (как понятие, действительно первоначально возникшее в лоне международного частного права). Сходное толкование, замечает Л. В. Иногамова-Хегай, имеется, например, и в заключении Правового управления по проекту Федерального закона «О процедурах преодоления разногласий и разрешения споров между органами государственной власти Российской Федерации и ее субъектов» (в процессе его подготовки к чтению в Государственной Думе РФ), где предлагалась трактовка коллизионного права как «совокупности юридических правил, определяющих приоритетность действия конкурирующих законов (норм) в случае их противоречия друг другу и применения зако-

⁵⁷⁷ И его практики. О создании коллизионного права как комплексной отрасли и ее предположительных сферах охвата см.: Тихомиров Ю. А. Коллизионное право. С. 35–38.

⁵⁷⁸ Что с очевидностью имеет свои генетические корни (см., например: Богуславский М. М. Международное частное право. М., 1998. С. 75).

нов (норм) в конкретной ситуации, подпадающей под действие нескольких законов (норм)»^{579,580}.

М. Н. Марченко предлагает выделить следующие признаки конкуренции (коллизии) норм и законов: 1) различия, противостояния, которые могут «перейти» из одной стадии противоречия в другую; 2) состязательный характер этих норм (законов)⁵⁸¹; 3) нахождение их с точки зрения юридической силы на одном уровне; 4) отличие их по объему, степени конкретизации, времени издания и т. п. ; 5) направленность на одни и те же общественные отношения; 6) применение, в конечном итоге, из всей совокупности лишь одной (одного) из них⁵⁸². Для решения «конкурентных» проблем, продолжает автор, оптимальным было бы принятие специального федерального закона о нормативно-правовых актах, однако поскольку «ни один состав парламента нашей страны никак не решится его принять» (Ю. А. Тихомиров), то приходится опираться на систему коллизионных приоритетных принципов, сложившихся в правоприменении. Они, по мнению М. Н. Марченко, составляют условную иерархию и сводятся к следующим: 1) приоритет кодекса по отношению к некодифицированному акту; 2) преимущество специального закона перед общим; 3) приоритет более позднего закона (нормативно-правового акта) по отношению к ранее изданному; 4) при конкуренции норм различных отраслей – приоритет той из них, непосредственным предметом которой является данный вид общественных отношений⁵⁸³.

Разумеется, в эту схему, во-первых, вносятся неизбежные корректировки путем прямого указания в том или ином вновь принятом законе, во-вторых, она не является универсальным

⁵⁷⁹ Автор цитирует данную формулировку по кн. Ю. А. Тихомирова (Коллизионное право. С. 37.).

⁵⁸⁰ См.: Иногамова-Хегай Л. В. Конкуренция и коллизия уголовно-правовых норм // Уголовное право: стратегия развития в XX веке: Шестая Межд. науч.-практ. конф. М.: Проспект, 2009. С. 180–181.

⁵⁸¹ Полагаем, что «2)» является «парафразом» «1)».

⁵⁸² См.: Марченко М. Н. Источники права. С. 159.

⁵⁸³ См.: Там же. С. 166–167.

средством разрешения коллизий (конкуренции) и прежде всего норм общих и специальных, а также норм различной отраслевой принадлежности (или даже норм разных институтов одной отрасли). Именно в этом в первую очередь состоит предпосылка для усмотрения, в том числе судебного.

Традиционными образцами коллизий в семейном законодательстве являются содержащиеся там гражданско-процессуальные нормы специализированного типа. Еще Н. А. Чечина (применительно к КоБС РСФСР) отмечала, что последние часто не являются неотъемлемой составной частью материального правила, к которому «привязаны», и к тому же изложены с нарушением принципов гражданского процессуального права, противоречат содержанию основных процессуальных институтов, а в отдельных случаях фиксируют правила, противоположные нормативным постулатам ГПК РСФСР⁵⁸⁴.

Н. М. Кострова классифицирует гражданско-процессуальные нормы по трем группам: 1) правила, дублирующие специализированное законодательство; 2) оригинальные нормы, генетически и содержательно вытекающие из общих или специальных правил специализированного законодательства; 3) нормы, устанавливающие оригинальные правила, не вытекающие и не соответствующие правилам специализированного законодательства⁵⁸⁵. К числу последних автор (в качестве наиболее яркого примера) относит правила ст. 24 СК РФ об обязательности рассмотрения в бракоразводном процессе вопросов о месте проживания ребенка и его алиментировании, в том числе и по инициативе суда. По мнению автора, они не коррелируют с нормами ст. 151 ГПК РФ о соединении исковых требований, имеющих диспозитивный характер, и (добавим) ст. 4 ГПК РФ, не делающей и намека на подобную судебную инициативу. Мы также неоднократно обращались к диспозициям ст. 24 (и 23) СК РФ как классическим

⁵⁸⁴ См.: Чечина Н. А. Проблемы гражданского процессуального права // Правоведение. 1975. № 6. С. 77.

⁵⁸⁵ См.: Судебная защита семейных прав / под ред. Н. М. Костровой. М.: Городец, 2008. С. 21.

образцам «непослушания» коллизионного типа⁵⁸⁶, в том числе и в настоящем сочинении⁵⁸⁷. Однако акцентировали внимание на попытке судебной практики и доктрины⁵⁸⁸ объяснить данные предписания не в связке со ст. 151 (или, тем более, ст. 4) ГПК РФ, а в пределах п. 3 ст. 196 ГПК РФ, то есть права суда выйти за пределы заявленных требований⁵⁸⁹. Эта попытка похвальна с точки зрения поиска выхода из весьма щекотливой коллизии, но она бессодержательна, так как указанная активность суда направлена не на спорное брачное правоотношение, а на другие самостоятельные семейно-правовые связи (правоотношения по воспитанию и содержанию детей). Точно такая же коллизионная квалификация

⁵⁸⁶ В этой связи см., например: Жуйков В. ГПК РФ и другие источники гражданского процессуального права // Российская юстиция. 2003. № 4. С. 12.

Автор полагает, что ст. 24 СК РФ вообще не должна применяться (и не применяется) как противоречащая принципу диспозитивности гражданского судопроизводства.

Проблема, однако, имеет 2 стороны: коллизионную (которую мы и рассматривали) и сущностную. Вторая состоит в том, что, кроме апологированной диспозитивности, наличествует и конституционный принцип всемерной защиты семьи и интересов ребенка, и начала семейного законодательства, то есть весомые аргументы за императивную компоненту гражданского процесса.

Некоторые процессуалисты считают правило п. 2 ст. 24 СК РФ неприменимым в связи с его противоречием принципу законности (см.: Кузнецов Н. В., Малыхин Д. В. Проблемы специализации и систематизации гражданских процессуальных норм // Гражданский процесс: наука и преподавание / под ред. М. К. Треушниковой, Е. А. Борисовой. М., 2005. С. 265–266).

⁵⁸⁷ Например, в параграфе о процессуальной активности.

⁵⁸⁸ С опорой на Постановление Пленума ВС РФ от 19 декабря 2003 г. № 23 «О судебном решении» (п. 5).

⁵⁸⁹ Справедливости ради следует заметить, что в другом месте указанной работы Н. М. Кострова также анализирует ситуацию в контексте критики толкования ст. 196 ГПК РФ, дополняя аргументацию ссылкой на норму ч.3 ст. 246 ГПК РФ о несвязанности суда при рассмотрении дел публичного порядка основаниями и доводами заявленных требований. (Указ. соч. С. 52–53).

должна осуществляться применительно к обязанности суда по своей инициативе решить вопросы алиментирования детей при удовлетворении исков о лишении или ограничении родительских прав (п. 3 ст. 70, п. 5 ст. 72 СК РФ), а также отмене усыновления⁵⁹⁰ (п. 4 ст. 143 СК РФ). Солидаризируясь с Н. М. Костровой о необходимости преодоления указанной ею (по ст. 24) и дополненной нами несогласованности общих и специальных норм, уточним, что речь идет об изменении в первую очередь редакции ст. 4 ГПК РФ в части допущения, в порядке особого исключения (для защиты важных общественных интересов), инициативного возбуждения процесса⁵⁹¹. (Поскольку перед нами стоят иные задачи, мы не можем себе позволить войти в дискуссионное пространство о системе гражданско-процессуального законодательства и месте в ней процессуальных норм семейной ориентации⁵⁹².)

Вторым видом коллизийной нормы являются специальные правила об участии в процессе по семейным делам представителей государства, в частности прокурора⁵⁹³. В прежнем законодательстве коллизия имела существенно более острый характер, так как норма ст. 41 ГПК РСФСР имела абсолютный усмотренческий характер, а правила КоБС РСФСР, безусловным образом ей противореча, ограничивали инициативу прокурора возможностью предъявления иска лишь по определенным категориям дел (ст. 44, 45, 59, 63, 64, 111, 115 КоБС РСФСР). Анализируя

⁵⁹⁰ С той лишь разницей, что в последнем случае речь идет о праве суда.

⁵⁹¹ Что, например, и осуществлено во французском гражданско-процессуальном законодательстве (см. параграф о процессуальной активности).

⁵⁹² Подробно об этом см., например: Судебная защита семейных прав / под ред. Н. М. Костровой. С. 22–24; Тарусина Н. Н. Семейное право: Очерки из классики и модерна. С. 529–539.

⁵⁹³ Следует согласиться с обоснованным выводом Д. Я. Малешина в том, что в сравнительно-правовом и социокультурном контексте институт участия прокурора в российском гражданском процессе является уникальным и его можно рассматривать «в качестве самобытной черты отечественного гражданского судопроизводства» (см.: Малешин Д. Я. Участие прокурора в гражданском процессе: сравнительно-правовой и социокультурный анализ // Российское правоведение. 2010. № 8. С. 65).

данную ситуацию, Н. М. Кострова полагала (в тех временных и содержательных рамках), что данный перечень лишь актуализировал наиболее важные случаи, но не предполагал, в силу универсальности ст. 41 ГПК РСФСР, ограничений права прокурора инициировать судебный процесс по любому семейному делу, если, с его точки зрения, обстоятельства требуют прокурорского реагирования⁵⁹⁴. (Соответственно коллизия была унаследована СК РФ и ГПК РСФСР – до момента введения в действие ГПК РФ.) Опираясь на новеллу ст. 45 ГПК РФ о специально целевом инициировании прокурором гражданских дел, автор в настоящее время в указанном смысле коллизии не видит, однако обращает наше внимание на отсутствие в норме указания на иные случаи, предусмотренные федеральным законодательством (применительно к общим формам участия прокурора в гражданском процессе)⁵⁹⁵. То есть коллизия как бы «переоделась». Представляется, однако, что и прежние ее «одежды» остаются в моде, ибо ограничения ст. 45 не столь значительны⁵⁹⁶, как это видится на первый взгляд: указание на возможность предъявления иска в защиту прав, свобод и законных интересов граждан, которые не могут обратиться в суд самостоятельно в силу возраста, недееспособности, состояния здоровья и по другим уважительным причинам, в рамках сложившейся судебной практики по семейным делам, по сути, может квалифицироваться ограничением с большой натяжкой. Указание же правила ст. 45 ГПК РФ о снятии данного ограничения при решении вопросов о защите семьи, материнства, отцовства⁵⁹⁷ и детства и вовсе отпугивает нас, с одной стороны, в свободное усмотренческое

⁵⁹⁴ См.: Кострова Н. М. Судопроизводство по семейным делам. Махачкала, 1978. С. 35–36.

⁵⁹⁵ См.: Судебная защита семейных прав. С. 51.

⁵⁹⁶ С учетом позитивной редакции 2009 г. – результата дискуссии о необоснованном сужении сферы участия прокурора в гражданском процессе. Подробно об этом см., например: Чайка Ю. А. Прокуратура – государственный поверенный в делах законности // Закон. 2008. № 11. С. 9–10; Малешин Д. Я. Участие прокурора в гражданском процессе... С. 64.

⁵⁹⁷ В новелле ст. 45 ГПК РФ проявлена пока редкая для российского законодательства гендерная симметрия.

«плавание», с другой стороны, подтверждает сохранение прежней коллизии. Причем ее разрешение на основе приведенных ранее правил приоритетности – занятие не из легких: приоритет специальных норм над общими требует следования правилам СК РФ, а приоритет, установленный п. 2 ст. 4 ФЗ «О введении в действие гражданского процессуального кодекса Российской Федерации», предполагает ориентир на ст. 45 ГПК РФ. (Кроме того, если воспринимать нормы о перечне лиц, имеющих право на обращение в суд, в качестве семейно-правовых, то для них нормы ГПК РФ явятся специальным законодательством.)

К числу коллизий относится и правило ст. 17 СК РФ об ограничении права на предъявление иска мужем в течение беременности жены и года после рождения ребенка. Во-первых, норма ст. 36 ГПК РФ не содержит указания на возможность ограничения гражданской процессуальной правоспособности, а, во-вторых, правило п. 1 ст. 134 ГПК РФ не предполагает подобного основания для отказа в принятии искового заявления⁵⁹⁸.

СК РФ содержит и другие коллизии. Однако приведенных иллюстраций достаточно, чтобы сделать весьма неутешительный вывод: семейное и гражданско-процессуальное законодательство по-прежнему рассогласованы, коллизии находятся на поверхности, видны невооруженным глазом, представляют опасность для

⁵⁹⁸ С. Ф. Афанасьев отмечает, что в ГПК РФ нет ограничений на инициирование цивилистического судопроизводства индивидов (недееспособных, душевнобольных, несовершеннолетних, обанкротившихся, сутяжников). Применительно к некоторым из них закон лишь настаивает на их доступе к правосудию через представителей (см.: Афанасьев С. Ф. Право как справедливое судебное разбирательство... С. 106–107 и след.). Относительно ограничения ст. 17 СК РФ автор никакого комментария не дает, видимо по умолчанию полагая, что оно относится к числу жизненно необходимых, обусловлено разумным целеполаганием, с чем мы с ним и согласимся. Кроме того, ограничение носит временный характер. Можно даже предположить, что при гипотетическом обращении в ЕСПЧ или Конституционный Суд РФ высока вероятность лояльной к ст. 17 позиции (кроме частного аспекта об абсолютности запрета, то есть его распространяемости и на случаи установленного отцовства другого мужчины, о чем мы неоднократно писали).

реализации конституционного принципа приоритетной защиты семьи⁵⁹⁹ и вопиют к разрешению *de lege ferenda*.

§ 6. О судебном прецеденте, правовой позиции и судебном правотворчестве

До издания судебных уставов 1864 г., отмечает А. Н. Верецагин, в России на законодательном, правоприменительном и официально доктринальном уровнях господствовала система буквального применения законов⁶⁰⁰, хотя само законодательство, отсталое, пробельное и противоречивое, требовало допущения судебного правотворчества, которое «контрабандным путем» все же проникало в правовую действительность. Судебные уставы, продолжает автор, положили конец системе «буквализма», воспретив судьям приостанавливать производство «под предлогом неполноты, неясности, недостатка или противоречия законов», предписав руководствоваться «точным разумом закона» и их общим смыслом (ст. 9–10 Устава гражданского судопроизводства). Вопрос, однако, встал о существовании руководящих принципов и допустимых пределах судебного усмотрения, в том числе в виде ее онормативленной составляющей – судебного правотворчества⁶⁰¹. Так, С. А. Муромцев, первым нарушив штиль в правотворческих «водах», опираясь на идею о «живом» и «мертвом» праве (реальном правопорядке и писаных нормах, фактически не действующих и оный правопорядок не организующих), подчеркивал, что российский суд из соображений справедливости нередко «уклоняется от существующих норм, но, не имея власти на их изменение, прибегает для осуществления своих стремлений к скрытым средствам в обход закона»; в

⁵⁹⁹ Особое место среди коллизий и коллизионных правил занимают объекты внимания Конституционного Суда РФ и Европейского суда по правам человека. Об этом см. следующий параграф.

⁶⁰⁰ Положения ст. 65 Основных законов Российской империи предписывали избегать «обманчивого постоянства самопроизвольных толкований».

⁶⁰¹ См.: Верецагин А. Н. Судебное правотворчество в России: Сравнительно-правовые аспекты. М.: Международные отношения, 2004. С. 15.

нормальной же жизни суд творит так же, как и законодатель, только при помощи других приемов, в том числе додумывая за него то, что тому не довелось придумать⁶⁰².

В то же время Г. Ф. Шершеневич, Е. В. Васьковский и другие цивилисты и цивилистические процессуалисты высказывали серьезные опасения в потенции судебного произвола, ратовали за максимальную определенность права и сетовали на слабость чувства законности в русском обществе⁶⁰³. Это интеллигентное по форме, но мало примиримое по содержанию, противостояние в истории российской доктрины активно продолжилось.

Л. И. Петражицкий, определяя свою позицию относительно значения судебной практики в доктринальной триаде (источник позитивного права; особый вид обычного права; применение действующего права), отмечал, что в основе споров лежит «недо-разумение, а именно неразличение права и нормативных актов»; судебная практика, «конечно, не есть особый, самостоятельный вид права или вид обычного права» и вообще не право, а явление иного порядка – действия и решения судей или судов, вызываемые их правовыми мнениями. Они могут быть, продолжал автор, проявлениями различных видов права: законного (притом что судьи могут правильно или неправильно его толковать и применять), обычного (если они руководствуются народными обычаями), интуитивного (если судьи решают юридические вопросы по совести, справедливости и т. п.), а также и проявлением бесправия, хроническим нарушением права (если судьи при ненормальной постановке правосудия принимают решения под административным давлением или исходя из других факторов)⁶⁰⁴. Однако далее Л. И. Петражицкий, несколько отступая от категорического отрицания ее нормативного значения (впрочем, начав это отступление уже со ссылки на «интуитивное право»), квалифицирует судебную практику, опираясь на явления прецедента,

⁶⁰² Указания на источники и более подробную аналитику взглядов С. А. Муромцева см.: Верещагин А. Н. Указ. соч. С. 16–17.

⁶⁰³ Подробнее изложение данных позиций и источниковую базу см.: Там же. С. 18–19.

⁶⁰⁴ См.: Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб.: Лань, 2000. С. 452–453.

систематические в англо-саксонском и «спорадические» в континентальном европейском праве, как особый вид позитивного права, в том числе имея в виду отдельные преюдиции высших судебных инстанций (разновидность преюдициального права), более распространенного там, где нет надлежащего законодательства – полного, системного, но и могущего распространиться в связи с развитием международного права и соответствующей практики постоянных международных судов, общих и специальных⁶⁰⁵.

Эта и подобная противоречивость, возрастая и ослабляясь, расширяясь и сужаясь, в принципе, характерна для российской юридической действительности по вопросу о роли и значении судебной практики и допущении для нее качества прецедентности и правотворчества в целом.

Своеобразный всплеск неограниченной свободы судебного усмотрения наблюдался у нас в революционное время, который, однако, по справедливому замечанию А. Н. Верещагина, ничего общего с подлинным судебским правом не имел, так как усмотрение было лишено нормативной базы и осуществлялось судьями, не обладавшими, как правило, никакой юридической подготовкой⁶⁰⁶.

В последующем, по издании кодексов и иного законодательства, организации судебной системы с меньшим или большим активизмом высших судебных инстанций, существуя в концепте теории А. Я. Вышинского о вероятностном судебном решении и открещиваясь от нее, как от дьявольского наваждения, практика и доктрина продолжили дискуссию, начатую в XIX в. и продолжают ее по сей день.

Само понятие судебной практики также наполняется различным содержанием: от всеобъемлющего охвата ее объемом всей совокупности судебных решений, синонима судебной деятельности в целом (как разновидности юридической практики) до ограничения этого объема совокупностью нормативных правовых положений, выработанных в ходе судебной деятельности⁶⁰⁷. В

⁶⁰⁵ Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. С. 454–457.

⁶⁰⁶ См.: Верещагин А. Н. Указ. соч. С. 23.

⁶⁰⁷ Подробный анализ позиций по данному вопросу см., например: Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судебское право. М.: Про-

зависимости от цели исследования можно, видимо, опираться на широкий вариант понимания (в общесоциологическом смысле) и на узкий контекст, которым соответственно охватывается лишь определенная, избирательная, часть того, что и входит в понятие собственно судебной практики – деятельности судебных органов по принятию лишь тех решений, которые содержат правовые положения. Именно с таким пониманием связывается приобретение ею статуса формы, или источника, права⁶⁰⁸.

Правоположения, отмечает Н. Н. Вопленко, являясь актами подзаконного и поднормативного характера, возникая только в процессе правоприменения, представляют собой устоявшиеся типовые решения по применению юридических норм, которые в реальности приобретают черты общих правил в значении «прецедента»⁶⁰⁹. В принципе разделяя данное представление о судебной практике как источнике права, М. Н. Марченко замечает: несмотря на непосредственное ассоциирование «нормативной» судебной практики с актами определенного типа в виде постановлений Конституционного Суда РФ, Пленума Верховного Суда РФ и других высших судебных инстанций ее фактическую предпосылку составляет активная деятельность всей системы ответствующих судебных органов⁶¹⁰.

Дилемма «есть в России прецедент как источник права или нет прецедента» в ходе проведения российских правовых реформ, в процессе становления «персонифицированного» типа права обострилась и актуализировалась⁶¹¹, хотя сам «прецедент» и идея о нем

спект, 2009. С. 100 и след.; Жилин Г. А. Правосудие по гражданским делам: Актуальные вопросы. М.: Проспект, 2010. С. 251 и след. И др.

См. также: Ярков В. В. Судебная власть и защита личности в гражданском процессе // Правоведение. 1992. № 1. С. 47.

⁶⁰⁸ См.: Марченко М. Н. Указ. соч. С. 106–107.

⁶⁰⁹ См., например: Вопленко Н. Н. Источники и формы права. Волгоград, 2004. С. 74.

⁶¹⁰ См.: Марченко М. Н. Указ. соч. С. 108.

⁶¹¹ См., например: Мальцев Г. В. Социальные основания права. М.: Норма, 2007. С. 628; Цихоцкий А. В. Прецедентное право в механизме обеспечения эффективности правосудия по гражданским делам // Проблемы доступности и эффективности правосудия в арбитражном и

существовали и ранее – и именно в виде отдельных положений постановлений высших судебных инстанций, посвященных практике рассмотрения отдельных категорий дел, а нормативный характер руководящих указаний констатировался некоторыми учеными уже в 40-е годы XX в.⁶¹² По итогам дискуссии 1956 г. на страницах журнала «Советское государство и право» редакцией был сделан несколько противоречивый вывод, что руководящие указания являются подзаконными нормативными актами, источником права независимо от того, содержат ли они новые нормы права⁶¹³.

В. П. Реутов в 1970 г. предложил рассматривать указанные акты, а также решения по принципиальным конкретным делам правоположениями, представляющими прообраз (модель) будущей правовой нормы⁶¹⁴.

Достаточно ярким образцом такого рода является, например, Постановление Пленума Верховного Суда СССР № 9 от 28 ноября 1980 г. «О практике применения судами дел о расторжении брака». В ч. 3 п. 15 данного судебного акта судам предлагалось признавать имущество, нажитое супругами в период фактического прекращения семейных отношений и ведения общего хозяйства, их раздельной собственностью⁶¹⁵.

Между тем нормы КоБС РСФСР 1969г., регулировавшие отношения между супругами, устанавливали «категорический императив» общности имущества, нажитого в браке (ст. 20), личный режим являлся исключительным и возникал на основе исчерпывающего перечня оснований (п. 2 ст. 22). Известно также, что вектор бракоразводного законодательства того времени был направлен преимущественно на сохранение семьи, поэтому

гражданском судопроизводстве. М.: Лиджист, 2001. С. 137. И др.

⁶¹² См., например: Орловский П. Е. Значение судебной практики в развитии советского гражданского права // Советское право. 1940. № 8/9. С. 91–97.

⁶¹³ См.: О юридической природе руководящих указаний Пленума Верховного Суда СССР // Советское государство и право. 1956. № 8.

⁶¹⁴ См.: Реутов В. П. Стадии воздействия юридической практики на развитие законодательства // Правоведение. 1970. № 3. С. 117–118.

⁶¹⁵ См.: Сб. постановлений Пленумов Верховных Судов СССР и РСФСР (Российской Федерации) по гражданским делам. М., 1995. С. 90.

придание юридического значения фактическому разводу на этом фоне выглядело непоследовательно⁶¹⁶.

Некоторые авторы, толкуя словосочетание «нажитое имущество», полагали, что указанный императив не является препятствием для изменения судом статуса общности супружеского имущества. Так, В. Ф. Маслов подчеркивал: «Было бы нелогичным признавать общим имуществом вещи, которые супруги приобрели каждый в отдельности в период, когда они формально и не расторгли брак, но фактически его прекратили, проживали отдельно друг от друга, не вели совместного хозяйства и не собирались в дальнейшем сохранить семью»⁶¹⁷. Судебная практика также нередко выбирала данный вариант аргументации и решения. (Справедливости ради следует заметить, что КоБС Казахской ССР такую диспозитивную норму имел (п. 3 ст. 23) – один из кодексов 15 союзных республик.)

Совершенно очевидно, что нам в этом суждении Пленума явился очередной образец «толкования» закона за пределами закона, «изобретения» нормы (в «лучшем» случае – навязывания позиции одной суверенной республики четырнадцати другим⁶¹⁸).

Воззвание же В. Ф. Маслова к логике в данном случае, разумеется, аргументом не является: «нелогичные» нормы императивного характера могут быть лишь аутентично изменены на свою противоположность (превратиться в диспозитивные и ло-

⁶¹⁶ КоБС РСФСР был однозначен: 1) презумпция общности имущества опровергается доказыванием фактов дарения, наследования или принадлежности вещи к предметам индивидуального пользования; 2) фактическое прекращение брака не подрывает формулы «нажитое в браке» – брак прекращается даже и не вступившим в законную силу судебным решением, а актом регистрации развода в органах ЗАГС по заявлению одного или обоих супругов; давность по искам о разделе совместной собственности начинает течь с момента прекращения брака (ст. 20, 22, 40, п. 3 ст. 21 КоБС РСФСР).

⁶¹⁷ Маслов В. Ф. Имущественные отношения в семье. Харьков, 1972. С. 15.

⁶¹⁸ Если квалифицировать акт в качестве аналогии (чего сам Пленум не делает), то такая «аналогия», на наш взгляд, находится за пределами и этого вида усмотрения.

гичные) только волею законодателя⁶¹⁹. Практика же толкования закона в противоречии с законом может вызвать сочувствие при одном главном условии – если высшие судебные инстанции будут следовать ей во всех случаях, когда этого требует логика и справедливость (что невозможно)⁶²⁰.

Вернемся, однако, к «гамлетовской» дилемме. Наша историческая иллюстрация имела целью лишь продемонстрировать, что корни «прецедентных»⁶²¹ попыток развивались достаточно давно. Но именно в 90-е и «нулевые» годы они дали и доктринальные, и практические⁶²² дружные «всходы». Однако генетическая и онтологическая их природа различна.

Так, Р. З. Лившиц, в рамках дискуссий 90-х годов, предположил, что в ходе развития российской правовой системы теоретические предпосылки отрицания за судебной практикой качества источника права дезавуированы, и, напротив, отход от нормативизма как единственного правопонимания дал теоретическую возможность занять в этом вопросе иную, положительную, позицию⁶²³.

В. С. Нерсисянц противоположную точку зрения выстраивал на основе российской конституционной концепции разделения властей, приверженности континентальных правовых систем отрицательному отношению к судебному правотворчеству как ис-

⁶¹⁹ В 70-е гг. XX в. наша правовая система не знала еще конституционного правосудия.

⁶²⁰ В СК РФ данное положение, как известно, появилось (п. 4 ст. 38), однако это уже – «другая песня».

⁶²¹ Кавычки проставлены в связи с тем, что Постановления Пленума данного вида не подпадают под классический прецедент, являются, возможно, особой разновидностью гипотетического источника права.

⁶²² Практическая актуализация вопроса в том числе произошла в связи с принятием Пленумом Высшего Арбитражного Суда РФ Постановления от 14 февраля 2008г. № 14 «О внесении дополнений в Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12 марта 2007 г. № 17 «О применении Арбитражного процессуального кодекса РФ при пересмотре вступивших в законную силу судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам», фактически установившим «правило прецедента».

⁶²³ См.: Лившиц Р. З. Судебная практика как источник права // Судебная практика как источник права / отв. ред. Б. Н. Топорнин. М., 1997. С. 5.

точнику права, безусловного вектора правосудия в применении права⁶²⁴. Сходную позицию занимает и В. В. Ершов⁶²⁵, А. Я. Курбатов и другие ученые. Так, последний автор полагает, что «в обход Конституции РФ и законов идет изменение принципов функционирования судебной системы» в духе англо-саксонских прецедентных традиций, которые для России с ее тремя формально независимыми ветвями судебной власти, целым рядом разновидностей судопроизводства, четырьмя судебными инстанциями в арбитражных судах и судах общей юрисдикции и восьмьюдесятью восьмью регионами, «будет иметь катастрофические последствия»⁶²⁶.

М. Н. Марченко подчеркивает: анализ современных вариаций доктрины о прецеденте свидетельствует, что внимание сфокусировано именно на злободневном, но далеко не единственном аспекте проблемы – является ли прецедент источником права, присущи ли российскому суду начала XXI в. наряду с правоприменительными функциями также и правотворческие; между тем актуальны и другие вопросы – о природе, сущности, виде судебных прецедентов, их достоинствах и недостатках⁶²⁷.

Г. В. Мальцев, например, дифференцирует прецедентную конструкцию на классический (англо-саксонский) и неклассический⁶²⁸ типы. Так, вследствие «судейской дискреции и усмотрения судей, применяющих нормы закона при рассмотрении аналогичных конкретных дел, – продолжает автор, – в их деятельности

⁶²⁴ См.: Нерсесянц В. С. У российских судов нет правотворческих полномочий/Судебная практика как источник права. М.: Юрист, 2000. С. 107.

⁶²⁵ См.: Ершов В. В. Судебное правоприменение: актуальные теоретические и практические проблемы // Российское правосудие. 2006. № 5. С. 7; Его же. Основопологающие общетеоретические и гражданско-правовые принципы права. М., 2010. С. 18.

⁶²⁶ См.: Курбатов А. Я. Прецедентное право в России: пренебрежение к законам и усугубление проблем правоприменения // Закон. 2011. № 4. С. 109–110.

⁶²⁷ См.: Марченко М. Н. Указ. соч. С. 112.

⁶²⁸ Изложение данного тезиса осуществляется по смыслу и текстуально с авторским не совпадает.

постоянно возникают определенные стандарты, шаблоны, стереотипы, за которыми стоит индивидуальный и общий опыт судей и которые используются по принципу прецедента в обыденном смысле этого слова – привычного образца решения для аналогичных дел. В таком смысле прецеденты являются органической частью любого вида творческой деятельности, их не надо вводить, искусственно культивировать в судебной сфере, поскольку они сами по себе способны возникать, изменяться и исчезать в структурах опривыченного образца действия суда, независимо от того, на какую форму права он преимущественно сориентирован – на закон или судебный прецедент»⁶²⁹.

Судебный же прецедент в его классическом смысле, по мнению Г. В. Мальцева, во-первых, не соответствует исконным, историческим тенденциям и традициям европейского континентального права, строящегося на идее верховенства закона. Во-вторых, объективно, безотносительно к этим традициям, имеет массу недостатков, которые неизбежно присовокупятся к уже в нашей системе имеющимся: 1) процедура формирования прецедента не является ни демократической, ни детализированной (подробно регламентированной); 2) совмещение двух задач – разрешать дела и создавать прецеденты – бремя ответственности, часто судьям непосильное, о чем свидетельствуют дискуссии американских и английских юристов; 3) обязательность прецедентной нормы не опирается на механизмы субординационных и координационных связей между органами государственной власти; в силу доктрины «принудительного прецедента» на судью возлагается обязанность следования нормативному решению суда, хотя сам он может быть убежден в необходимости применить другие нормы; 4) процесс создания и действия законодательства опирается на институты социального контроля и социальной корректировки, пусть и не всегда эффективно срабатывающие; относительно прецедентного права о такой системе говорить не приходится (создание прецедентной нормы ограничено деятельностью независимого суда, которая к тому же затрагивает личные интересы участников процесса, а значит, исключает широкое общественное вмешательство); пере-

⁶²⁹ Мальцев Г. В. Указ. соч. С. 643.

проверка прецедентной нормы осуществляется внутри судейской корпорации: 5) заинтересованное лицо находится в ситуации неопределенности, ибо заранее не знает, какие нормы применит суд, в том числе собственного «изобретения»; 6) в «прецедентных» странах судебная власть активно соперничает с парламентом⁶³⁰.

На наш взгляд, совершенно очевидно, что ряд перечисленных упреков можно бросить и «беспрецедентной» системе: 1) судья и здесь часто оказывается в ситуации вынужденного следования правилу, которое не кажется ему ни логичным, ни справедливым, ни даже разумным; 2) судейское бремя ответственности и здесь нелегко, особенно при расширительном или ограничительном толковании, применении сложной аналогии, преодолении коллизии, иной усмотренческой конкретизации нормы права и правоотношения; 3) корпоративность по горизонтали и по вертикали также может довлеть над судейскою волею при принятии решения. И т. д.⁶³¹ Кроме того, как мы уже отмечали, зачатки прецедентности в нашей системе были и есть, а с появлением конституционного правосудия и развитием партнерства России по линии европейского права, Европейского суда по правам человека (далее – ЕСПЧ) и других международных судов эти зачатки существенно модифицируются и раздвигают границы своего присутствия.

В то же время и явление прецедента, судя по всему, сложнее, многограннее. В каждой правовой системе и семье, замечает М. Н. Марченко, имеют место свои особенности судейского права и судебного прецедента, а нередко – и свое представление о нем⁶³².

⁶³⁰ См.: Мальцев Г. В. Указ. соч. С. 632–641.

⁶³¹ Очевидным, общим местом в подобных ситуациях является тезис о том, что если другие народы придумали другую систему, то первые по-своему правы, а вторая имеет право на существование. Но верен тезис и о следующих народах и их системах...

⁶³² См.: Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судейское право. С. 113.

Подробнее о «классике жанра» см., например: Марченко М. Н. Указ. соч. С. 113–124, 284–322; Решетникова И. В. Доказательственное право Англии и США. М.: Городец, 1999; Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1998; Папкова О. А. Усмотрение суда. С. 16–37. И др.

Констатируя определенные прецедентные композиции континентальной правовой системы и сравнивая их с англо-саксонской, автор выводит ряд черт некоего «универсального» понятия: порождение судебных прецедентов высшими судебными инстанциями; наличие нормативности; обязательность для нижестоящих судов и для всех иных государственных органов и должностных лиц; определенная связанность высших судов своими собственными решениями; публичность прецедентного решения, его обнародование в официальных изданиях; вторичность по отношению к законодательству; направленность его идей не только на квалифицированное рассмотрение судами конкретных дел, но и на устранение пробельности нормативно-правовых актов⁶³³.

При этом М. Н. Марченко ограничивает даже прецедентные возможности высших судебных инстанций по конкретным делам: к прецеденту такие акты можно отнести лишь в «обывательском» смысле (в смысле решения, которое «ранее не встречалось в практике судов»⁶³⁴), ибо они имеют ненормативный характер и рассчитаны на однократность⁶³⁵. Подобное суждение, притом подтвержденное аналитикой судебных решений Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда, вызывает довольно жесткую критику. Так, А. Н. Верещагин обращает наше внимание на то, что «обывательское» (с точки зрения М. Н. Марченко и А. Л. Буркова) понятие судебного прецедента, в принципе, является общепризнанным как базовое: «прецедентными являются прежние решения, которые служат моделью для последующих решений». Каждый теоретик вправе, продолжает ученый, формулировать свое собственное понятие прецедента – лишь бы он четко оговаривал его признаки и сопоставлял с иной позицией (тем более, широко распространенной), сходу от нее не отмахиваясь; «нет никакой ереси» в том, чтобы распространить понятие прецедента и на руководящие разъяснения высших судов (хотя в классической теории они значатся под категорией «иных форм судебного правотворчества»), нужно лишь отдавать себе отчет в

⁶³³ Марченко М. Н. Указ. соч. С. 128.

⁶³⁴ В этом пояснительном тезисе М. Н. Марченко ссылается на А. Л. Буркова (см.: Марченко М. Н. Указ. соч. С. 430).

⁶³⁵ Там же.

том, что использование слова «прецедент» в качестве синонима судейского права вообще увеличивает объем исследуемого понятия до тех опасных его пределов, когда содержание становится существенно обеднённым, и потребуется другой термин для различения явления правообразующих решений по конкретным делам от иных форм судебного активизма (правотворчества)⁶³⁶.

А. Н. Верещагин полагает, что в качестве аргумента «*contra прецедент*» ссылка на однократность применения индивидуализированных судебных актов высших судов должна лишь озадачивать, ибо любое решение по конкретному делу вообще не предполагает применения, так как само есть применение; при этом, что важнее, даже в странах общего права суды, решая дела, «не декларируют создание прецедента (то есть новой нормы, рассчитанной на будущее применение) в качестве своей первостепенной задачи», последнее является лишь «побочным результатом» разрешения спора между сторонами. Было бы также, продолжает автор, по меньшей мере, самообманом предполагать, что высшие судебные инстанции, вынося такое решение, не учитывают его будущего общего эффекта по аналогичным делам; напротив, судьям этих инстанций прекрасно известно, что их решения внимательно изучают и «возьмут на вооружение» как в силу жесткой иерархичности российской судебной системы, так и принципа единообразия судебной практики, составляющего одну из гарантий равенства граждан перед законом и судом⁶³⁷; отказ воспринимать позиции, фиксированные в индивидуальных актах, в качестве руководства к действию есть аномалия и основание к пересмотру дела⁶³⁸.

⁶³⁶ См.: Верещагин А. Заметки о судебном нормотворчестве // Сравнительное конституционное обозрение. 2007. № 2. С. 138–139.

Следует заметить, что подобное смешение классического прецедента с постановлениями – обобщениями не единично. Для примера см.: Загайнова С. К. О прецедентно-правоприменительной природе судебных актов в гражданском и арбитражном процессе // Государство и право. 2009. № 10. С. 18–19.

⁶³⁷ В отдельных частях текста мы не цитируем автора буквально, а сообщаем смысл позиции в системе его общих идей.

⁶³⁸ См.: Верещагин А. Указ. соч. С. 139.

В теоретическом дискурсе, в действительности, по данному вопросу «штиля»⁶³⁹ по-прежнему не наблюдается. Так, например, С. К. Загайнова полагает акты высших судов, в том числе и общего характера, интерпретационным авторитетом для нижестоящих судов, не обладающими, однако, свойствами нормы права: ни толкование, ни преодоление пробелов, ни устранение противоречий нельзя расценивать как правотворчество – речь идет лишь об изложении мнения о применении действующей нормы⁶⁴⁰. Совершенно иную позицию занимают В. М. Жуйков, Г. А. Жилин, И. В. Решетникова и др. Так, В. М. Жуйков констатирует известное (но, особенно раньше, публично не афишировавшееся) положение вещей: и акты общего типа, и акты по конкретным делам зачастую являются источником права и учитываются судами при разрешении других дел, поэтому следует признать факт судебного правотворчества и допустить прецедентную ссылку⁶⁴¹. Г. А. Жилин в принципе солидарен с этим: при восприятии положений по неочевидным вопросам правоприменения в качестве образца для разрешения аналогичных ситуаций эти положения становятся разновидностью общих правил (пройдя через механизм обобщения практики и получив подтверждение авторитетом Верховного Суда РФ или Высшего Арбитражного Суда РФ), что вытекает и из указания соответствующего законодательства⁶⁴².

И. В. Решетникова связывает выравнивание трех ветвей власти в сфере нормотворчества с официальным закреплением руководящих разъяснений высших судебных инстанций в качестве нормативных актов⁶⁴³, однако не предлагает встроить в эту систему их решения по конкретным делам.

⁶³⁹ По П. Л. Капице: без столкновения мнений наука превращается в кладбище (цит. по: Верещагин А. Н. Указ. соч. С. 144).

⁶⁴⁰ См.: Загайнова С. К. Судебный прецедент: проблемы правоприменения. М., 2002. С. 157–158.

⁶⁴¹ См.: Жуйков В. М. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации: разрешение коллизий // Российская юстиция. 2003. № 5. С. 27–29.

⁶⁴² И автор предлагает необходимые ссылки. См.: Жилин Г. А. Правосудие по гражданским делам. С. 254–256.

⁶⁴³ См.: Решетникова И. В. Доказательственное право в российском

А. В. Цихоцкий, оценивая современное состояние практической юриспруденции, констатирует: последняя выработала самые различные приемы преодоления судом неточности и/или пробельности закона – применять аналогию, руководствоваться решениями судов (судебными прецедентами), отыскивать норму права самостоятельно, опираясь на «природу закона»; применяя дефектную норму, «суд как бы синтезирует интересы законодателя и правоприменителя, в результате чего получается норма судебного решения», касающаяся и того и другого⁶⁴⁴. (Первого, видимо, в контексте «подмены» и пожелания *de lege ferenda*, второго – в контексте «рецепта» от «дефективности» или неопределенности закона.) Судебные прецеденты, заключает автор, обеспечивают «динамику развития общественных институтов», дополняя традиционные нормативные элементы системы; их активизация закономерна, но требует формальной определенности границ, юридической силы, дополнительных гарантий от судебного произвола⁶⁴⁵.

В связи с незатухающей полемикой по рассматриваемому вопросу Д. Б. Абушенко высказал предположение о ее методологической бесполезности, поскольку представители одной стороны черпают свои доводы из юридической догматики, а другой – из юридической практики⁶⁴⁶. Соглашаясь с небезосновательностью данного утверждения, А. Н. Верещагин все же замечает, что «даже юридический догматизм не способен оказать поддержки противникам судебного нормотворчества». В российской правовой системе, продолжает автор, не существует бесспорной и за-

гражданском судопроизводстве: автореф. дис. ... д-ра. юрид. наук. Екатеринбург, 1997. С. 26.

⁶⁴⁴ См.: Цихоцкий А. В. Прецедентное право в механизме обеспечения эффективности правосудия по гражданским делам. С. 141.

⁶⁴⁵ Там же. С. 150, 152.

⁶⁴⁶ См.: Абушенко Д. Б. Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе. М.: Норма, 2002. С. 29.

В этой связи трудно удержаться от замечания о том, что в таком случае бесполезными можно квалифицировать, может быть, большинство дискуссий. А это не так: хоть в спорах и не всегда рождается истина, но определенный результат нередко все же добывается.

конодательно установленной иерархии источников права. Более того, норма ч. 1 ст. 120 Конституции призывает судей подчиняться только Основному и федеральному законам. ФЗ «О судебной системе Российской Федерации» (п. 1 ст. 5) расширяет перечень, но не доводит расширение до реальных и доктринальных обыкновений. Поэтому «отсутствие судебных решений в общепринятом академическом списке источников права само по себе не является достаточной причиной, чтобы отрицать за ними это качество»⁶⁴⁷. Автор, впрочем, на наш взгляд, несколько лукавит, так как, например, в правиле п. 1 ст. 11 ГПК РФ, также адресованной судам, продолжается вполне приемлемая композиция примененного законодательства – вплоть до нормативно-правовых актов органов местного самоуправления и обычаев делового оборота. Систематическое толкование всего массива федерального законодательства позволяет включить и локальное нормотворчество, а его расширительная версия – косвенно и правотворчество судебное (что некоторым образом следует из сказанного ранее и воспоследует из продолжения)⁶⁴⁸. В частности, сам же автор ссылается на правило ст. 170 АПК РФ, позволяющее судам адресоваться в своих решениях на постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда, то есть использовать их в качестве одной из легальных основ⁶⁴⁹.

Д. И. Малешин, с одной стороны выявляет в прецедентной практике недостатки (она усиливает субъективный фактор, снижает устойчивость юридической системы и уровень правотворческой техники и т. д.)⁶⁵⁰, с другой – констатирует общую тенденцию фактического усиления ее роли. Относя российскую гражданско-процессуальную систему к смешанному культуру-

⁶⁴⁷ См.: Верецагин А. Н. Указ. соч. С. 137–138.

⁶⁴⁸ Подробно и весьма занимательно о том, как менялась позиция законодателя относительно, например, статуса руководящих разъяснений высших судов см.: Верецагин А. Н. Судебное правотворчество в России. С. 141–158.

⁶⁴⁹ См.: Там же. С. 151.

⁶⁵⁰ Которые, как мы уже отмечали применительно к позиции М. Н. Марченко, почти полным строем могут быть передислоцированы и в пространство традиционного правотворчества.

логическому типу⁶⁵¹, автор полагает, что судебный прецедент официальным источником не станет, но фактически в качестве источника права используется⁶⁵².

А. Т. Боннер видит «истину» в этом споре где-то посередине. С одной стороны, пишет автор, при разработке проекта ГПК РФ не прошло предложение о предоставлении судам права ссылаться в своих решениях на опубликованные постановления Верховного Суда РФ по конкретным делам. С другой стороны, прецедент в российской правовой системе имеет определенное значение – и отнюдь не в виде актов официального нормативного толкования высших судов. Так, правомочия их руководителей вносить представления о пересмотре судебных постановлений в порядке надзора в целях обеспечения единства судебной практики и законности (ст. 389 ГПК РФ, ст. 304 АПК РФ) и соответствующие правоположения этих судов, обязательные для судов нижестоящих, свидетельствуют о некотором движении в сторону прецедентного права, но еще не о признании последнего⁶⁵³ в той или иной форме⁶⁵⁴.

Анализируя акты высших судов, А. Т. Боннер совершенно справедливо критикует те из них, которые не могут относиться к обязательным в силу (точнее – в слабость) их «полной бессодержательности» и сомнительности пользы. Например, в п. 1 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 декабря 2003 г. № 23 «О судебном решении» нижестоящим судам сообщается: «В соответ-

⁶⁵¹ Подробно об этом см., например: Малешин Д. Я. Методология гражданского процессуального права. М.: Статут, 2010. С. 73–163; Его же. Гражданская процессуальная система России: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2011.

⁶⁵² См.: Малешин Д. Я. Судебный прецедент в России: социокультурные особенности // Закон. 2010. № 11. С. 123–124, 128.

⁶⁵³ См.: Боннер А. Т. Судебный прецедент в российской правовой системе // Избранные труды по гражданскому процессу. СПб.: СПбГУ: 2005. С. 420–423.

⁶⁵⁴ По мнению А. Т. Боннера, интересно предложение И. А. Ястржембского о дифференциации прецедента на обязательный, толковательный, убеждающий и информационный типы. Однако в этой связи полезно напомнить приведенные ранее соображения А. Н. Верещагина о классическом понимании прецедента и его взаимодействии с иными формами судебного правотворчества и активизма.

ствии со статьей 194 ГПК РФ решением является постановление суда первой инстанции, которым дело разрешается по существу. Решение должно быть законным и обоснованным (часть 1 статьи 195 ГПК РФ)». Соблюдая корректность и сдержанность, автор подчеркивает, что число подобных «разъяснений» относительно невелико⁶⁵⁵, что, на взгляд других авторов, к коим мы относим и себя, является, к сожалению, излишне мягким утверждением.

Так, А. И. Бойко, не подвергая сомнению умение высших судов «читать дух» в «букве» закона, в целом отказывает им в искусстве «четко и эстетично излагать «руководящие мысли» в судебном акте и упрекает в следовании командному стилю однопартийной эпохи, казенщине и банальности: «важность сферы правоприменения», «но есть отдельные недостатки», «обратить внимание»... При этом, продолжает автор, мнение Пленума по самым трудоемким вопросам толкования текста закона «часто выражено двусмысленным или оценочным образом»⁶⁵⁶.

В параграфе, посвященном нормативному толкованию, мы также обращались к примерам суждений Пленума Верховного Суда РФ, содержащих либо абсолютный повтор нормы СК РФ или ГПК РФ, либо ее малосодержательный «ремзйк», либо назидание. Например: «приняв заявление о расторжении брака, судья по каждому делу обязан провести подготовку к судебному разбирательству в порядке, предусмотренном гл. 14 ГПК РФ» (п. 8 Постановления Пленума ВС РФ от 5 ноября 1998 г. № 15, в ред. Постановления от 6 февраля 2007 г. № 6 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел о расторжении брака»). Аналогичный характер имеют суждения ч. 4 п. 10, ч. 1 п. 11, ч. 4 п. 12, ч. 1 ст. 15, п. 19, ч. 1 п. 23 и др. положения указанного постановления. За иллюстрациями можно также обратиться к Постановлению от 27 мая 1998 г. № 10 (в ред. от 6 февраля

⁶⁵⁵ Боннер А. Т. Судебный прецедент в российской правовой системе. С. 424.

⁶⁵⁶ См.: Бойко А. И. Язык уголовного закона и его понимание. С. 236–237.

Автор далее приводит образцы изысканной стилистики Правительствующего Сената, соответствующие народной поговорке «по суду и скорпиона приятно проглотить». (Там же. С. 237–242).

2007 г. № 6) «О применении судами законодательства при разрешении споров, связанных с воспитанием детей»: «Решая вопрос о месте жительства несовершеннолетнего при раздельном проживании родителей (независимо от того, состоят ли они в браке) необходимо иметь в виду, что место жительства ребенка определяется исходя из его интересов, а также с обязательным учетом мнения ребенка, достигшего возраста десяти лет, при условии, что это не противоречит его интересам (п. 3 ст. 65, ст. 57 СК РФ)» (ч. 1 п. 5). Аналогичны ч. 1, 3 п. 6, ч. 1 п. 8 и др. Следует, однако, заметить, что количество общих мест в разных постановлениях существенно различно. Кроме того, в процентном отношении «полезные советы» все же преобладают.

А. Т. Боннер полагает, что ни «разъяснения»⁶⁵⁷, ни «рекомендации» не могут квалифицироваться в качестве «судебной практики» и, тем более, актов нормотворчества. Такие шансы имеются у отдельных положений по толкованию норм⁶⁵⁸ или применению аналогии. Впрочем, автор уточняет, что даже и в последнем случае речь идет не о создании новых норм права, а о выработке обязательного правового регламента, с помощью которого суды преодолевают пробелы в праве⁶⁵⁹.

Тем не менее ученый фиксирует случаи «изобретения» вышшими судебными инстанциями положений, которых ранее не было в действующем законодательстве, то есть выходящих далеко за рамки толкования. Таковых немало, по мнению автора, в постановлениях по применению жилищного законодательства; они имеются в Постановлении Пленума ВС РФ от 20 января 2003 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с принятием и введением в действие Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации» (например, в п. 25, определяющем ответственность нарушений норм материального права)⁶⁶⁰ и др. Если

⁶⁵⁷ Не совсем ясно, как соотносятся у автора разъяснения и акты толкования.

⁶⁵⁸ Добротным примером подобного рода являются положения п. 11 Постановления Пленума ВС РФ от 27 мая 1998 г. № 10 о толковании оснований к лишению родительских прав (то есть ст. 69 СК РФ).

⁶⁵⁹ См.: Боннер А. Т. Указ. соч. С. 424-425.

⁶⁶⁰ Там же. С. 425-427.

такое «нормотворчество» неизбежно и необходимо, заключает автор, его следует закрепить законодательно, а пока приходится согласиться, что «Пленумы высших судов в известной мере занимаются самостоятельным нормотворчеством», созданием «суррогата нормативного акта»⁶⁶¹. Что же касается постановлений этих структур по конкретным делам, то они являются «прецедентами толкования»⁶⁶², внимательно изучаются судьями и другими юристами, часто верны, но иной раз и ошибочны. Поэтому, констатирует А. Т. Боннер, их нельзя поднимать до уровня источников права⁶⁶³. (В этой связи сразу же хочется возразить: законы и иные нормативно-правовые акты также бывают ошибочны, иной раз и крепко ошибочны, однако с «пьедестала» источников права их сбрасывают только аутентичной отменой, что можно произвести и с судебным актом⁶⁶⁴.)

Несколько противоречивую позицию занимает А. Ф. Черданцев. С одной стороны, автор констатирует, что «верховные инстанции», давая разъяснения по вопросам применения права, не рассматривают себя в качестве правотворческого органа, что, в частности, подтверждается и отменой собственных постановлений по мотивам противоречия закону или его изменения⁶⁶⁵. Отдельные случаи, продолжает автор, «приспособления» законов к жизни, «квазиправотворчества» не могут служить доводом в пользу вывода о правотворческой функции указанных органов. С другой стороны, постановления пленумов высших судебных

⁶⁶¹ Боннер А. Т. Указ. соч. С. 429.

⁶⁶² Здесь автор солидарен с С. С. Алексеевым. См.: Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 1, М., 1981. С. 352–354.

⁶⁶³ См.: Боннер А. Т. Указ. соч. С. 430.

⁶⁶⁴ Как справедливо замечает А. Н. Верещагин, если конкретная практика исходит от судов, дающих разъяснения общего типа, которые на этой практике и основываются, и если то и другое систематически десятилетиями публикуется в официальном источнике, первое не может не иметь определенных правовых последствий, а второе не может быть бесцельным (см.: Верещагин А. Н. Судебное правотворчество в России. С. 174).

⁶⁶⁵ Как мы только что отметили, подобные констатации неизбежны и в отношении законов, тем более – иных нормативно-правовых актов.

инстанций являются нормативными актами; в них (как в актах нормативного толкования) содержатся определенные правила, однако в них не должно проявляться ничего такого нового, что не было бы содержанием самих интерпретируемых норм; они суть интерпретационные нормы, отвечающие требованию соответствия закону, не выходящие за его рамки и не противоречащие ему. В то же время, уточняет А. Ф. Черданцев, определенные положения о применении нормы по аналогии закона или права, сформулированные в руководящих разъяснениях, будучи общеобязательными для правоприменяющих субъектов, имеют элементы делегированного правотворчества⁶⁶⁶. Таким образом, и данный автор, пусть с оговорками, вынужден признать факт «нормативно-правовой природы рассматриваемых актов и ограниченную (вторичную) правотворческую позицию указанных органов.

Не лишены разнообразия предпочтений и семейноведы⁶⁶⁷ они либо занимают нейтральную, неконкретизированную к данной дискуссии позицию⁶⁶⁸, либо отрицают за судебной практикой статус источника семейного права⁶⁶⁹, либо приветствуют его. Так, М. В. Антокольская, констатируя, что судебная практика (в нашем случае – по семейным делам) традиционно не относилась к источникам права, отмечает, что, хотя роль судебного решения в англо-саксонской и континентальной системе различна, судебная практика является источником права во всех без исключения развитых странах мира. Признание за судебной практикой подоб-

⁶⁶⁶ См.: Черданцев А. Ф. Толкование права и договора. М.: Юнити, 2003. С. 298–301.

⁶⁶⁷ Подробно об этом см., например: Низамиева О. Н. Договорное регулирование имущественных отношений в семье. Казань: КазГУ, 2005. С. 55–64.

⁶⁶⁸ См.: например: Нечаева А. М. Семейное право. М.: Юристъ, 2006. С. 40; Семейное право / под ред. П. В. Крашенинникова. М.: Статут, 2007. С. 26. И др.

⁶⁶⁹ См., например: Пчелинцева Л. М. Семейное право России. М.: Норма, 2004. С. 47; Король И. Г. Личные неимущественные права ребенка по семейному праву Российской Федерации. М.: Проспект, 2010. С. 46. И др.

ного статуса, продолжает автор, «означает, что Россия наконец покончит с давно считающимся историческим пережитком нормативизмом» и придаст нашей системе «большую гибкость, способность быстро учитывать новые потребности, корректировать ошибки и пробелы в законодательстве»⁶⁷⁰. Да будет так.

В развитие идеи о многообразии прецедентных контекстов⁶⁷¹ А. Н. Верещагин обращает наше внимание на активизацию в современном правосудии практики прямого применения Конституции РФ, поощренную соответствующим Постановлением Верховного Суда РФ⁶⁷². Автор полагает, что оно создало новую основу для судебного правотворчества. На первый взгляд, пишет он, этот вывод может показаться сомнительным, поскольку в акте ПВС РФ содержится «инструкция» о прямом применении Конституции РФ и ни слова не упоминается, каким образом судам на основе ее норм и в ситуации отказа от норм конкретного законодательства устанавливать некие новые правовые стандарты. Однако, замечает автор, существует взаимосвязь между полномочиями судов на прямое применение Конституции и прецедентным значением подобных решений, ибо суд нередко сталкивается с дефицитом правового регулирования, которое необходимо восполнить. В то же время это не значит, что всякое судебное решение, основанное на прямом действии, станет прецедентом (конкретный закон продолжает действовать). Оно станет таковым, если приобретет качество образца

⁶⁷⁰ Антокольская М. В. Семейное право. М.: Норма, 2010. С. 53.

В учебнике 1997 г. автор занимала существенно иную позицию (см.: Семейное право. М.: Юристъ, 1997. С. 39).

Мы делаем эту оговорку отнюдь не с целью упрёка, так как полагаем данного автора творческим и самостоятельным ученым. Наша цель – констатировать вектор изменения позиций в данном вопросе и порадоваться, что «нашего полку прибыло».

⁶⁷¹ Автор, адресуясь к специалистам по сравнительному правоведению, приводит вариант подразделения ими прецедентов на обязывающие (1), необязывающие, но убеждающие (2), подкрепляющие аргументацию судьи в конкретном деле (3), иллюстративные (4). Подробно см.: Верещагин А. Н. Указ. соч. С. 161 и след.

⁶⁷² См.: Постановление Пленума Верховного Суда от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия».

для будущих судебных решений. С одной стороны, российские суды общей юрисдикции пользуются выбором, отказывать ли в применении закону, по их мнению неконституционному (тогда закон признается не действующим лишь в отношении конкретного спора), или же обратиться с запросом в Конституционный Суд (при положительном его решении – с известными последствиями). Однако, поскольку «самой судебской функции свойственно стремление обеспечить единство судебной практики», было бы «весьма странным, если бы одни судебные инстанции пренебрегали решениями других, даже если они «формально ими не связаны; «делом именно высших судебных инстанций является выработка общих стандартов путем выбора одного из возможных вариантов для обеспечения желанного единообразия», в том числе и в рассматриваемом контексте. А. Н. Верещагин в качестве примера ссылается именно на семейное дело, опубликовав которое в своем официальном журнале, Верховный Суд оказал тем самым поддержку соответствующему судебному акту и предложил следовать ему в подобных делах⁶⁷³.

Супруги В. обратились в суд с заявлением (2001 г.) об удочерении Х. и изменении даты и места рождения в целях обеспечения тайны. Супруги уже воспитывали усыновленного ребенка Е. Х. и Е. были одногодками – с разницей в датах рождения меньше двух месяцев, поэтому заявители и просили зафиксировать общую дату (по Х.), чтобы дети могли считаться двойней. Суд установил удочерение (с изменением фамилии, имени и отчества), однако в просьбе об изменении даты рождения отказал, сославшись на правило ч. 2 п. 1 ст. 135 СК РФ, которым (на тот момент) допускалось подобное изменение только в отношении ребенка до 1 года (Е. исполнилось 3 года). Президиум Тюменского областного суда удовлетворил протест заместителя Верховного Суда РФ об отмене данного решения, указав, что согласно ч.3 ст. 55 Конституции РФ права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральными законами только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты конституционного строя, нравственности, здо-

⁶⁷³ См.: Верещагин А. Н. Судебное правотворчество в России. С. 160–166.

рова, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Ограничение (ст. 135 СК РФ) не отвечает указанным целям и не подлежит применению в данном деле. Решение об отказе в изменении не позволяет сохранить семейную тайну супругов В., так как разница в возрасте усыновленных детей составляет 45 дней. Это противоречит также ч. 1 ст. 23 (о неприкосновенности частной жизни и семейной тайне) и ч. 1 ст. 38 (о конституционной защите материнства, детства и семьи) Конституции РФ, Конвенции о правах ребенка и ФЗ от 24 июля 1998г. № 224 «Об основных гарантиях прав ребенка в РФ», которыми гарантируются указанные права^{674,675}. (В последующем законом от 28.12.2004 № 185ФЗ редакция этой части ст. 135 СК РФ была скорректирована: «... изменение даты рождения усыновленного ребенка может быть разрешено при усыновлении ребенка, достигшего возраста одного года и старше».)

Особое место – по природе, статусу, значению – среди актов высших судебных инстанций с очевидностью принадлежит решениям Конституционного Суда РФ, которые большинством исследователей признаются специфическим источником российского права. Однако характеристики «особости» даются и выводы о ее природе делаются различные⁶⁷⁶.

⁶⁷⁴ Эта ссылка была явно излишней, а в части ФЗ – и не вполне корректной по двум причинам: во-первых, в нем повторяются положения Конституции, во-вторых, по сложившимся в практике правилам приоритета коллизия, как правило, разрешается в пользу кодификационного акта (см. параграф о коллизиях).

⁶⁷⁵ См.: Бюллетень ВС РФ. 2003. № 4. С. 14.

⁶⁷⁶ Дискутируется также природа полномочий Суда. Так, В. С. Нерсесянц считает, что нормативные положения отменяются не в силу решения КС РФ, а на основе соответствующей конституционной нормы, которая и наделила Суд правом рассматривать конституционность законодательства, поэтому его решения норм не создают (см.: Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 112.)

Однако, справедливо возражает А. Н. Верещагин, «если Конституция наделяет определенный орган правом законодательствовать, то из этого еще не следует, что реальным создателем права является Консти-

Так, например, Н. С. Бондарь в качестве главной специфики решений КС РФ фиксирует их нормативно-доктринальную природу, которая предопределяется, прежде всего, особенностями судебно-конституционных (контрольных) полномочий Суда⁶⁷⁷. Причем дефис между означенными терминами отнюдь не демонстрирует две самостоятельные характеристики. Напротив, подчеркивает автор, они существуют в интегральном единстве: «обладая высокой степенью информационно-правовой насыщенности и обобщенности», «воплощая в себе сплав концептуальных научно-теоретических подходов⁶⁷⁸ с реальной практикой», они приобретают признаки конституционной доктрины; заложенные в актах оценки конституционности отраслевого законодательства неизбежно обладают и нормативной энергией, ибо в них решаются вопросы не только с точки зрения сущего, но и должного; в зависимости от предмета запроса по конкретному делу решение КС становится источником не только конституционного, но и отраслевого законодательного нормирования⁶⁷⁹.

В. Д. Зорькин, Г. А. Гаджиев и др. авторы, с той или иной степенью очевидности и тождественности, относят решения КС РФ к судебному прецеденту⁶⁸⁰. Так, первый автор, не отождест-

туция, а не этот законодательный орган». (Верецагин А. Н. Судебное правотворчество в России. С. 104.)

А. Н. Верецагин замечает, что часто КС РФ характеризуют как «негативного законодателя», так как он лишает силы определенные законы, но не создает позитивных норм. Однако, продолжает автор, это не так: когда Суд лишает силы определенную норму, то это зачастую ведет к ее автоматической замене другой нормой; характер последней отражает природу отмененной. Таким образом, мы имеем своеобразную «нормативную симметрию», где нормы определенных типов коррелируют друг с другом. Подробно об этом см.: Верецагин А. Н. Указ. соч. С. 105–106.

⁶⁷⁷ См.: Бондарь Н. С. Нормативно-доктринальная природа решений Конституционного Суда РФ как источников права// Журнал российского права. 2007. № 4. С. 75.

⁶⁷⁸ Как известно, предпосылка тому – принадлежность членов КС к научной элите.

⁶⁷⁹ Далее Н. С. Бондарь приводит убедительные примеры подобного рода (см.: Там же. С. 78–80).

⁶⁸⁰ См., например: Зорькин В. Д. Прецедентный характер решений

вляя их в полной мере, подчеркивает близость данных актов с классическим прецедентом по следующим параметрам: решения КС распространяются не только на конкретный случай, но и на все аналогичные случаи, имеют официальный и обязательный характер на всей территории страны, выполняют одновременно и функцию стабилизации, и функцию развития модернизирующейся правовой системы⁶⁸¹.

Т. Г. Морщакова и др. авторы подчеркивают преюдициальное значение актов конституционного правосудия⁶⁸². Однако, уточняет Г. А. Жилин, подобное адресование к институту преюдициальности судебных решений является в значительной мере условным: обязательность для других судов установленных КС РФ фактов распространяется не на обстоятельства другого дела (в рамках классических субъективных и объективных пределов преюдиции), подлежащего рассмотрению в суде, а на факты конституционности или неконституционности проверенных нормативных актов⁶⁸³. Это же обстоятельство отличает их, по мнению Н. С. Бондаря, и от прецедента⁶⁸⁴.

Наконец, Н. В. Витрук, Л. В. Лазарев и другие ученые полагают решения Конституционного Суда РФ самостоятельным источником права, содержащим те или иные свойства всех ранее перечисленных «типологий»⁶⁸⁵, при этом источником разнохарактерным, решающим различные задачи, в сочетании и отдельности. Они могут иметь «первично-превалирующее» негативное начало,

Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. 2004. № 12. С. 3–9. Гаджиев Г. А. Ratio decidendi в постановлениях Конституционного Суда Российской Федерации // Конституционное правосудие. 1999. № 2. С. 4.

⁶⁸¹ См.: Зорькин В. Д. Указ. соч. С. 6.

⁶⁸² См., например: Морщакова Т. Г. Разграничение компетенции между Конституционным Судом и другими судами Российской Федерации // Вестник КС РФ. 1996. № 6. С. 29.

⁶⁸³ См.: Жилин Г. А. Указ. соч. С. 364–365.

⁶⁸⁴ См.: Бондарь Н. С. Указ. соч. С. 84.

⁶⁸⁵ См., например: Витрук Н. В. Конституционное правосудие в России (1991–2001 гг.): Очерки теории и практики. М., 2001. С. 104–124; Лазарев Л. В. Правовые позиции Конституционного Суда России. М., 2003. С. 59.

закрывающееся в отмене соответствующей правовой нормы (лишении ее силы); позитивное конституционное истолкование норм отраслевого законодательства (с его «рихтовкой») и т. д.⁶⁸⁶

Вне зависимости от точки зрения на природу и сущность рассматриваемых решений, в соответствии с ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» и последующей практикой его применения в решениях КС содержится так называемая **правовая позиция**.

В текстологическом смысле этот термин, разумеется, может быть приложен и к актам других высших судебных инстанций. Более того, в онтологическом смысле так и произойдет⁶⁸⁷, если уже не произошло.

Расширение сферы применения данной конструкции, замечает М. Н. Марченко, означало бы «давно назревшее признание судейского правотворчества» и ознаменовало бы «нахождение некоего «компромисса» в явно затянувшемся и не всегда продуктивном споре между сторонниками полного признания судебной практики в качестве источника права в России и сторонниками ее полного отрицания»⁶⁸⁸.

На уровне доктрины, в действительности, термин «правовая позиция» в последнее время используется еще шире, «захватывая в свои сети» всех субъектов судебной системы. Так, М. В. Долгополова, анализируя ситуации, связанные в основном с новыми веяниями современной жизни (например, в связи с использованием интернета), констатирует неизбежность потребности в «открытии», «отыскании» правил разрешения того или иного правового конфликта (для достижения, в широком и узком смысле, целей правового регулирования) посредством выражения судьей (в ее интерпретации – судьей высшей инстанции) своей правовой позиции⁶⁸⁹. Р. Л. Иванов, дифференцируя акты судебного право-

⁶⁸⁶ См.: Бондарь Н. С. Указ. соч. С. 76–77.

⁶⁸⁷ См., например, прогноз В. Ю. Соловьева (Судебная практика в российской правовой системе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 6.)

⁶⁸⁸ Марченко М. Н. Указ. соч. С. 129–130.

⁶⁸⁹ См.: Долгополова М. В. Правосудие как субъект правового регулирования // Правоведение. 2008. № 4. С. 244.

творчества, отмечает, что принимаемые, например, решения судами общей юрисдикции и арбитражными судами при признании (в рамках своей компетенции) нормативно-правовых актов недействующими становятся источниками права, если содержат в себе нормы в виде правовых позиций и/или оперативные нормы⁶⁹⁰. Следует также заметить, что в общеупотребительном смысле юридическая практика достаточно давно (по крайней мере, с началом реформирования российской правовой системы) использует данный термин и в судебной, и в адвокатской деятельности⁶⁹¹. Поэтому одной из задач, видимо, является уточнение сферы его официального применения, а при возобладании означенного универсального подхода – констатация специфики статуса и содержания правовой позиции судов различного звена.

Вернемся, однако, к ее конституционно-судебному аспекту. Правовые позиции КС РФ, отмечает В. А. Кряжков, заключаются прежде всего в итоговых судебных решениях, а также в определениях об отказе в принятии обращений к рассмотрению. Их совокупность (особенно первых) ведет в конечном итоге к выработке взглядов Суда по макроконституционно-правовым проблемам прав и свобод граждан, организации государственной власти, местного самоуправления и др.⁶⁹²

Их основные черты, по мнению Н. С. Бондаря и др. ученых, сводятся к «великолепной семерке»: 1) итогово-обобщающий характер («юридическая квинтэссенция» конституционно-контрольного акта); 2) оценочная, аксиологическая природа; 3) выявленный конституционный смысл рассматриваемых положений отраслевого законодательства; 4) концептуальность; 5) общий характер; 6) юридическая обязательность; 7) нахождение

⁶⁹⁰ См.: Иванов Р. Л. Виды актов судебного правотворчества в Российской Федерации // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2010. № 3. С. 8.

⁶⁹¹ Н. С. Бондарь, например, употребляет этот термин и применительно к законодателю. См.: Бондарь Н. С. Власть и свобода на весах Конституционного правосудия. М.: Юстицинформ, 2005. С. 140.

⁶⁹² См.: Кряжков В. А., Лазарев Л. В. Конституционная юстиция в Российской Федерации. М.: Бек, 1998. С. 246–247.

в сложных системных взаимосвязях с корреспондирующими и правовыми позициями законодателя⁶⁹³.

Обратимся к семейно-правовым контекстам. Так, весьма актуальным является Определение КС РФ от 16 ноября 2006 г. № 496-0 «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Э. Мурзина на нарушение его конституционных прав пунктом 1 статьи 12 Семейного кодекса Российской Федерации». Суд подтвердил конституционность положения о браке как союзе мужчины и женщины. Решением Останкинского районного суда г. Москвы от 15.02.2005 г. Э. Мурзину было отказано в удовлетворении требования о признании незаконным решения органа ЗАГС об отказе в регистрации брака с Э. А. Мишиным – со ссылкой на правило п. 1 ст. 12 СК РФ. В своей жалобе в Конституционный Суд РФ Э. Мурзин указал, что такой отказ нарушает его права, гарантированные нормами ст. 17–19 и 23 Конституции РФ. При этом заявитель ссылался на опыт ряда стран, признающих брак или зарегистрированное партнерство лиц одного пола. Суд, учитывая, что данные конституционные нормы и нормы международного права исходят из того, что одно из предназначений семьи – рождение и воспитание детей, а также принимая во внимание национальные традиции отношения к браку как биологическому союзу мужчины и женщины, пришел к выводу, что, формально оспаривая конституционность нормы п. 1 ст. 12 СК РФ, заявитель фактически требует государственного признания своих взаимоотношений с другим мужчиной путем их регистрации в виде особого защищаемого государством союза. Между тем, отмечает Суд, ни из Конституции РФ, ни из принятых на себя Российской Федерацией международно-правовых обязательств «не вытекает обязанность государства по созданию условий для пропаганды, поддержки и признания союзов лиц одного пола, притом что само по себе отсутствие такой регистрации никак не влияет на уровень признания и гарантий в Российской Федерации прав и свобод заявителя как человека и гражданина». Суд также отметил, что в силу нормы ст. 23 Международного пакта о гражданских и политических правах

⁶⁹³ См.: Бондарь Н. С. Власть и свобода... С. 135–143; Его же. Нормативно-доктринальная природа решений... С. 82–83.

право на вступление в брак и право основывать семью признается именно за мужчинами и женщинами, а норма ст. 12 Конвенции о защите прав человека и основных свобод прямо предусматривает возможность создания семьи в соответствии с национальным законодательством, поэтому ссылка заявителя на соответствующие европейские законы не может быть принята в качестве аргумента неконституционности закона российского⁶⁹⁴.

В данном акте содержится не только нормативное толкование проблемы, но и весьма значимое доктринальное к ней отношение, что не менее важно, так как в последние годы и законодатель, и правоприменитель испытывают соответствующее давление общественных движений сексменьшинств. Между тем ни позиция общества, ни позиция Русской Православной Церкви и других ведущих конфессий, представленных в России, ни, наконец, исторические позиции нашей страны не имеют солидарных основ в этом вопросе с европейской политической, общественной и судебной практикой⁶⁹⁵. В то же время, с учетом именно последней тенденции официального признания однополых союзов если не браками, то сходными по сути семейными (или гражданско-правовыми) партнерствами большинством европейских стран, а также нашей определенной связанности конвенционными судебными прецедентами Европейского суда по правам человека, следует ожидать дисгармонизации в этом вопросе между европейским и российским законодательством⁶⁹⁶.

По нескольким жалобам, касающимся перечня лиц, имеющих право на предъявление иска о признании брака недействительным, напротив, позиция суда не представляется достаточно убедительной с точки зрения мотивации. Если рассуждать в доктринальном контексте, то, во-первых, исчерпывающий характер перечня ст. 28 СК РФ в рамках, например, последнего абзаца п. 1, дающего право

⁶⁹⁴ См.: СПС КонсультантПлюс.

⁶⁹⁵ Подробнее об этом см., например: Тарусина Н. Н. Брак по российскому семейному праву. М.: Проспект, 2010. С. 93–99.

⁶⁹⁶ И соответственно нормативно-доктринального конфликта решений КС РФ и ЕСПЧ, образец которого мы уже имели по делу «К. Маркин против России». Подробно об этом см. далее – в вопросе о природе актов ЕСПЧ.

на предъявление иска только супругу, не осведомленному при заключении брака о заболевании будущего супруга (п. 3 ст. 15 СК РФ), действительно, может затруднить защиту права, а одной из задач норм ст. 45 ГПК РФ и п. 4 ст. 27 ФЗ «О прокуратуре» является содействие в защите права социально слабому субъекту (в нашем случае – больному человеку, находящемуся, возможно, в тяжелой жизненной ситуации). В жалобе В. А. Королева речь⁶⁹⁷, впрочем, идет о толковании абзаца 4 п. 1 ст. 28 СК РФ и п. 4 ст. 27 ФЗ «О прокуратуре», в том числе о праве, а не обязанности прокурора предъявить иск о признании брака недействительным как фиктивного. Соответственно, во-вторых, обсуждается⁶⁹⁸ доктринально-нормативная проблема о единстве права-обязанности прокурора, органа опеки и попечительства и других государственных структур, призванных защищать права граждан, преобладании публичного и императивного начал над диспозитивными. Поэтому, по крайней мере, по подобным запросам хотелось бы получить толкование КС РФ указанных ограничений и адекватного понимания прокурором своего статуса, а также явного несоответствия ст. 28 СК РФ и ст. 45 ГПК РФ, что создает, кроме всего прочего, и неопределенность в обеспечении конституционного права на защиту. В акте КС РФ об этом нет и намека⁶⁹⁹.

В целом корректное и обоснованное Определение КС РФ от 13 мая 2010 г. № 839-0 «Об отказе в принятии к рассмотрению жалоб граждан Козловой М. Н. и Козловой С. С. на нарушение их конституционных прав пунктом 1 статьи 46 Семейного кодекса РФ» содержит, тем не менее, на наш взгляд, неубедительный тезис о конституционности различия в правах лиц, принадлежащих к одной и той же категории, выражающегося в ответственности по обязательству одного из супругов, не уведомившего кредитора о заключении им брачного договора независимо от содержания последнего, соответствии указанного различия широте свободного усмотрения супругов при реализации данного института⁷⁰⁰.

⁶⁹⁷ См. Определение КС РФ от 22 января 2004 г. № 14-0.

⁶⁹⁸ А точнее – должна была бы обсуждаться.

⁶⁹⁹ См. также Определение КС РФ от 23 июня 2005 г. № 228-0.

⁷⁰⁰ В норме п. 1 ст. 46 СК РФ заложена провокационная составляю-

В частности, не сопоставлены начала семейного законодательства о приоритетности защиты интересов семьи и гражданского законодательства о защите нормального экономического оборота, которые в отдельных случаях могут конкурировать и коллизию которых целесообразно и справедливо разрешать не императивным правилом п. 1 ст. 46 СК РФ, а диспозитивной возможностью суда принять мотивированное решение, пусть и в порядке исключения, иного рода.

К числу, напротив, блестящих, предельно вдумчивых по аргументации, доктринальных по стилю и содержанию хотелось бы отнести суждения в акте специального вида – особое мнение судьи КС РФ Г. А. Гаджиева по определению КС РФ от 2 ноября 2006 года № 444-0 по жалобе уполномоченного по правам человека в Российской Федерации на нарушение конституционных прав гражданки И. А. Астаховой положением подпункта 1 пункта 1 статьи 220 Налогового кодекса Российской Федерации, где, опираясь на необходимость устранения неопределенности между Общей и Особенной частями Налогового кодекса РФ (в контексте систематического их толкования с положениями ГК РФ и СК РФ об индивидуальной, частной собственности супругов), судья пришел к выводу о том, что жалоба подлежала принятию к рассмотрению⁷⁰¹.

Представляет интерес несколько актов, связанных с вопросами внебрачного отцовства. Так, Определением КС РФ от 20 июня 2006 г. № 226-0 гражданке И. Л. Шульгиной отказано в принятии к рассмотрению жалобы на нарушение конституционных прав ее сына 1995 г. рождения нормой ч. 2 ст. 48 КоБС РСФСР. Аргументы заявительницы в концентрированном виде сводятся к следующим: 1) правило ст. 48 КоБС РСФСР, в отличие от нормы ст. 49 СК РФ, ограничивает возможность судебного установления отцовства четырьмя альтернативными доказательными фактами, не позволяя напрямую использовать другие, в частности факт связи по происхождению, установленный экспертизой; 2) норма ст. 49

щая, позволяющая злоупотреблять возможностью *post factum* – путем заключения фиктивной сделки между супругом и «контрагентом».

⁷⁰¹ Ввиду значительного объема текста особого мнения адресуем заинтересованного читателя к нему непосредственно.

СК РФ не содержит никаких ограничений и опирается на факт происхождения, достоверно установленный любыми законными средствами доказывания; 3) непридание правилу ст. 49 СК РФ обратной силы, не только улучшающей положение внебрачного ребенка, но и создающей предпосылки равенства прав детей независимо от обстоятельств их рождения, дискриминирует детей, родившихся до введения в действие СК РФ.

Имея в виду историю вопроса, излишнюю (необоснованную) поэтапность движения от бесправного положения «незаконнорожденных» детей по Указу ПВС от 8 июля 1944 г. к относительно дискриминационному по КоБС РСФСР и далее – к разумной и справедливой позиции СК РФ (с рудиментами в образе ст. 50, о которых мы писали ранее), осторожность Суда объяснима. Но неубедительна, ибо нарушение принципа равенства, причем в отношении детей, находящихся под особой конституционной защитой, в рассматриваемом случае очевидно. То же самое следует заметить и в адрес другого определения с аналогичным отказом⁷⁰² (при иных конкретных обстоятельствах дела, не меняющих существа неконституционности ст. 48 КоБС РСФСР и положения ст. 169 СК РФ о непридании обратной силы справедливому закону).

Подачей жалобы гражданина Ю. Г. Ямбулатова на нарушение его конституционных прав п. 3 ст. 65 и п. 2 ст. 66 СК РФ⁷⁰³ была, по сути, предпринята попытка обсудить так называемую правоприменительную презумпцию преимущественного права матери на оставление у нее ребенка (как правило, малолетнего). Поскольку она не имеет статуса законной, Суд совершенно обоснованно не усмотрел нарушения принципа равенства прав родителей (тем более что Соломоново решение, как мы уже отмечали ранее, невозможно, а ключом к определению места жительства ребенка и порядка общения с ним второго родителя являются интересы ребенка). Сходное основание заложено и в определении КС РФ по вопросу конституционности ст. 18 и 51 КоБС РСФСР

⁷⁰² Определение по жалобе Д. В. Лукьяненко (от 17 октября 2006 г. № 444-0).

⁷⁰³ Определение от 19 февраля 2004 г. № 58-0.

об определении органами опеки и попечительства фамилии ребенка при недостижении соглашения между его родителями⁷⁰⁴.

Значительный интерес представляет вдумчивая, скрупулезно обоснованная доктринальная дискуссия между правовой позицией КС РФ, изложенной в Постановлении от 8 июля 2010 г. № 13-П по делу о проверке конституционности пункта 4 статьи 292 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки В. В. Чадаевой и особым мнением судьи КС РФ Г. А. Гаджиева.

По сути, в обеих позициях дана негативная оценка измененной редакции указанной нормы как должным образом не защищающая право ребенка на жилище. Разночтения сфокусировались на мотивировочной части. Так, Г. А. Гаджиев отмечает, что основной пункт несогласия «состоит в разной оценке двух институтов конституционного права – института государственной защиты конституционных прав и права на судебную защиту (т. е. защиту по инициативе самого человека с помощью суда)». По мнению судьи, «исходя из конституционной обязанности по государственной защите основных прав детей и принципа профессионализма, эту задачу лучше решат органы опеки и попечительства»; право на судебную защиту проще обеспечить, но полагаться только на суды нельзя; лишение ребенка права пользоваться жилой площадью – «это лишение порой единственного в жизни шанса»; при этом «конституционная обязанность государства по государственной защите основных прав детей может динамично меняться, поскольку правовые меры защиты должны соответствовать изменяющимся обстоятельствам общественной жизни».

Приведенные и иные подобные правовые позиции КС РФ и особые мнения судей КС РФ⁷⁰⁵, в том числе по семейным делам и делам комплексного типа (где в той или иной степени затрону-

⁷⁰⁴ Определение по жалобе В. Н. Приставкина от 21 декабря 2004 г. № 457-0.

⁷⁰⁵ Разумеется, особые мнения не имеют нормативного статуса, но доктринальный, с косвенным воздействием на законодательство, имеет безусловно.

Подробнее о них см. главу вторую (о субъектах судебного усмотрения).

ты интересы семьи), свидетельствуют, что акты КС РФ, будучи едиными по своей конституционно-контрольной природе, разнообразны по содержанию, кое во многих случаях имеет нормативно-доктринальный характер, но в любом случае – не прецедентный в его классическом, изначальном понимании. В принципе, их можно, конечно, квалифицировать как особые (самостоятельные) источники права, но подобная квалификация, не отражая собственно специфику содержания актов КС РФ, все равно нуждается в конкретизации их единства и дифференциации.

* * *

Самостоятельное и весьма специфическое место в национальных правовых системах, в том числе российской, занимают акты Европейского суда по правам человека (далее – ЕСПЧ). Нередко, отмечает М. Н. Марченко, они в ряду других международно-правовых институтов представляются в пику судебным органам «недемократических государств, в виде неких эталонов полной объективности, честности, непредвзятости, в образе последней и решающей инстанции на пути к достижению справедливости»⁷⁰⁶. Это, конечно, явное преувеличение и в связи с действием, как и во всей судебной системе, субъективного фактора, и ввиду ограниченности юрисдикции ЕСПЧ конвенционными вопросами (применения Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, к которой Россия присоединилась в 1998 г. и тем самым инкорпорировала ее в свое внутреннее законодательство).

Именно на последнее обстоятельство и обращают внимание большинство ученых, анализирующих природу и сущность указанных актов⁷⁰⁷. Так, Н. С. Бондарь подчеркивает, что по буквальному смыслу ФЗ от 30 марта 1998 г. № 54-ФЗ «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и

⁷⁰⁶ Марченко М. Н. Судебное правотворчество... С. 475.

⁷⁰⁷ См., например: Марченко М. Н. Указ. соч. С. 483–485; Бондарь Н. С. Конвенциональная юрисдикция Европейского Суда по правам человека в соотношении с компетенцией Конституционного Суда РФ // Журнал российского права. 2006. № 6. С. 113; Туманов В. А. Европейский Суд по правам человека: Очерк организации и деятельности. М.: Норма, 2001. С. 47–48. И др.

Протоколов к ней» предполагается обязательность для России лишь той части практики ЕСПЧ, которая формируется при рассмотрении дел, связанных с возможными нарушениями РФ своих конвенционных обязательств. За этими пределами связанности российского правоприменения решениями данного суда нет. Готовность участников Конвенции добровольно следовать практике ЕСПЧ отнюдь не означает, продолжает автор, прецедентной от нее зависимости, ее общеобязательности и нормативности, а свидетельствует лишь об определенной степени (возможно, высокой) собственного усмотрения по данному вопросу⁷⁰⁸. Более того, ЕСПЧ дает поводы для утверждения, что его решения не всегда воспринимаются им самим как имеющие абсолютное значение прецедентов⁷⁰⁹. При этом, замечает Н. С. Бондарь, следует учитывать двуединую природу рассматриваемых судебных актов: 1) как решений казуальных; 2) как актов, содержащих официальное толкование Конвенции⁷¹⁰.

Причем, отмечает А. Нуссбергер, национальные суды (особенно конституционные) весьма неохотно соглашаются принять «страсбургское» толкование, если оно не согласуется с их собственными взглядами (прежде всего в вопросах защиты национальной правовой культуры)⁷¹¹.

Что касается правовой позиции Конституционного Суда РФ относительно соотношения актов ЕСПЧ и Конституции РФ, то она, по мнению Н. С. Бондаря, сводится к следующему: если Конституцией РФ предусмотрен более высокий стандарт гарантированных прав и свобод, нежели актами ЕСПЧ, применению подлежат конституционные нормы и наоборот⁷¹². Чаще всего, отмечает автор, КС РФ обращается к практике ЕСПЧ в рамках конституционного истолкования норм текущего законодательства⁷¹³.

⁷⁰⁸ См.: Бондарь Н. С. Указ. соч. С. 114.

⁷⁰⁹ Там же. С. 114.

⁷¹⁰ Там же. С. 116.

⁷¹¹ См.: Нуссбергер Ангелика. Восстановление вавилонской башни: Европейский Суд по правам человека и многообразие правовых культур // Сравнительное конституционное обозрение. 2007. № 2. С. 78.

⁷¹² См.: Бондарь Н. С. Указ. соч. С. 117.

⁷¹³ Там же. С. 123.

Российским судам, подчеркивает В. Д. Зорькин, необходимо учитывать в своей деятельности прецедентную практику ЕСПЧ, опираясь на соответствующий опыт КС РФ⁷¹⁴.

⁷¹⁴ См.: Зорькин В. Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации. С. 8.

К сожалению, приведенная позиция В. Д. Зорькина существенно (если не принципиально) расходится с его же точкой зрения, изложенной по поводу постановления ЕСПЧ от 7 октября 2010 г. по делу «Константин Маркин против России». Этим актом Европейского суда впервые (констатация В. Д. Зорькина) подвергнуто сомнению решение Конституционного Суда РФ. В определении от 15 января 2009 г. № 187-0-0 КС отметил, что российское правовое регулирование, предоставляющее военнослужащим-женщинам возможность отпуска по уходу за ребенком до достижения им трехлетнего возраста и не признающее такое право за военнослужащими-мужчинами (они могут воспользоваться лишь кратковременным отпуском), не нарушает положения Конституции о равенстве прав и свобод независимо от пола. «С учетом условий и специфики военной службы в России и особой, связанной с материнством и детством социальной роли женщины в нашем обществе (ч. 1 ст. 38 Конституции), вряд ли можно утверждать, что предоставление права на отпуск по уходу за ребенком военнослужащим-женщинам при одновременном отказе в этом праве военнослужащим-мужчинам «лишено разумного обоснования», как это определил ЕСПЧ». Далее В. Д. Зорькин формулирует ряд аргументов: 1) право на уважение семейной жизни сформулировано в Конвенции (ст. 8) абстрактно и неоднозначно; 2) национальные власти лучше знают существо публичного интереса; 3) сомнительно, что ЕСПЧ вправе рекомендовать (а фактически указать) государству-ответчику внести необходимое изменение в законодательство, тем более что вопрос о конституционности нормы был уже решен КС в рамках конституционного судопроизводства; 4) наше восприятие женщин как главных воспитателей детей ЕСПЧ полагает «гендерным предрассудком», в то время как материнство находится по защите Конституции РФ; 5) ЕСПЧ, не имея прецедентных решений по данному вопросу, применил свою правовую позицию, касающуюся увольнения из вооруженных сил гомосексуалистов, что вряд ли обосновано; «увлеченность» современных европейских юристов защитой прав и свобод лиц с нетрадиционной ориентацией приобрела гротескные формы; 6) рассматриваемая и подобные позиции ЕСПЧ угрожают государственному суверенитету (пример и прецедент защиты суверенитета имеется в правовой позиции Федерального Конституционного Суда Германии по делу Гёргюлю); Россия также вправе выработать механизмы защиты от таких решений, осуществляющих

Применительно к высшим судебным инстанциям, констатирует В. А. Канашевский, именно так и происходит (в том числе при разрешении гражданских дел)⁷¹⁵. Автор, правда, уточняет, что данные прецеденты не относятся к источникам российского права, а являются так называемыми «правовыми регуляторами». (Конструкция «правового регулятора» обусловлена наличием, поясняет В. А. Канашевский, в правовой системе норм иных правовых систем – международно-правовых и иностранных)⁷¹⁶.

Следует также иметь в виду, что решения данного Суда отражают западные представления о правах человека, позиционируемых в качестве универсальных⁷¹⁷, общецивилизационных. Между тем существуют и другие цивилизационные подходы. То, что

«внешнее дирижирование» правовой ситуации в стране, игнорирующих историческую, культурную и социальную ситуацию; таких «дирижеров» надо поправлять» (см.: Зорькин В. Д. Предел уступчивости // Российская газета. 2010. 29 окт.).

Не вдаваясь в подробную дискуссию, сделаем лишь несколько замечаний: 1) с одной стороны, отказ в подобном отпуске, действительно, не соответствует тенденциям российского законодательства на гендерную нейтрализацию статуса лиц с семейными обязанностями (подробнее см.: Лушников А. М., Лушникова М. В., Тарусина Н. Н. Гендерное равенство в семье и труде: заметки юристов. М., 2006. И др. работы) и не обоснован необходимым и достаточным образом; 2) с другой стороны, прецедентная ссылка ЕСПЧ также весьма сомнительна (если не гротескна); кроме того, норма ч. 3 ст. 55 Конституции РФ предусматривает возможность ограничения прав для обеспечения обороноспособности страны; соответственно официальное сомнение в правомерности последней есть вмешательство в суверенитет; толкование ст. 8 Конвенции самим ЕСПЧ противоречиво; в целом ряде случаев оно имело исключительно политическую подоплеку (пример см. далее). Одновременно вынуждены заметить, что стилистика статьи выдает личную обиду автора, на что массово обратили внимание «дискустеры» Интернет. Кроме того, невооруженным глазом заметна и кардинальная смена позиции по сравнению с обозначенной в прежнее время, в частности в цитированной нами ранее статье.

⁷¹⁵ См.: Канашевский В. А. Прецедентная практика Европейского Суда по правам человека как регулятор гражданских отношений в Российской Федерации // Журнал российского права. 2003. № 4. С. 124.

⁷¹⁶ Там же. С. 126.

⁷¹⁷ См.: Марченко М. Н. Указ. соч. С. 488.

очевидно для европейского мышления, не вполне очевидно или вовсе не очевидно для ряда регионов и культур. Соответственно дискуссия об универсальности прав и свобод человека в целом и его социальной составляющей в частности неизбежно приходит и, вероятно, будет приходить к констатации невозможности глобальной их стандартизации в плюралистическом мире на основе западных образцов⁷¹⁸.

В этом смысле российская правовая система, разумеется, весьма европейской близка. В то же время история и современное состояние, например, такого фундаментального конвенционного права, как право на уважение семейной жизни (в контексте равенства, особой защиты интересов ребенка и других социально «слабых» членов семьи, семьи в целом), знает немало различий. Так, прогрессивное российское законодательство 17–20-х годов XX в. в вопросах свободы брака и развода, статуса детей независимо от обстоятельств их рождения на порядок опережало законодательство европейское. Даже регрессивный провал 40 – начала 60-х годов успел произойти тогда, когда в ряде европейских стран по-прежнему со свободой развода и равным статусом детей обстояло на «троечку с минусом».

В настоящее время российская доктрина и законодательство не могут воспринять, как мы уже отмечали, идею о признании семейными союзами однополых партнерств. Нет единого подхода в вопросах развода, алиментирования, определения места проживания ребенка, суррогатного материнства и др.

ЕСПЧ одновременно упрекали и хвалили, отмечает М. В. Антокольская, за то, что он «прочел в одной статье целый семейный кодекс», которая изначально содержала лишь обязательство государств воздерживаться от произвольного вмешательства в частную и семейную жизнь (ст. 8 Конвенции). Развивая Конвенцию

⁷¹⁸ См., например: Карташкин В. А., Лукашева. Е. А. Международно-правовые стандарты прав человека: универсализм, регионализм, реалии // Государство и право. 2010. № 7. С. 38–39; Тарусина Н. Н. Социальная направленность цивилистики и смежных областей юриспруденции: предпосылки, гипотезы и некоторые констатации // Социально-юридическая тетрадь (СюрТе). Вып. 1 / под ред. Н. Н. Тарусиной. Ярославль: ЯрГУ, 2011. С. 26. И др.

прав человека в области семейных отношений, продолжает автор, Суд опирался и опирается на теорию «динамической интерпретации» положений Конвенции» (ст. 8, 12, 14) о гарантиях защиты частной и семейной жизни, права на брак и создание семьи, запрете дискриминации, рассматривая их «в свете обстоятельств сегодняшнего дня», а также на доктрину «пределов усмотрения» (для «стран-участниц») в целях достижения необходимого «баланса между усилением защиты прав человека в области семьи и самоограничением амбиций Суда в этой области»⁷¹⁹. Наилучшей иллюстрацией подобных маневров между данными полюсами М. В. Антокольская считает два известных дела – «Маркс против Бельгии» (1979 г.) и «Джонстон против Ирландии». Основой первого послужили положения действовавшего тогда бельгийского законодательства о различии правил установления родительства детей в браке и вне брака (материнства). ЕСПЧ признал бельгийское законодательство в этой части противоречащим ст. 8 и 14 Конвенции и отметил, что, хотя в момент ее разработки подобное различие было нормальным и допустимым в национальных законодательствах, данные положения следует толковать в современном эволюционном контексте – принципа признания материнства из факта рождения матерью ребенка.

Во втором деле жалоба адресовалась законодательству Ирландии: Джонстон, фактически разошедшийся с женой, состоял в незарегистрированном союзе с другой женщиной, в котором родилась дочь, и был лишен возможности его узаконить из-за запрета развода, существовавшего на тот момент. Суд отказался применить собственную теорию «динамической интерпретации», сославшись на то, что из содержания подготовительных материалов Конвенции не следует гарантии права на расторжение брака. С одной стороны, можно только удивляться, пишет М. В. Антокольская, как один и тот же Суд мог вынести два столь разных решения, однако, с другой стороны, причина этого решения достаточно очевидна – она имеет политическую подоплеку: за несколько дней до принятия решения ирландское население на

⁷¹⁹ См.: Антокольская М. В. Семейное право. М.: Норма, 2010. С. 47–48.

референдуме проголосовало против разрешения развода. Автор при этом замечает одну любопытную закономерность в подходах ЕСПЧ к разрешению семейных дел: там, где затрагиваются интересы детей, уровень защиты прав, как правило, существенно выше, нежели в случаях, когда речь идет о правовом регулировании отношений между совершеннолетними участниками⁷²⁰.

В контексте наших доктринальных дискуссий интерес представляют несколько правовых позиций ЕСПЧ. Так, по делу Леббинк против Нидерландов Суд высказал мнение о том, что биологическое родство, не подкрепленное дополняющими его правовыми и фактическими элементами, указывающими на наличие тесных личных связей между родителем и ребенком, не может считаться достаточным для распространения на него гарантий ст. 8 Конвенции. По делу Киган против Ирландии ЕСПЧ подтвердил, что в понятие «семья» в понимании ст. 8 включаются и фактические семейные узы, когда стороны живут совместно вне брака. Аналогичная позиция была им занята в деле Эльсхольц против Германии по вопросу защиты права «внебрачного» отца, добровольно признавшего свое отцовство на общение с ребенком: ребенок, родившийся в результате фактической семейной связи, является по праву членом семейного союза и имеет право на общение со своими родителями и при прекращении их совместной жизни, национальные власти не вправе ограничивать доступ отца к ребенку, кроме очевидных случаев опасности такого общения.

В деле Чернецки против Австрии оспаривалось предоставление опеки над ребенком только одному из бывших супругов. ЕСПЧ заявил, что ст. 5 Протокола № 7 предписывает создать условия для обладания супругами равными правами в отношении детей, однако не препятствует принятию мер по обеспечению их интересов; по обстоятельствам дела вмешательство национальных властей соответствовало насущной социальной потребности и было соразмерным указанной легитимной цели⁷²¹.

⁷²⁰ См.: Антокольская М. В. Указ. соч. С. 47–51.

⁷²¹ См.: Туманова Л. В., Владимирова И. А. Защита семейных прав в Европейском Суде по правам человека. М.: Городец, 2007. С. 75, 92, 113, 112.

Значительный интерес представляет правовая позиция относительно обязанности ребенка проживать с родителями или подвергаться иному с их стороны контролю в интересах охраны здоровья и нравственности детей (дело о побеге из дома 14-летней девочки, дело Нильсен против Дании по вопросу жалобы 13-летнего ребенка на госпитализацию)⁷²². Она усиливает доктринальный вес точки зрения на допущение применения в отношении детей конструкции обязанности, коя, по мнению некоторых цивилистов, не может на них возлагаться из-за незрелости сознания⁷²³.

Не вполне определенной оказалась позиция Суда по вопросу неудобного имени ребенка: отказ французских властей зарегистрировать имя дочери представляет собой вмешательство в личную жизнь ребенка; выбор родителями ее имени обусловлен личным и эмоциональным моментом, который относится к частной сфере жизни⁷²⁴. Очевидно, что имя может оказаться неприемлемым, составлять значительное неудобство для ребенка. Поэтому компетентные органы вправе отказать в его регистрации, а национальные суды этот отказ поддержать⁷²⁵.

В деле Шепелев против России ЕСПЧ признал приемлемой жалобу в части, касающейся удочерения ребенка без согласия заявителя и нарушения равноправия супругов (в этом случае – бывших супругов) вследствие лишения заявителя всех контактов с дочерью⁷²⁶.

⁷²² См.: Туманова Л. В., Владимирова И. А. Указ. соч. С. 123–124.

⁷²³ Подробно об этом см, например: Тарусина Н. Н. Ребенок как юридическая фигура семейно-правового пространства // Вестник ЯрГУ им. П. Г. Демидова. Сер. Гуманитарные науки. 2011. № 1. С. 59; Ее же. Семейное право. Очерки из классики и модерна. С. 290–292.

⁷²⁴ См.: Туманова Л. В., Владимирова И. А. Указ. соч. С. 135.

⁷²⁵ Так, И. Г. Король приводит в качестве примера имя БОЧ рВФ 260602 (Биологический Объект Человек рода Ворониных-Фроловых 26 июня 2002 года). В регистрации имени было отказано отделом ЗАГС. Суды данный отказ поддержали. Отец имел намерение обжаловать решение российских судов в ЕСПЧ (см.: Король И. Г. Указ. соч. С. 125).

⁷²⁶ Подробно см.: Туманова Л. В., Владимирова И. А. Указ. соч. С. 153–154.

С. Ф. Афанасьев, анализируя конструкции юридической заинтересованности и права на судебную защиту, отмечает, что в ближайшей перспективе, видимо, следует ожидать новации концепта юридического интереса и заинтересованности, в том числе ввиду более глубокой теоретической его разработки и осознания дихотомии юридического интереса как гипотетической предпосылки права на обращение в суд и предмета судебной защиты, а также соответствующих правовых позиций (прецедентов) ЕСПЧ. В частности, автор ссылается на Постановление от 2 июня 2005 г. «Знаменская против России». Фабула дела сводится к следующему. В августе 1997 г. у заявительницы на 35-й неделе беременности погиб плод, отцом зарегистрировали бывшего мужа З. Однако биологическим отцом ребенка был Г., с которым она проживала с 1994 г. Оспорить запись и установить отцовство Знаменская не смогла, так как Г. незадолго до родов был заключен под стражу, а в октябре скончался. В августе 2000 г. Знаменская обратилась в суд с заявлением об установлении отцовства Г. в отношении мертворожденного ребенка. В ноябре 2000 г. гр. З. также скончался. Районный суд, установив, что нормы ст. 49 СК РФ применяются только в отношении живых детей на основании ч. 2 ст. 220 ГПК РФ производство по делу прекратил, а кассационная инстанция оставила это определение в силе, указав, что «дело не может быть рассмотрено в порядке гражданского судопроизводства, поскольку ребенок не приобрел гражданских прав». На стадии подачи заявления Знаменская полностью выполнила формальное требование диспозиции ст. 267 ГПК РФ, пояснив, что хотела бы изменить фамилию и отчество ребенка, чем открыла себе доступ к правосудию. В связи с этим ЕСПЧ не выявил со стороны российского процессуального законодательства нарушений ст. 6 Конвенции. Поскольку вследствие смерти плод действительно не приобрел гражданских или семейных прав, внесение просимых поправок в документы органов ЗАГС, констатирует автор, никакой юридической нагрузки не несет («психологическая потребность гр. З в закреплении на надгробной плите правильной информации о ребенке» юридически индифферентна). В этой связи у суда имелось, продолжает С. Ф. Афанасьев, две возможности:

либо счесть судебное разбирательство беспредметным и прекратить производство (коль скоро оно начато), либо отказать в удовлетворении требования, что согласуется с отечественной теорией права на обращение в суд. Однако ЕСПЧ счел нарушенной ст. 8 Конвенции о праве на уважение частной и семейной жизни, поскольку «... в национальном праве презумпция превалирует над биологической и социальной действительностью и противоречит интересам и желаниям заинтересованных сторон..., даже если допускать в этой сфере определенные пределы усмотрения государства»⁷²⁷.

Между тем, на наш взгляд, отработаны не все аспекты проблемы. Во-первых, коль скоро предусмотрена регистрация мертворожденного ребенка с идентификацией личности и фиксацией родительства, то полное отрицание за ним семейных прав сомнительно (тем более что в настоящее время и в международно-правовой практике, и в отечественной доктрине ставится вопрос о правах даже не родившегося ребенка⁷²⁸), как сомнительно и отсутствие юридического интереса матери в достоверной идентификации ребенка. Во-вторых, семейно-правовое действие презумпции отцовства, ее превалирование над биосоциальной действительностью на вполне разумных условиях преодолевается оспариванием записи об отцовстве. В-третьих, признание записи недействительной давностным сроком не ограничено, а само признание осуществляется в порядке искового производства, адресовано органу ЗАГС и не предполагает заведомого объявления правовой цели.

Как показывает практика, наибольший и реальный резонанс имеют акты ЕСПЧ, фиксирующие факты затягивания процесса, несоблюдения разумного срока рассмотрения дела⁷²⁹. В этой связи российский законодатель среагировал принятием ФЗ «О ком-

⁷²⁷ Подробнее см.: Афанасьев С. Ф. Право на справедливое судебное разбирательство и его реализация в российском гражданском судопроизводстве. М.: Юрлитинформ, 2009. С. 158–161.

⁷²⁸ Подробно об этом см., например: Тарусина Н. Н. Ребенок как юридическая фигура семейно-правового пространства. С. 54–57.

⁷²⁹ Это приводит, как правило, и к серьезной дисциплинарной ответственности судей.

пенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок».

Так или иначе прецеденты ЕСПЧ обладают и нормативным (в указанном ранее контексте), и доктринальным значением. Они не всегда бесспорны, но, бесспорно, способствуют более внимательному рассмотрению дел отечественными судами, в ряде случаев – восстановлению нарушенных прав, развитию доктрины и постановке вопросов *de lege ferenda*⁷³⁰.

§7. Процессуальная активность суда и судебное усмотрение: зона взаимности

На первый, скорее филологический, нежели юридический, взгляд используемые в юриспруденции понятия «судебный активизм» и «процессуальная активность суда» если не совпадают, то, по меньшей мере, существенно пересекаются своими объемами и содержанием. Однако на взгляд второй, скорее юридический, нежели филологический, это не совсем так: определенные соприкосновения есть, но они не столь незначительны. Судебный активизм предполагает прежде всего прецедентную деятельность юстиции (в классическом значении) и реализацию судом функции социального контроля законодательства, что составляет англо-саксонскую (американскую) традицию⁷³¹ и лишь частично – континентальную, в том числе российскую, в рамках преимущественно конституционного правосудия⁷³². Процессуальная же активность суда ори-

⁷³⁰ В 2009 г. в ЕСПЧ поступило 57157 жалоб; по состоянию на 1 января 2010 г. ожидали своего разрешения более 119 тыс., в том числе 33550 жалоб из России.

При 47 членах Суда его «пропускная способность» при таком масштабе востребованности явно недостаточна (см.: Ведерникова О. Н. Европейский Суд по правам человека: исторические реформы, современное состояние и беспрецедентные решения // Государство и право. 2011. № 3. С. 32–33).

⁷³¹ О судебном активизме см., например: Голдобина З. Г., Игнатенко А. В. Судебный активизм в контексте американской политико-правовой доктрины в последние десятилетия XXв. // Правоведение. 2007. № 2. С. 135–144.

⁷³² Подробнее об этом см. предыдущий параграф.

ентирована в глубь собственно судопроизводства и предполагает его энергичную (не пассивную) роль в движении процесса от возбуждения дела, через соразмерное участие в доказательственной деятельности до принятия решения – с правом выхода за пределы заявленных требований и далее в производствах по пересмотру судебных актов⁷³³. Понимаемая в широком смысле, она простирает свои «щупальца» в область конкретизации, толкования, применения норм по правилам субсидиарности и аналогии, разрешения коллизий, а также и прецедентную (некоторая «взвесь» которой присутствует в пространстве российской юстиции), обеспечивая главный результат процесса – постановление справедливого, обоснованного, адекватного обстоятельствам дела судебного акта. И, следовательно, имманентно и «тотально» присуща судебному усмотрению и наоборот, а также, как мы уже отметили, состоит в партнерстве с судебным активизмом. В собственном же, традиционном, смысле процессуальная активность составляет содержание одного или нескольких (в зависимости от точки зрения) принципов гражданского судопроизводства, взаимодействуя с принципами диспозитивности и состязательности. В такой композиции не все ее элементы формируют содержание судебного усмотрения, так как часть гражданско-процессуальных норм обязывает суд к процессуальной активности, выбора не предлагая.

Обратимся к пристальной характеристике данного феномена.

Служебное начало (процессуальная активность) гражданского судопроизводства относится к тем теоретическим конструкциям, которые находятся на «разломе» гражданско-процессуальной науки, так как создает одну, но, впрочем, далеко не единственную, предпосылку разности взглядов на сущность гражданского процесса, меру его тяготения к частному или публичному началу, меру его суверенности от отраслей материального права.

В образовательной практике это проявляется во включении в учебники и программы данной конструкции в качестве самостоятельного принципа системы основных начал гражданского судопроизводства под нареченными именами «служебное начало»

⁷³³ В рамках заявленной темы мы не рассматриваем и, тем более, не сравниваем меру данной активности судов общей юрисдикции и арбитражных судов.

(*ex officio*), «процессуальная активность», «судебное руководство процессом», если авторы стоят на позиции его признания, либо «размывании» его элементов по пространству других, «архиклассических», принципов – в первую очередь принципов законности, диспозитивности и состязательности⁷³⁴, если авторы не признают за названными конструкциями статуса одного из основных начал процесса. В прикладной гражданско-процессуальной науке это проявляется в подходе к отдельным элементам служебного начала (процессуальной активности суда) как к исключениям из правила о диспозитивности гражданского судопроизводства либо как к одной из основных идей. Последствия выбора очевидны: исключений не должно быть много – они, как известно, призваны лишь подтверждать правило, основная же идея должна находиться в системном состоянии, развиваться, суверенно взаимодействовать с другими основными идеями, внедряться в законодательство.

Исторический срез «процессуального дерева» свидетельствует о волновых колебаниях указанного выбора. Так, принцип диспозитивности служил основой римского цивилистического процесса. Феодальный (европейский) процесс строился на основе своеобразно понимавшейся активности суда, подавлявшей инициативу тяжущихся, в том числе в жестких формах. Он квалифицируется историками права как следственный процесс. Буржуазная правовая система породила состязательный процесс, производный от принципа диспозитивности. Однако, «будучи формальной и доведенной до крайности», – отмечает Р. Е. Гукасян, – идея «чистой» состязательности породила новые трудности, преодоление которых могло иметь место лишь на путях обращения к активности суда в процессе»⁷³⁵.

⁷³⁴ В уголовном процессе такое «размывание» представляется естественным в силу полного поглощения судебной активности принципом публичности, а процессуальной активности прокурора – принципом состязательности. Впрочем, там система принципов, содержание их элементов и взаимодействие основных начал судопроизводства не аксиоматичны и изменчивы. Несколько более подробно об этом см. далее.

⁷³⁵ Гукасян Р. Е. Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве // Избранные труды по гражданскому процессу. М., 2009. С. 116–117. (Работа 1970 г.)

Российские процессуалисты конца XIX – начала XX вв. также не состояли участниками клуба «одного мнения», а некоторые из них и вовсе не акцентировали на этом своего внимания, предпочитая исследование формальных аспектов процесса (например, А. Х. Гольмстен⁷³⁶).

Е. В. Васьковский, исходя из того, что отличительной чертой гражданских прав является предоставление их обладателям возможности полного ими распоряжения, склонялся к идее «чистой» состязательности, то есть к целесообразности возложения ответственности за фактический материал процесса на сторону – в смысле права им свободно распоряжаться. Аргументы авторы сводили к следующему: 1) фактические обстоятельства могут быть лучше установлены теми, кому они ближе; 2) тяжущиеся неизмеримо больше суда заинтересованы в их выяснении; 3) суд не заинтересован в раскрытии материальной правды ни лично, ни даже в качестве представителя государственной власти – ему лишь важно, «чтобы победа одной из сторон была одержана без нарушения установленных правил процессуального порядка»; 4) состязательность соответствует сущности гражданского процесса; 5) характер гражданских прав не допускает применения следственного принципа: «частная и в особенности семейная жизнь должна быть неприкосновенна, ибо если дать суду право самостоятельно производить розыски», то граждане могут предпочесть разрешать споры третейским судом, мировыми соглашениями и даже самоуправством⁷³⁷; 6) состязательность соответствует формальной диспозитивности: «обладая полной свободой распоряжения процессуальными средствами защиты ..., тяжущиеся могут, по своему усмотрению, увеличивать или уменьшать количество самого материала»; 7) «следственный принцип заставляет суд покидать роль спокойного созерцателя» поедин-

⁷³⁶ См.: Гольмстен А. Х. Учебник русского гражданского судопроизводства. СПб., 1907.

⁷³⁷ Первый и второй способы в современном контексте нам вполне симпатичны, а третьего (в отдельных случаях) не избежать при всяком раскладе – следственном ли, состязательном ли (биологическая природа человека, не обремененного плотным слоем социального воспитания, себя проявит).

ка, а суд не только должен быть, но даже и внешне казаться беспристрастным; состязательность ведет 8) к разделению труда, что всегда приносит лучшие плоды и 9) к проявлению личной инициативы и энергии тяжущихся (при следственном принципе их усердие ослабляется); 10) последовательное проведение следственного принципа невозможно, так как объем судебной работы увеличился бы «в десятки и сотни раз», став для него «непосильным бременем»⁷³⁸.

В то же время Е. В. Васьковский воссоединял идею о процессуальной свободе тяжущихся с принципом судейского формального руководства процессом, так как суд является органом государственной власти и именно ему предстоит постановить правильное решение⁷³⁹, и с принципом материального руководства процессом, то есть добавлением «некоторой дозы следственного начала», дабы устранить «вредное влияние неравносилости сторон» путем исполнения судом «роли помощника и советника сторон»⁷⁴⁰.

Эти последние соображения автора придают его позиции определенное компромиссное начало, вполне созвучное с современной процессуалистикой, притом что судебная подведомственность с тех пор расширилась до публичного производства гражданского процесса. В то же время его авторская редакция меры судейской активности да и самой цели процесса не вполне разделялась рядом известных процессуалистов.

Е. А. Нефедьев, анализируя изменения теоретических и прикладных подходов к состязательности гражданского судопроизводства, подчеркивал, что если полностью положиться в отыскании доказательственных фактов на стороны, «то соответствие решения действительной истине (материальной истине) будет делом случая» ...; игнорировать начала диспозитивности также нельзя, поэтому, «с одной стороны, решение вопроса о суще-

⁷³⁸ См.: Васьковский Е. В. Указ. соч. М., 2003. С. 101–103.

⁷³⁹ Там же. С. 100.

⁷⁴⁰ Он именуется автором также «инструкционным принципом».

В этой роли суд должен «предлагать тяжущимся вопросы и указывать им на пробелы в представленных доказательствах». (Васьковский Е. В. Указ. соч. С. 104–106).

ствовании права не может быть поставлено в полную зависимость от умения сторон вести дело, с другой – добывание фактов, подтверждающих право, не может быть предоставлено исключительно суду...»; «... нет твердых оснований для того, чтобы определить, насколько должно быть проводимо в процесс начало состязательное и насколько – официальное. Гармоническое сочетание их может быть найдено только путем опыта»⁷⁴¹.

Весьма сходную позицию занимал и Т. М. Яблочков, полагавший, что гражданский процесс покоится на целесообразных правилах, имеющих лишь один критерий своей правильности – «приспособленность к возможному достижению цели процесса» – установлению материальной правды, под коей автор понимал «соответствие решения закону и действительным обстоятельствам дела, послужившим поводом к спору между сторонами»⁷⁴². Публичный (государственный) интерес состоит, продолжал автор, не только в соблюдении установленных правил процессуального поединка, но и в правильном разрешении дела, ибо неправильное решение служит лишь «временно засыпанным источником новых раздоров и ссор между сторонами» и ослабляет авторитет суда; явная недооценка этой простой истины есть следствие ослепления процессуалистов диспозитивной теории; «какое содержание мы ни вливали бы в принцип состязательности, – сильнее этого принципа является сущность и цель гражданского процесса»⁷⁴³! Соответственно, по мнению Т. М. Яблочкова, «принципы состязательности, диспозитивности и свободного почина получают новое содержание, иной смысл и иное взаимное отношение»⁷⁴⁴. В частности, автор подчеркивал сомнительность тесной взаимной связи состязательности и диспозитивности, превращающей процесс в хорошо организованную партию «в бокс, при которой судья играет роль беспартий-

⁷⁴¹ Нефедьев Е. А. Учебник русского гражданского судопроизводства. М., 1900. С. 161.

⁷⁴² Яблочков Т. М. К учению об основных принципах гражданского процесса // Сб. статей по гражданскому и торговому праву: Памяти профессора Габриэля Феликсовича Шершеневича. М., 2005. С. 374.

⁷⁴³ Там же. С. 392–395.

⁷⁴⁴ Там же. С. 399.

ного арбитража». Значение состязания, полагает Т. М. Яблочков, следует сводить «к средству для надлежащей информации суда в целях постановки им правильного решения ...»; «следственный принцип не только не противоречит «сущности гражданского процесса», а прямо наоборот, если принимать в соображение одну из главных его целей – восстанавливать права⁷⁴⁵.

Критикуя подходы Е. В. Васьковского к вопросу о верховной и конечной цели гражданского процесса (не установление материальной правды, а осуществление гражданских прав – с основным их свойством – свободой распоряжаться), В. А. Рязановский вслед за Е. А. Нефедьевым, Т. М. Яблочковым и др. справедливо отмечал, что «при организации процесса должны быть приняты во внимание не только интересы отдельных лиц и свойства принадлежащих им гражданских прав, но и интересы правопорядка, интересы публичные»; только организация процесса, ведущая к установлению действительных взаимоотношений сторон, внушит уважение к закону и суду и укрепит правопорядок⁷⁴⁶. В этом процессуальном смысле, продолжал автор, право на уголовный, административный и гражданский иск имеет одну и ту же природу, что ведет к совпадению основных принципов судоустройства⁷⁴⁷. В этом же смысле, с точки зрения В. А. Рязановского, не вполне правильным является квалификация диспозитивности в качестве господствующей гражданско-процессуальной доктрины; суду принадлежит (или должна принадлежать) не только функция формального руководства процессом, но и руководства материального, под которым «разумеется право суда *ex officio*, независимо от сторон принимать меры для установления материальной правды»⁷⁴⁸; от усмотрения субъекта права зависит, обратиться или нет к суду,

⁷⁴⁵ Яблочков Т. М. Указ. соч. С. 421–423.

⁷⁴⁶ Рязановский В. А. Единство процесса. М., 2005. С. 36. (Работа 1920 г.).

⁷⁴⁷ Там же. С. 37.

⁷⁴⁸ Там же. С. 50–51.

Как мы видели ранее, принцип материального руководства процессом со стороны суда не вполне отрицал и Е. В. Васьковский – различие авторских позиций состоит в мере его присутствия.

а уже далее его свобода ограничивается весьма определенными рамками, уступив место свободе суда организовать процесс надлежащим образом для достижения целей правосудия^{749,750}.

Как видим, несмотря на определенное внутреннее напряжение между процессуалистами рассмотренной «волны времени», взаимного полного отрицания соответствующей стороны диалектического противоречия «диспозитивно-состязательная свобода заинтересованных лиц – авторитетно-активная позиция суда» не происходило, находились компромиссы и задавались предпосылки для гармонизации процессуальной формы.

Что касается практической процессуалистики, то, как отмечает Д. Я. Малешин, хотя впоследствии и развилась собственная процессуальная доктрина (которую суженно, в рамках цели нашего исследования, мы представили), но первоначально она была преимущественно «переводной» (французской и немецкой) и Устав гражданского судопроизводства «заложил своеобразный вектор развития отечественного гражданского процессуального права», имевшего «отчетливое континентальное направление», а среди его компонентов – и активность суда в собирании доказательств⁷⁵¹.

⁷⁴⁹ Рязановский В. А. Единство процесса. С. 59–60.

⁷⁵⁰ Автор приводит исключительные примеры из иностранных гражданских процессов даже тех стран, где строго проводится начало *nemo iudex sine actore*: по норвежскому закону 1915 г. на суд возлагается обязанность *ex officio* возбуждать дело о разыскании и признании отца внебрачного ребенка.

В. А. Рязановский приводит достаточно большое число образцов судебной активности и в соответствии с российским Уставом гражданского судопроизводства: судья по собственной инициативе может приложить к делу справочные сведения (ст. 82), истребовать заключение от сведущих людей, назначить осмотр на месте (ст. 507 и 515) и т. д. и т. п. В законе 1914 г. законодатель пошел еще дальше: по делам из брачного союза суду было предоставлено права по своему усмотрению постановить о допросе тяжущихся супругов, их родственников и соседей и др. лиц (ст. 13458) (см.: Там же. С. 53, 74).

⁷⁵¹ См.: Малешин Д. Я. Гражданский процесс России: романо-германский, англосаксонский или смешанный тип? // Журнал российского права. 2010. № 12. С. 82.

Следующая эволюционная «волна» связана с законодательством после 1917 г. ГПК РСФСР 1923 г. (ст. 2-а) предусматривал и вовсе «отчаянное» по своей исключительности правило – право суда возбудить гражданское дело по своей инициативе в случаях, прямо предусмотренных законом; в частности, по вопросам взыскания алиментов на содержание детей (дополнение 1937 г.), по делам о восстановлении на работе привлекать в процесс руководителя организации с целью возмещения убытков, причиненных незаконным увольнением (1929 г.). ГПК 1964 г. сохранил лишь вторую возможность (ст. 39). Однако в нормах ст. 34 КоБС РСФСР законодатель предписал: «... суд обязан при вынесении решения о расторжении брака определить, при ком из родителей и кто из детей остается, а также с кого из родителей и в каком размере взыскиваются алименты на содержание детей». Обязанность суда взыскивать по своей инициативе алименты на ребенка была закреплена также в нормах ч. 5 ст. 59 и ч. 1 ст. 117 КоБС (при лишении родительских прав, отмене усыновления). Что касается иной, не столь чрезвычайной, судебной активности, то ее характеризовали нормы ст. 14, 34, 50, 294, п. 4 ст. 305 ГПК РСФСР и др. – об установлении истины по делу, отказе в утверждении распорядительных актов сторон, сфере доказательств по инициативе суда, выходе за пределы заявленных требований или жалобы и т. д.

Данный период Д. Я. Малешин квалифицирует как ключевую эпоху в «развитии самобытности отечественного гражданского процесса». Автор среди уникальных советских процессуальных институтов, в частности, называет и чрезвычайную активность судьи как в собирании доказательств, так и в руководстве всем процессом⁷⁵².

Соответственно в 1960–1980-е годы активизировалась и теоретическая дискуссия о необходимой, достаточной или возможной мере процессуальной активности суда и в целом служебного начала гражданского судопроизводства. При этом большинство процессуалистов не видели в нем самостоятельного содержания, набора таких существенных элементов процессуальной формы,

⁷⁵² См.: Малешин Д. Я. Указ. соч. С. 84.

которые не могли бы принадлежать принципам законности и объективной истины. Внедрение рассматриваемого положения в систему принципов нецелесообразно еще и потому, полагали оппоненты, что тем самым обедняется принцип диспозитивности и возбуждается «нездоровый аппетит» к конструированию все новых и новых принципов⁷⁵³. Постоянные попытки изобретения принципов-новелл, в том числе путем расчленения уже имеющихся на части, отмечала Н. А. Чечина, могут повлечь за собой негативное отношение к понятию принципа и приведут к расшатыванию их объективно существующей системы, создадут ложное представление о ее нестабильности, то есть о возможности не только введения новых принципов, но и уничтожения старых, об отказе от устоявшихся основных положений⁷⁵⁴.

Безусловно, материя принципов отрасли права относится к числу наиболее дорогостоящих и прочных, а следовательно, не нуждается в «подлатывании» и тем более замене. Однако моделирование «изделия», хоть и осуществляемое на основе взвешенных критериев, может иметь варианты. Это, как мы видим, подтверждается и историей вопроса: элементы служебного начала гражданского судопроизводства активно проявились в конце XIX – начале XX в. и продолжали укрепляться в XX в. и в России, и в других европейских странах⁷⁵⁵.

⁷⁵³ См.: Советский гражданский процесс / под ред. М. С. Шакарян. М., 1985. С. 44–45; Советский гражданский процесс / под ред. Н. А. Чечиной и Д. М. Чечота. Л., 1984. С. 25–26. И др.

⁷⁵⁴ Чечина Н. А. Основные направления развития науки советского гражданского процессуального права. Л., 1987. С. 85.

⁷⁵⁵ См., например: Давтян А. Г. Гражданское процессуальное право Германии. М., 2000. С. 43–44.

Так, согласно § 139 ГПК ФРГ состязательность ограничена в процессе по спорам о детях и в целом из семейных правоотношений – для заинтересованных лиц обязательны указания суда по предъявлению необходимых фактических данных, входящих в предмет доказывания.

По мнению автора, это послужило поводом для новой дискуссии о мере судейского «вмешательства» в состязание сторон (для быстрого, эффективного и справедливого решения) – вплоть до идеи кооперативности данных столь разных субъектов процесса (см.: Давтян А. Г. Указ. соч. С. 44.).

Наиболее настойчиво идея о принципе процессуальной активности проводится в работах В. М. Семенова⁷⁵⁶. Его содержание автором характеризуется достаточно широко и включает в себя: обязанность суда приступить к рассмотрению дела при наличии заявления о его возбуждении, поданного с соблюдением правил, определить круг участвующих в деле лиц и привлечь их в процесс, обеспечить полноту материалов по делу и реальную возможность осуществления участниками процесса их прав и обязанностей, осуществить защиту прав и интересов участников процесса, установить причины правонарушений и отреагировать на них в установленной процессуальной форме, обеспечить контроль за распорядительными действиями сторон, вмешаться

В 2002 г. вступили в силу изменения ГПК Германии. Как отмечает Д. Я. Малешин, нововведения усилили роль суда в процессе собирания доказательств; в сравнении с российским законодательством данные полномочия обширнее (см.: Малешин Д. Я. «Ограниченная активность» суда в процессе собирания доказательств как самобытная черта российского гражданского процесса // Законодательство. 2009. № 2).

Подробнее о современной ситуации в других странах см. указанную статью Д. Я. Малешина.

Последние нововведения французского гражданского процесса предполагают: возможность, в порядке особого исключения, возбуждения дела по инициативе суда (ст. 1 КГП Франции), соблюдение баланса между либеральной традицией французского права и социальной функцией процесса, реализацию принципа эффективного сотрудничества судьи и сторон, в том числе в доказательственной деятельности, развитие судебного менеджмента (управления процессом) (см.: Кадье Лоик. Общие принципы французского гражданского процесса // Правоведение. 2010. № 2. С. 32, 39–40).

В правила судопроизводства в суде первых инстанций Европейского союза также были внесены изменения, касающиеся усиления активности суда в процессе отыскания доказательств (см.: Малешин Д. Я. Там же).

⁷⁵⁶ См.: Семенов В. М. Специфические отраслевые принципы советского гражданского процессуального права // Сб. уч. тр. Свердлов. юрид. ин-та. Вып. 4. Свердловск, 1964. С. 206; Курс советского гражданского процессуального права. Т. 1. М., 1981. С. 168–170. (автор главы В. М. Семенов); Его же. Конституционные принципы гражданского судопроизводства. М., 1982. С. 125–141.

в материальные правоотношения сторон в случаях нарушения закона, интересов государства; право выходить за пределы размера и оснований исковых требований, проверять обжалованное решение в полном объеме; обязанность обеспечивать контроль исполнения судебного решения⁷⁵⁷.

Активным сторонником идеи процессуальной активности суда (служебного начало) был и известный болгарский процессуалист Ж. Сталев^{758,759}. Так, анализируя служебное начало судебной деятельности, автор характеризует его как обязанность правозащитного органа активно содействовать быстрому, экономичному и правильному развитию гражданского процесса, обеспечивать максимальное сотрудничество между сторонами и оптимальную реализацию их прав. Составляющими его элементами, по мнению автора, являются: служебное движение процесса; служебная помощь сторонам в реализации их процессуального статуса; служебный сбор доказательств; служебная проверка решения суда I инстанции; служебная отмена порочных судебных решений, вступивших в законную силу⁷⁶⁰. Дифференцируя данные правомочия, С. Брайков подчеркивает, что в узком (собственном) смысле служебное начало означает совершение судом только действий по собственному почину, которые, в свою очередь, подразделяются на две группы: 1) процессуальные действия, по своему естеству составляющие исключительную компетенцию судебного органа (например, действия по движению дела); 2) процессуальные действия, которые изначально совершаются

⁷⁵⁷ См.: Семенов В. М. Конституционные принципы... С. 127–144.

⁷⁵⁸ См.: Сталев Ж. Българско гражданско процесуално право. София, 1979. С. 90–112.

⁷⁵⁹ В 1950–1980-е годы этот принцип находился в среде относительно устойчивого обитания не только в болгарском, но также в немецкой и польской гражданско-процессуальной науке. Подробнее об этом см., например: Тарусина Н. Н. Актуальные теоретические проблемы защиты и охраны семейных прав и интересов (критический взгляд на советское семейное и гражданско-процессуальное законодательство) // Годишник на Софийския университет «Св. Климент Охридски». Юридически факультет. Кн. 3, т. 80/81. София, 1990. С. 93–98.

⁷⁶⁰ См.: Сталев Ж. Указ. соч. С. 110–113.

сторонами, но в определенных случаях могут осуществляться и судом⁷⁶¹. Среди российских процессуалистов наиболее четкую и обоснованную позицию по данному вопросу в 1970–1980-е годы занимал Р. Е. Гукасян. Соглашаясь с известными положениями М. А. Гурвича – «принцип диспозитивности определяет движение гражданского процесса и находит свою основу в личной заинтересованности», – Р. Е. Гукасян в то же время констатирует традиционность его подхода: во-первых, автор не делает, казалось бы, необходимого вывода о связи движения процесса именно с волей заинтересованного лица и, соответственно, во-вторых, видит проявление принципа диспозитивности в действиях не только материально (лично) заинтересованных субъектов, но и иных участвующих в деле лиц, а также и суда, контролирующего распорядительные действия сторон⁷⁶², то есть объединяет в одном принципе два различных начала, что невозможно⁷⁶³.

В то же время Р. Е. Гукасян, исследуя природу действий прокурора и органов госуправления по оказанию гражданами и организациями помощи в защите права (предъявление иска, участие в доказательственной деятельности и т. д.), не приходит к выводу о ее идентичности с процессуальной активностью суда: первые, хотя и действуют *ex officio*, олицетворяют конкретный личный (например, ребенка) и/или общественный (государственный) интерес⁷⁶⁴, их действия дополняют принцип диспозитивности. Логично было бы продолжить: а второй (суд) олицетворяет интерес иной природы – государственный интерес в правосудии.

Эту логику, казалось бы, разрушает правомочие суда возбуждать процесс по своей инициативе. Именно так квалифицирует Р. Е. Гукасян приведенные нами ранее положения ГПК

⁷⁶¹ См.: Брайков С. Някои прояви на съдебното начало в изпълнениия граждански процес на НРБ: Лекции за следдипломна специализация на юристи. София, 1981. С. 81.

⁷⁶² См.: Гурвич М. А. Принципы советского гражданского процессуального права // Труды ВЮЗИ. Т. 3: Вопросы гражданского процесса, гражданского и трудового права. М., 1965. С. 30–31.

⁷⁶³ См.: Гукасян Р. Е. Указ. соч. С. 96

⁷⁶⁴ Там же. С. 97–102.

РСФСР 1923 г. (ст. 2а, ст. 172а) и ст. 39 ГПК 1964 г.⁷⁶⁵ Аналогично автор квалифицирует и правомочие суда о привлечении второго ответчика в ситуации замены ненадлежащей стороны (ст. 36 ГПК 1964 г.). При этом Р. Е. Гукасян совершенно справедливо подчеркивает, что широкого применения эти правила найти не могут не только и не столько в связи с действием принципа диспозитивности, сколько ввиду особого положения суда как органа правосудия.

Кроме перечисленных, автор относит к элементам процессуальной активности положения ст. 34 ГПК РСФСР (право не применять отказа от иска или его признание, не утвердить мировое соглашение), ст. 294 (проверка законности судебного решения в необжалованной части и в отношении лиц, не подавших жалобы), ст. 305 (право вынесения нового решения), ст. 195 (право суда выйти за пределы заявленных требований); ст. 90 (о взыскании с ответчика по инициативе суда расходов по уплате пошлины⁷⁶⁶).

* * *

Изменение гражданско-процессуального законодательства лишь несколько ослабило позицию «судебной процессуальной активности» и, соответственно, теоретические позиции его сторонников⁷⁶⁷. Тем не менее в своем классическом (и наибо-

⁷⁶⁵ В действующем ГПК правила о привлечении судом надлежащего ответчика в качестве второго ответчика, а также руководителя третьим лицом баз самостоятельных требований нет.

⁷⁶⁶ См.: Гукасян Р. Е. Указ. соч. С. 104–116.

См. соответственно правила п. 2 ст. 39, п. 3 ст. 196, п. 2 ст. 347 (ГПК РФ); аналога ст. 90 нет. См. также ч. 2 п. 3 ст. 40, п. 1 ст. 57, ст. 62, п. 3 ст. 79, п. 5, 8 ст. 150, п. 3, 4 ст. 151, п. 3 ст. 196, ст. 204, 226, п. 3 ст. 327, п. 5 ст. 390 ГПК РФ и др.

⁷⁶⁷ Так, в ведущих учебниках последнего десятилетия прямое упоминание о данном принципе отсутствует. В лучшем случае речь идет о принципе судебного руководства процессом (см., например: Гражданский процесс / под ред. В. А. Мусина, Н. А. Чечиной, Д. М. Чечота. М., 1999. С. 49–50).

В академическом же курсе 1981 г. он обозначен и раскрыт (см.: Курс советского гражданского процессуального права. Т. 1. М., 1981. С. 168–170).

лее очевидном) виде она осталась. Это следует в том числе и из нормы п. 2 ст. 12 ГПК РФ. Так, Г. А. Жилин отмечает, что в современном гражданском процессе активность суда (различная по ГПК РФ и АПК РФ) определяется в зависимости от вида процессуальных фактов: установление некоторых из них требует инициативы и активных действий участвующих в деле лиц, других же – полностью возлагается на суд. Например, суд вообще не связан, продолжает автор, поведением указанных лиц по вопросам определения, наличия или отсутствия сведений, составляющих государственную тайну, фактов подведомственности и подсудности дела, пропуска процессуальных сроков, наличия или отсутствия обстоятельств, обязывающих приостановить или прекратить производство по делу, а также оставить заявление без рассмотрения и др.⁷⁶⁸ Остался и один из самых ярких элементов судебной активности – право суда выйти за пределы заявленных требований. Конкретизируя правило п. 3 ст. 196 ГПК РФ, авторы одного из ведущих комментариев⁷⁶⁹ приводят нам приложенные к нему ситуации: 1) право суда применить последствия недействительности ничтожной сделки (п. 2 ст. 166 ГК РФ); 2) обязанность суда при расторжении брака определить место проживания детей и их алиментирование (ст. 24 СК РФ); 3) право суда взыскать алименты на детей при

См. также: Воронов А. Ф. Принципы гражданского процесса: прошлое, настоящее и будущее. М., 2009. С. 229 и след.

С. Ф. Афанасьев, О. П. Чистякова, Е. Чесовский и другие авторы также справедливо отмечают, что идея об активном судебном руководстве гражданским судопроизводством всегда была свойственна российской правовой материи, в том числе и для обеспечения реализации других его принципов – прежде всего равноправия сторон (см.: Чистякова О. П. Проблема активности суда в гражданском процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1997. С. 7–16; Чесовский Е. Принцип процессуальной активности суда в гражданском судопроизводстве//Российская юстиция. 2003. № 8. № 23–25; Афанасьев С. Ф. Право на справедливое судебное разбирательство... С. 242).

⁷⁶⁸ См.: Жилин Г. А. Правосудие по гражданским делам. С. 268–269.

⁷⁶⁹ См.: Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. В. М. Жуйкова и М. К. Треушникова. М., 2007. С. 427–428.

лишении родительских прав (ст. 70 СК РФ)⁷⁷⁰, перейти на их ограничение (ст. 73 СК РФ); 4) право взыскать суммы за время вынужденного прогула при невозможности восстановления на работе вследствие прекращения деятельности организации (ст. 394 ТК РФ); 5) обязанность обсуждать вопрос о взыскании штрафа – при удовлетворении требований о защите прав потребителей (п. 6 ст. 13 ФЗ «О защите прав потребителей») и др. Е. С. Чесовский как процессуальную активность суда квалифицирует действие в рамках ст. 19 (об отводах), ст. 21 (о передаче дела другому судье), ст. 23 (о передаче дела из мирового в районный суд), п. 3 и 4 ст. 37 (в части привлечения в процесс несовершеннолетних от 14 до 18 лет), ст. 40, 47 (о привлечении соответчика, органа госуправления и др.), ст. 87 (о назначении дополнительной или повторной экспертизы), ст. 144, 151 (об отмене обеспечения иска; о соединении, разъединении исковых требований), ст. 200, 201 (об исправлении описок или ошибок, вынесении дополнительного решения) и др.⁷⁷¹

Все указанные возможности процессуальной «суперактивности» суда проявляются в рамках уже возбужденного гражданского процесса. Однако они несколько различаются по своей сути. Примеры № 1, 4 и 5, действительно, могут быть квалифицированы как выход за пределы заявленных требований, поскольку суд изменяет предмет иска. Правомочия же и обязанности, предусмотренные для процесса по перечисленным категориям семейных дел (кроме ст. 73 СК РФ) – совсем иного рода. Как мы уже отмечали в данном сочинении и других своих работах⁷⁷², речь идет о возбуждении по инициативе суда, пусть и в рамках начатого процесса, абсолютно самостоятельного дела, вытекающего из другого семейного правоотношения (родительского, алиментного). Именно так и следует квалифицировать

⁷⁷⁰ Добавим: аналогичное правило – при отмене усыновления (п. 4 ст. 143 СК РФ).

⁷⁷¹ См.: Чесовский Е. Принцип процессуальной активности... С. 23–25.

⁷⁷² См., например: Тарусина Н. Н. Вопросы теории семейного права и гражданского процесса. М., 2001. С. 53; она же. Семейное право. Очерки... С. 243, 538.

указанный вид процессуальной активности. Соответственно эти исключительные по своей природе правомочия, обусловленные необходимостью специальной защиты особо значимых общественных интересов, коими являются интересы ребенка, должны быть предусмотрены не п. 3 ст. 196, а дополнительным п. 3 ст. 4 ГПК РФ⁷⁷³.

Таким образом, полагаем, что «курилка жив»: процессуальная активность суда не поглощается принципами диспозитивности и состязательности, не может рассматриваться как исключение из них, поскольку первая и вторые имеют разные адресаты, разную природу и, частично, различные цели⁷⁷⁴. Мы солидарны с Д. А. Малешиним, утверждающим, что «реализация идей «чистой состязательности» при пассивной роли суда в России нецелесообразна: суд не может быть нейтральным, только внимательно выслушивать стороны и решать спор на основании представленных доказательств»⁷⁷⁵. Эта тенденция и потребность судебной практики и проявились в своеобразном соединении в ГПК РФ двух активных позиций – сторон и суда. Задача теории и практики гражданского процесса – в их гармонизации. Это

⁷⁷³ В. Ф. Борисова замечает, что выдвинутая М. С. Шакарян и другими процессуалистами идея «относительно наделения суда правом возбуждать гражданское судопроизводство по собственной инициативе в качестве дополнительной гарантии защиты субъективных прав граждан при неопределенности правового состояния стороны или третьего лица; по делам, затрагивающим права и интересы детей», в настоящее время вряд ли востребована; она замещается правом на обращение в суд органов государственной власти, местного самоуправления и др. (см.: Борисова В. Ф. Возбуждение гражданского судопроизводства. М.: Юрлитинформ, 2009. С. 22–23).

Последнее замечание верно, а первое нет – по означенной нами причине: мы должны считаться с тем фактом, что, по сути, такая инициатива остается нормативным положением, хотя и одеваемым в «камуфляж».

⁷⁷⁴ Состязательность сторон, как и §§ суда, направлена в том числе на установление обстоятельств дела.

⁷⁷⁵ Малешин Д. Я. Российский тип гражданского судопроизводства // Вест. Моск. ун-та. Сер. 11, Право. 2007.

же подтверждается и эволюцией идеи судебно-процессуальной активности с конца XIX в. до настоящего времени⁷⁷⁶.

⁷⁷⁶ К сожалению, у нас отсутствует традиция (в рамках несостоявшегося судебного права) «размысленческого» обмена информацией с представителями уголовно-процессуальной науки.

Между тем, как показывает даже поверхностный анализ, идея процессуальной активности суда – объект почти «штормовых» дискусионных потоков, внутренним толчком которых явилась реформа уголовно-процессуального законодательства, в частности выведение суда из числа субъектов уголовного преследования, разделение функций на триаду «правосудие, обвинение, защита», апологетика процессуального начала судопроизводства, появление процессуальной мировой сделки и т. д.

Одни процессуалисты полагают, что «дезактивация» суда в доказательственной деятельности, его пассивная позиция недопустимы: «На суд одевается смирительная рубашка, а на подследственного и подсудимого – бронежилет» (см.: Жулев В. И. О необходимости срочных мер, направленных на устранение пробелов и коллизий в связи с введением в действие УПК РФ // Новый уголовно-процессуальный закон: теория и практика применения. М., 2003. С. 67).

«Смирительную рубашку не мешало бы надеть на автора этих строк, – оппонирует И. Л. Петрухин, – который не понимает, что такое введенная новым кодексом состязательность судопроизводства, какова роль суда при строгом соблюдении этого принципа...» (Петрухин И. Л. Оправдательный приговор и право на реабилитацию. М., 2009. С. 75). Насущная задача судебной реформы, продолжает автор, ограничить начало публичности (подробнее см.: Там же. С. 77–79.).

А. В. Смирнов полагает, что на смену «публично-исковому» процессу придет «публично-состязательный» («постсостязательный»). По его мнению, современный процесс является конфронтационным, комбатантным – в нем побеждает сильный, а истина часто не достигается: нужен активный суд, прокурор – искатель истины и защитник – правозащитник (см.: Смирнов А. В. Модели уголовного процесса. СПб., 2000. С. 53, 57, 186).

Идея о пассивном суде, рассматриваемая многими авторами как обязательное условие состязательности, отмечает А. В. Победкин, – пройденный этап даже в странах с традиционным поклонением этому принципу. Состязательность, продолжает автор, не противоречит активности суда и наоборот (см.: Победкин А. В. Уголовно-процессуальное доказывание. М., 2009. С. 76–77).

При этом, несмотря на культурологические изменения в российской правовой системе, в том числе гражданско-процессуальной, в сторону индивидуалистских воззрений и некоторую временную «парализованность» гражданского процесса, разработчики ГПК РФ 2002, отмечает Д. Я. Малешин, не предоставив суду неограниченных полномочий, например в собирании доказательств, все же его активность усилили, что в целом отвечает как современному социокультурному состоянию российского общества, так и задачам разумной глобализации в правовой сфере⁷⁷⁷.

Что касается соотношения этой композиции с явлением судебного усмотрения, то, как мы и заявляли в преамбульной части, не все элементы процессуальной активности суда формируют его содержание. Очевидно, что, например, правила ст. 23–24 СК РФ выбора не предоставляют (альтернативы, заложенные в этих нормах, дают некоторый выбор лишь сторонам, а для суда представляют «алгоритм долженствования»). В то же время выход за пределы заявленных требований (в его традиционном,

Реализуя функцию правосудия, подчеркивает А. С. Барабаш, суд обязан быть процессуально активен, стремиться к объективности и всесторонности исследования, защите интересов граждан (см.: Барабаш А. С. Природа российского уголовного процесса, цели уголовно-процессуальной деятельности и их установление. СПб., 2005. С. 230–233 (см. также: Мотовиловкер Я. О. О принципах объективной истины, презумпции невиновности и состязательности процесса. Ярославль, 1978. С. 65 и др.).

Представляется, отмечает Р. В. Багдасаров, что в споре об активности суда произошла подмена понятий: процесс доказывания не есть только доказывание вины... (см.: Багдасаров Р. В. Принцип состязательности в уголовном процессе России и странах Европейского союза. М., 2008. С. 138–141).

Таким образом, как видим, в широких рамках рассуждений «суд – субъект познания и/или доказывания, защитник прав и интересов граждан и государства, источник справедливого и истинного решения» – в гражданско-процессуальной и уголовно-процессуальной науках достаточно общих проблем и разности подходов к ним. Очевидно, что идея процессуальной активности суда остается актуальной.

⁷⁷⁷ См.: Малешин Д. Я. «Ограниченная активность» суда...

классическом прочтении), соединение или разъединение исковых требований, применение правила п. 3. ст. 79 ГПК (в части последствий неявки на экспертизу), оказание процессуальной помощи участвующим в деле лицам в сборе доказательств, принятие решений по другим вопросам⁷⁷⁸ движения процесса к правосудному результату – безусловные варианты процессуальной активности суда в рамках судебного усмотрения.

⁷⁷⁸ См. компоненты, перечисленные, например, Г. А. Жилиным. (Указ. соч. С. 269).

Заключение

Судебное усмотрение представляет собой предусмотренную правовыми нормами творческую мотивированную деятельность суда по выбору варианта решения правовых вопросов (предварительных и окончательных, итоговых) в пределах общих начал законодательства и правоприменения.

Оно пронизывает всякое судебное правоприменение – и отнюдь не только в так называемых «трудных» случаях. Различие – лишь в мере свободы и наборе усмотренческих элементов.

Важнейшие предпосылки судебного усмотрения составляют соответствующие материально-правовые и процессуальные нормы, а также характеристики рассматриваемого дела. Первые, в силу диспозитивности и относительной неопределенности предписаний, порождают необходимость «расшифровки» заложенного в них задания, вторые – «принорования» уже дешифрованных нормативно-правовых текстов к конкретной ситуации.

Пределы судебного усмотрения заложены в началах законодательства и правоприменения – в идеях законности, понимаемой максимально широко, то есть включающих в себя объективность, справедливость, обоснованность, профессионализм и другие характеристики.

В зависимости от характера нормативной установки усмотрение позиционируется через право либо через обязанность – при абсолютном доминировании последней конструкции. В отдельных случаях не исключается их комбинация. Этот вариант по-прежнему является гипотетическим и требует дальнейшего теоретического осмысления, так как идея возможного, допустимого единства права и обязанности обладает энергетикой, разрушающей правовую определенность, логику и технологию построения правовых механизмов. При этом нередко норма (в том числе гражданско-процессуальная), сконструированная диспозитивно, сущностно такой не является (или не должна являться), что подтверждается с помощью систематического толкования.

Архитектонику судебного усмотрения, с различной степенью выраженности и обязательности присутствия в каждом его

проявлении, составляют: конкретизация правовых норм через толкование, субсидиарное применение, разрешение коллизий, преодоление пробелов через аналогию закона и права; конкретизация правоотношений посредством ситуационных и иных относительно определенных норм; процессуальная активность суда и судебное правотворчество.

Конкретизация является «ключом» к проблеме судебного усмотрения – и исторически (в рамках развития теории судебного правоприменения), и по существу. Понимаемая в широком смысле (конкретизация норм и правоотношений), она «обнимает» собою почти все усмотренческое пространство.

Процессуальная активность придает судебному усмотрению особое качество, которое в сочетании с другими чертами гражданско-процессуальной формы, постоянно воспроизводит самобытность, оригинальность гражданско-процессуальной деятельности российского суда.

Судебное правотворчество как одно из высших проявлений усмотрения, в той или иной форме существования, сопровождает судебное правоприменение. Во-первых, общеобязательными являются акты Конституционного Суда РФ, содержащие нормативно-доктринальные правовые позиции. Во-вторых, обязательными, в рамках судебной системы, позиционируются акты общего характера высших судебных инстанций, хотя содержательно они отнюдь не всегда могут и должны квалифицироваться в качестве источников права. В-третьих, определенное значение имеют акты указанных судов по конкретным делам (а на уровне эпизодов – и решения других судов). Другое дело, что постановления обобщающего характера не следует причислять к классическому прецеденту – они занимают свою автономную нишу среди источников права, а постановления по конкретным делам к прецедентам относиться могут, однако с определенной натяжкой – до той поры, пока законодатель не определит их место в рассматриваемой системе, официально придав им означенный статус или отказав в оном.

Список литературы

1. Абушенко, Д. Б. Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе / Д. Б. Абушенко. – М. : Норма, 2002.
2. Авдюков, М. Г. Принцип законности в гражданском судопроизводстве / М. Г. Авдюков. – М. : МГУ, 1971.
3. Алексеев, С. С. Общая теория права: в 2 т. Т. 2 / С. С. Алексеев. – М.: Юридическая литература, 1982.
4. Алексеев, С. С. Восхождение к праву: Поиски и решения / С. С. Алексеев. – М. : Норма, 2001.
5. Алексеев С. С. Проблемы теории права. Т. 2 / С. С. Алексеев. – Свердловск, 1973.
6. Алексеев, С. С. Частное право / С. С. Алексеев. – М., 1999.
7. Алексеев, С. С. Общая теория права / С. С. Алексеев. – М. : Проспект, 2008.
8. Алексеев, С. С. Социальная ценность права в советском обществе / С. С. Алексеев. – М. : Юридическая литература, 1971.
9. Алексеев С. С. Структура советского права / С. С. Алексеев. – М.: Юридическая литература, 1975.
10. Алексеев, С. С. Теория права / С. С. Алексеев. – М., 1993.
11. Антокольская, М. В. Семейное право / М. В. Антокольская. – М. : Норма, 2010.
12. Антокольская, М. В. Место семейного права в системе отраслей частного права / М. В. Антокольская // Государство и право. – 1995. – № 6.
13. Антокольская, М. В. Семейное право / М. В. Антокольская. – М. : Юрист, 1997.
14. Афанасьев, С. Ф. Право на справедливое судебное разбирательство и его реализация в российском гражданском судопроизводстве / С. Ф. Афанасьев. – М. : Юрлитинформ, 2009.
15. Багдасаров, Р. В. Принцип состязательности в уголовном процессе России и странах Европейского союза / Р. В. Багдасаров. – М., 2008.
16. Баглай, М. В. Вступительная статья к книге А. Барака «Судейское усмотрение» / М. В. Баглай. – М. : Норма, 1999.

17. Бажанов, М. И. Назначение наказания по советскому уголовному праву / М. И. Бажанов. – Киев : Вища школа, 1980.
18. Баландин, В. Н. Принципы юридического процесса / В. Н. Баландин, А. А. Павлушина; под ред. В. М. Веденягина. – Тольятти, 2001.
19. Барабаш, А. Природа российского уголовного процесса, цели уголовно-процессуальной деятельности и их установление / А. Барабаш. – СПб., 2005.
20. Барак, А. Судейское усмотрение / А. Барак. – М. : Норма, 1999.
21. Баранов, В. М. «Квалифицированное молчание законодателя» как общеправовой феномен (К вопросу о сущности и сфере функционирования пробелов в праве) / В. М. Баранов // Пробелы в российском законодательстве. – М., 2008.
22. Баранов, В. М. Законодательная дефиниция как общеправовой феномен / В. М. Баранов // Законодательная дефиниция: логико-гносеологические, политико-юридические и практические проблемы: материалы международного «круглого стола» (Черновцы, 21–23 сентября 2006года) / под ред. В. М. Баранова, П. С. Пацуркивского, Г. О. Матюшкина. – Н. Новгород, 2007.
23. Баранов, В. М. Истинность норм советского права / В. М. Баранов. Саратов, 1989.
24. Баранов, В. М. Конкретизация права: понятие и пределы / В. М. Баранов, В. В. Лазарев // Конкретизация законодательства как технико-юридический прием нормотворческой, интерпретационной, правоприменительной практики. – Н. Новгород, 2009.
25. Барминская, Д. Новые тенденции в развитии мусульманского семейного права на примере Семейного Кодекса Королевства Марокко 2004 г. / Д. Барминская // Семейное и жилищное право. – 2009. – № 3.
26. Басангов, Д. А. Юридическая природа особого мнения судьи Конституционного Суда Российской Федерации / Д. А. Басангов // Журнал российского права. – 2006. – № 2.
27. Белякова, А. М. Советское семейное право / А. М. Белякова, Е. М. Ворожейкин. – М. : Юридическая литература, 1974.

28. Бентам, И. Избранные сочинения. Т. 1 / И. Бентам. – СПб., 1867.
29. Берг, Л. Н. Судебное усмотрение и его пределы: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Л. Н. Берг. – Екатеринбург, 2008.
30. Беспалов, Ю. Ф. Некоторые вопросы реализации семейных прав ребенка (теория и практика) / Ю. Ф. Беспалов. – Владимир, 2001.
31. Богуславский, М. М. Международное частное право / М. М. Богуславский. – М., 1998.
32. Божьев, В. П. Комментарий к ст. 1 УПК РФ / В. П. Божьев // Законность. – 2009. – № 4.
33. Бойко, А. И. Нравственно-религиозные основы уголовного права / А. И. Бойко. – М. : Юрлитинформ, 2010.
34. Бойко, А. И. Римское и современное уголовное право / А. И. Бойко. – СПб. : Юридцентр Пресс, 2003.
35. Бойко, А. И. Система и структура уголовного права. Т. 2 / А. И. Бойко. – Ростов н/Д.: ЮФУ, 2007.
36. Бойко, А. И. Язык уголовного закона и его понимание / А. И. Бойко. – М. : Юрлитинформ, 2010.
37. Бондарев, А. Юридическая ответственность – исключительно позитивное свойство субъектов права / А. Бондарев // Правоведение. – 2008. – № 1.
38. Бондарь, Н. Власть и свобода на весах Конституционного правосудия / Н. Бондарь. – М. : Юстицинформ, 2005.
39. Бондарь, Н. Нормативно-доктринальная природа решений Конституционного Суда РФ как источников права / Н. Бондарь // Журнал российского права. – 2007. – № 4.
40. Бондарь, Н. С. Конвенциональная юрисдикция Европейского Суда по правам человека в соотношении с компетенцией Конституционного Суда РФ / Н. Бондарь // Журнал российского права. – 2006. – № 6.
41. Боннер, А. Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе / А. Т. Боннер. – М. : Юридическая литература, 1980.

42. Боннер, А. Т. Судебный прецедент в российской правовой системе / А. Т. Боннер // Избранные труды по гражданскому процессу. – СПб.: СПбГУ, 2005.

43. Борисова, В. Ф. Возбуждение гражданского судопроизводства / В. Ф. Борисова. – М. : Юрлитинформ, 2009.

44. Боровиковский, А. Отчет судьи. Т. 2 / А. Боровиковский. – СПб., 1892.

45. Боровиковский, А. Л. Отчет судьи. Т. 1 / А. Л. Боровиковский. – СПб, 1909.

46. Брагинский, М. И. Осуществление и защита гражданских прав / М. И. Брагинский // Вестник Высшего Арбитражного Суда. – 1995. – № 7.

47. Брайков, С. Някои прояви на служебното начало в изпълнителния граждански процес на НРБ: Лекции за следдипломна специализация на юристи / С. Брайков. – София, 1981.

48. Бутнев, В. В. Понятие субъективного права / В. В. Бутнев // Философские проблемы субъективного права. – Ярославль, 1990.

49. Бутнев, В. В. Правоотношение юридической ответственности / В. В. Бутнев // Юридические записки ЯрГУ им. П. Г. Демидова. Вып. 11. – Ярославль, 2007.

50. Бутнев, В. В. Юридические факты в гражданском процессуальном праве / В. В. Бутнев // Юридические записки ЯрГУ им. П. Г. Демидова. Вып. 13: Юридические факты. – Ярославль : ЯрГУ, 2009.

51. Ваксян, А. Есть противопоказания для занятия должности / А. Ваксян // Российская юстиция. – 1996. – № 12.

52. Варьяс, М. Религиозная мораль и политико-правовая действительность: теологический аспект / М. Варьяс // ОНС. – 1993. – № 5.

53. Васильев, В. Л. Юридическая психология / В. Л. Васильев. – СПб.; М.; Харьков; Минск : Питер, 2002.

54. Васьковский, Е. В. Руководство к толкованию и применению законов: Для начинающих юристов / Е. В. Васьковский. – М., 1913.

55. Васьковский, Е. В. Учебник гражданского процесса / Е. В. Васьковский. – М., 1917.
56. Ведерникова, О. Н. Европейский Суд по правам человека: исторические реформы, современное состояние и беспрецедентные решения / О. Н. Ведерникова // Государство и право. – 2011. – № 3.
57. Верещагин, А. Заметки о судебном нормотворчестве / А. Верещагин // Сравнительное конституционное обозрение. – 2007. – № 2.
58. Верещагин, А. Н. Особые мнения в российских судах / А. Н. Верещагин // Государство и право. – 2008. – № 2.
59. Верещагин, А. Н. Судебное правотворчество в России: Сравнительно-правовые аспекты / А. Н. Верещагин. – М. : Международные отношения, 2004.
60. Витрук, Н. В. Конституционное правосудие в России (1991–2001 гг.): Очерки теории и практики / Н. В. Витрук. – М., 2001.
61. Вишневский, А. А. Расторжение брака в каноническом праве: формальный запрет при существенном допущении / А. А. Вишневский // Право. – 2011. – № 1.
62. Власенко, Н. А. Конкретизация в праве: природа и пути исследования / Н. А. Власенко // Конкретизация законодательства как технико-юридический прием нормотворческой, интерпретационной, правоприменительной практики. – Н. Новгород, 2009.
63. Власенко, Н. А. Неопределенность в праве: понятие и формы / Н. А. Власенко, Т. Н. Назаренко // Государство и право. – 2007. – № 6.
64. Волков, А. В. Теория концепции «злоупотребления гражданскими правами» / А. В. Волков. – Волгоград, 2007.
65. Вопленко, Н. Н. Источники и формы права / Н. Н. Вопленко. – Волгоград, 2004.
66. Ворожейкин, Е. М. Семейные правоотношения в СССР / Е. М. Ворожейкин. – М., 1972.
67. Воронов, А. Ф. Принципы гражданского процесса: прошлое, настоящее и будущее / А. Ф. Воронов. – М., 2009.

68. Гавриш, И. В. Соотношение норм семейного кодекса Российской Федерации и брачного права Русской Православной Церкви / И. В. Гавриш // Семейное и жилищное право. – 2010. – № 2.

69. Гаджиев, Г. А. *Ratio decidendi* в постановлениях Конституционного Суда Российской Федерации / Г. А. Гаджиев // Конституционное правосудие. – 1999. – № 2.

70. Гендерная экспертиза российского законодательства / под ред. Л. Н. Завадской. – М., 2001.

71. Генкин, Д. М. Сочетание прав с обязанностями в советском праве / Д. М. Генкин // Советское государство и право. – 1967. – № 7.

72. Голдобина, З. Г. Судебный активизм в контексте американской политико-правовой доктрины в последние десятилетия XX в. / З. Г. Голдобина, А. В. Игнатенко // Правоведение. – 2007. – № 2.

73. Головина, Ю. Терминологическая неопределенность в трудовом праве: причины возникновения и пути устранения / Ю. Головина // Правоведение. – 2010. – № 2.

74. Гольст, Г. Р. Религия и закон / Г. Р. Гольст. – М., 1975.

75. Горшунов, Д. Н. Частное право и ислам / Д. Н. Горшунов // Учен. зап. Казан. гос. ун-та. Гуманитарные науки. – Т. 152, кн. 4. – 2010.

76. Гражданский процесс / под ред. В. А. Мусина, Н. А. Чечиной, Д. М. Чечота. – М., 1999.

77. Гражданский процесс России / под ред. М. А. Видука. – М., 2005.

78. Гражданское право. Т. 1 / под ред. Е. А. Суханова. – М., 1998.

79. Гражданское право. Т. 3 / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М.: Проспект, 2007.

80. Гражданское право. т. 3 / под ред. А. П. Сергеева. – М.: Велби, 2009.

81. Гражданское процессуальное право / под ред. М. С. Шакарян. – М.: Проспект, 2004.

82. Грачева, Ю. В. Проблемы судейского усмотрения в российском уголовном праве / Ю. В. Грачева. – Владимир, 2005.

83. Гревцов, Ю. И. Правовые отношения и осуществление права / Ю. И. Гревцов. – Л., 1987.

84. Гревцов, Ю. И. Социология права / Ю. И. Гревцов. – СПб., 2001.

85. Гредескул, Н. А. К учению об осуществлении права / Н. А. Гредескул. – Харьков, 1900.

86. Грибанов, В. П. Пределы осуществления гражданских прав / В. П. Грибанов // Осуществление и защита гражданских прав. – М.: Статут, 2000.

87. Грибанов, В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав / В. П. Грибанов. – М., 1972.

88. Громоздина, М. В. Осуществление родительских прав при раздельном проживании родителей по законодательству Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / М. В. Громоздина. – М., 2010.

89. Гук, П. А. Судебный прецедент: теория и практика / П. А. Гук. – М.: Юрлитинформ, 2009.

90. Гукасян, Р. Е. Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве / Р. Е. Гукасян // Избранные труды по гражданскому процессу. – М., 2009.

91. Гукасян, Р. Е. Концепция слияния прав и обязанностей и административно-командные методы управления / Р. Е. Гукасян // Избранные труды по гражданскому процессу. – М., 2009.

92. Гурвич, М. А. Лекции по советскому гражданскому процессу / М. А. Гурвич. – М., 1950.

93. Гурвич, М. А. О применении советским судом гражданских законов / М. А. Гурвич // Учен. зап. ВЮЗИ. Вып. 16. – М., 1969.

94. Гурвич, М. А. Принципы советского гражданского процессуального права / М. А. Гурвич // Труды ВЮЗИ. Т. 3: Вопросы гражданского процесса, гражданского и трудового права. – М., 1965.

95. Гурвич, М. А. Судебное решение. Теоретические проблемы / М. А. Гурвич. – М.: Юридическая литература. М., 1976.

96. Гусев, С. С. Проблемы понимания в философии / С. С. Гусев, Г. Л. Тульчинский. – М., 1985.

97. Давид, Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид. – М., 1998.
98. Давтян, А. Г. Гражданское процессуальное право Германии / А. Г. Давтян. – М., 2000.
99. Дагель, П. Об аналогии в советском уголовном праве / П. Дагель // Учен. зап. ДВГУ. Вып. 61. – Владивосток: ДВГУ, 1972.
100. Дворкин, Р. О правах всерьез / Р. Дворкин. – М., 2004.
101. Дворникова, О. А. Религия и закон: проблемы взаимодействия / О. А. Дворникова // Журнал российского права. – 2009. – № 7.
102. Долгополова, М. В. Правосудие как субъект правового регулирования / М. В. Долгополова // Правоведение. – 2008. – № 4.
103. Дулов, А. В. Судебная психология / А. В. Дулов. – Минск, 1975.
104. Елисейкин, П. Ф. Гражданские процессуальные правоотношения / П. Ф. Елисейкин. – Ярославль: ЯрГУ, 1975.
105. Емельянов, В. И. Разумность, добросовестность и неупотребление гражданскими правами / В. И. Емельянов. – М., 2002.
106. Ермакова, К. П. Пределы судебного усмотрения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / К. П. Ермакова. – М., 2010.
107. Ершов, В. В. Основопологающие общетеоретические и гражданско-правовые принципы права / В. В. Ершов. – М.: Российская академия правосудия, 2010.
108. Ершов, В. В. Судебное правоприменение: актуальные теоретические и практические проблемы / В. В. Ершов // Российское правосудие. – 2006. – № 5.
109. Жилин, Г. А. Правосудие по гражданским делам: Актуальные вопросы / Г. А. Жилин. – М.: Проспект, 2010.
110. Жуйков, В. Гражданский процессуальный кодекс РФ: разрешение коллизий / В. Жуйков // Российская юстиция. – 2003. – № 5.

111. Жуиков, В. М. ГПК РФ и другие источники гражданского процессуального права / В. М. Жуиков // Российская юстиция. – 2003. – № 4.

112. Жулев, В. И. О необходимости срочных мер, направленных на устранение пробелов и коллизий в связи с введением в действие УПК РФ / В. И. Жулев // Новый уголовно-процессуальный закон: теория и практика применения. – М., 2003.

113. Загайнова, К. О прецедентно-правоприменительной природе судебных актов в гражданском и арбитражном процессе / К. Загайнова // Государство и право. – 2009. – № 10.

114. Загайнова, К. Судебные акты в механизме реализации судебной власти в гражданском и арбитражном процессе / К. Загайнова. М., 2007.

115. Загайнова, К. Судебный прецедент: проблемы правоприменения / К. Загайнова. – М., 2002.

116. Загоровский, А. И. Семейное право / А. И. Загоровский. – Одесса, 1902.

117. Зейдер, Н. Б. Судебное решение по гражданскому делу / Н. Б. Зейдер. – М., 1966.

118. Зорькин, В. Д. Предел уступчивости / В. Д. Зорькин // Российская газета. – 2010. – 29 окт.

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

120. Иванов, Р. Л. Виды актов судебного правотворчества в Российской Федерации / Р. Л. Иванов // Вестник Омского университета. Серия «Право». – 2010. – № 3.

121. Иванчин, А. В. Законодательная техника и ее роль в российском уголовном правотворчестве / А. В. Иванчин. – М.: Юрлитинформ, 2011.

122. Ильина, О. Ю. Брак как новая социальная и правовая реальность изменяющейся России / О. Ю. Ильина. – Тверь, 2005.

123. Ильина, О. Ю. Интересы ребенка в семейном праве Российской федерации / О. Ю. Ильина. – М.: Городец, 2006.

124. Ильина, О. Ю. Проблемы интереса в семейном праве Российской Федерации / О. Ю. Ильина. – М.: Городец, 2007.

125. Иногамова-Хегай, Л. В. Конкуренция и коллизия уголовно-правовых норм / Л. В. Иногамова-Хегай // Уголовное право: стратегия развития в XX веке: Шестая Межд. науч.-практ. конф. – М.: Проспект, 2009.
126. Иоффе, О. С. Советское гражданское право / О. С. Иоффе. – Л.: ЛГУ, 1958.
127. Иоффе, О. С. Советское гражданское право. Т. 3 / О. С. Иоффе. – Л., 1965.
128. Иоффе, О. С. Вопросы теории права / О. С. Иоффе, М. Д. Шаргородский. – М.: Госюриздат, 1961.
129. Кавелин, К. Д. Очерк юридических отношений, возникающих из семейного союза / К. Д. Кавелин. – СПб., 1884.
130. Кавелин, К. Д. Что есть гражданское право? И где его пределы? / К. Д. Кавелин. – СПб., 1864.
131. Кадье, Лоик. Общие принципы французского гражданского процесса / Лоик Кадье // Правоведение. – 2010. – № 2.
132. Каминская, В. А. О структурном анализе уголовно-процессуального права (в порядке обсуждения) / В. А. Каминская // Вопросы борьбы с преступностью. Вып. 14. – М.: Юридическая литература, 1971.
133. Карташов, В. Н. Теория правовой системы общества. Т. 1 / В. Н. Карташов. – Ярославль: ЯрГУ, 2005.
134. Карташов, В. Н. Теория правовой системы общества. Т. 2 / В. Н. Карташов. – Ярославль: ЯрГУ, 2006.
135. Кауфман, М. А. Пробелы в уголовном праве и судебское усмотрение / М. А. Кауфман. – М.: Юрлитинформ, 2009.
136. Кашанина, Т. В. Оценочные понятия в советском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Т. В. Кашанина. – Свердловск, 1974.
137. Керимов, Д. А. Законодательная техника / Д. А. Керимов. – М.: Норма, 2000.
138. Клеандров, М. И. Конституционные лакуны судебного строительства в Российской Федерации / М. И. Клеандров // Труды ИГП РАН: Актуальные проблемы государства и права. № 3. – М., 2009.

139. Клеандров, М. И. Статус судьи: Правовой и смежные компоненты / М. И. Клеандров. – М.: Норма, 2008.

140. Клейнман, А. Ф. Новейшие течения в советской науке гражданского процессуального права / А. Ф. Клейнман. – М., 1967.

141. Кобзева, Е. В. Оценочные признаки в уголовном законе / Е. В. Кобзева. – Саратов: СГАП, 2004.

142. Кобзева, Е. В. Теория оценочных признаков в уголовном законе / Е. В. Кобзева. – М.: Юрлитинформ, 2009.

143. Коваленко, А. Г. Институт доказывания в гражданском и арбитражном судопроизводстве / А. Г. Коваленко. – М.: Норма, 2002.

144. Кодекс Эстонской ССР о браке и семье: Комментированное издание. – Таллин, 1974.

145. Комиссаров, К. И. Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства / К. И. Комиссаров. – Свердловск, 1971.

146. Комиссаров, К. И. Судебное усмотрение в советском гражданском процессе / К. И. Комиссаров // Советское государство и право. – 1969. – № 4.

147. Комментарий к гражданскому процессуальному Кодексу Российской Федерации / под ред. Г. А. Жилина. – М., 2004.

148. Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. В. М. Жуйкова и М. К. Треушникова. – М., 2007.

149. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / отв. ред. В. И. Радченко; науч. ред. В. Т. Томин, М. П. Поляков. – М.: Юрайт, 2007.

150. Комментарий судебной практики по семейным спорам / отв. ред. Ю. Ф. Беспалов. – М.: Юрайт, 2011.

151. Кони, А. Ф. Соч.: в 8 т. / А. Ф. Кони. – М., 1966. – Т. 2.

152. Коренев, А. П. Нормы административного права и их применение / А. П. Коренев. – М., 1978.

153. Коренев, А. П. Толкование и применение норм советского административного права / А. П. Коренев // Советское государство и право. – 1971. – № 3.

154. Коржаков, И. П. Расторжение брака в судебном порядке: гражданско-процессуальные аспекты: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / И. П. Коржаков. – Саратов, 1996.

155. Коркунов, К. М. Лекции по общей теории права / К. М. Коркунов. – СПб., 1898.

156. Коробов, А. Е. Позитивная ответственность как теоретическая и практическая проблема / А. Е. Коробов, Е. Б. Хохлов // Правоведение. – 2008. – № 3.

157. Королев, Ю. А. Семья как субъект права / Ю. А. Королев // Журнал российского права. – 2000. – № 10.

158. Король, И. Г. Личные неимущественные права ребенка по семейному праву Российской Федерации / И. Г. Король. – М.: Проспект, 2010.

159. Косова, О. Ю. Патронат: состояние и перспективы развития / О. Ю. Косова // Законы России. – 2010. – № 6.

160. Косова, О. Ю. Право на содержание: семейно-правовой аспект / О. Ю. Косова. – Иркутск, 2005.

161. Косова, О. Ю. Семейное и наследственное право России / О. Ю. Косова. – М.: Статут, 2001.

162. Кострова, Н. М. Судопроизводство по семейным делам / Н. М. Кострова. – Махачкала, 1978.

163. Кошанина, Т. В. Юридическая техника / Т. В. Кошанина. – М., 2007.

164. Краснова, А. Определение понятия «добросовестность» в российском гражданском праве / А. Краснова // Журнал российского права. – 2003. – № 3.

165. Крашенинников, Е. А. Структура субъективного права / Е. А. Крашенинников // Построение правового государства: вопросы теории и практики. – Ярославль: ЯрГУ, 1990.

166. Крашенинников, Е. А. Выдача и объем полномочий / Е. А. Крашенинников, Ю. В. Байгушева // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 2011. – № 1.

167. Кругликов, Л. Л. О понятии законодательной техники // Проблемы теории уголовного права / Л. Л. Кругликов. – Ярославль: ЯрГУ, 2010.

168. Кругликов, Л. Л. Общие начала назначения наказания / Л. Л. Кругликов. – Караганда: Болашак-Баспа, 2006.
169. Кряжков, В. А. Конституционная юстиция в Российской Федерации / В. А. Кряжков, Л. В. Лазарев. – М.: Бек, 1998.
170. Кудрявцев, В. Н. Две книги об уголовном законе / В. Н. Кудрявцев // Советское государство и право. – 1969. – № 10.
171. Кудрявцев, В. Н. Социальные отклонения / В. Н. Кудрявцев, В. С. Нерсисянц, Ю. В. Кудрявцев. – М., 1984.
172. Кузнецов, Н. В. Проблемы специализации и систематизации гражданских процессуальных норм / Н. В. Кузнецов, Д. В. Малыхин // Гражданский процесс: наука и преподавание / под ред. М. К. Треушникова, Е. А. Борисовой. – М., 2005.
173. Курбатов, А. Я. Прецедентное право в России: пренебрежение к законам и усугубление проблем правоприменения / А. Я. Курбатов // Закон. – 2011. – № 4.
174. Курс советского гражданского процессуального права. Т. 1. – М., 1981.
175. Курченко, В. Отказ от института народных заседателей оправдан / В. Курченко // Российская юстиция. – 2004. – № 1.
176. Курылев, С. В. Значение конкретных обстоятельств дела при применении норм советского права / С. В. Курылев // Труды Иркутского университета. Т. 39. – Иркутск, 1965.
177. Лазарев, В. В. Применение советского права / В. В. Лазарев. – Казань, 1972.
178. Лазарев, В. В. Пробелы в праве и пути их устранения / В. В. Лазарев. – М., 1974.
179. Лазарев В. В. Эффективность правоприменительных актов / В. В. Лазарев. – Казань: Казанский университет, 1975.
180. Лазарев, В. В. Правовые позиции Конституционного Суда России / В. В. Лазарев. – М., 2003.
181. Леженин, В. Н. Правовые вопросы семейного воспитания детей / В. Н. Леженин. – Воронеж, 1992.
182. Леушин, В. И. Динамичность советского права и восполнение пробелов в законодательстве: автореф. дис. ... канд юрид. наук / В. И. Леушин. – Свердловск, 1971.

183. Лившиц, Р. З. Судебная практика как источник права / Р. З. Лившиц // Судебная практика как источник права / отв. ред. Б. Н. Топорнин. – М., 1997.

184. Лукашева, Е. А. Право и мировые религии в формировании цивилизаций / Е. А. Лукашева // Труды ИГП РАН: Актуальные проблемы государства и права. № 3. – М., 2009.

185. Лукашева, Е. А. Человек, право, цивилизации: нормативно-ценностные измерения / Е. А. Лукашева. – М.: Норма, 2009.

186. Лукьяненко, М. Ф. Условия формирования судейского усмотрения при применении гражданско-правовых норм, содержащих оценочные понятия / М. Ф. Лукьяненко // Российский юридический журнал. – 2009. – № 5.

187. Лушников, А. М. Гендерное равенство в семье и труде: заметки юристов / А. М. Лушников, М. В. Лушникова Н. Н. Тарусина. – М.: Проспект, 2006.

188. Лушников, А. М. Договоры в сфере семьи, труда и социального обеспечения / А. М. Лушников, М. В. Лушникова Н. Н. Тарусина. – Ярославль: ЯрГУ, 2008.

189. Лушникова, М. В. Пределы осуществления трудовых прав / М. В. Лушникова // Гарантии реализации прав граждан в сфере труда и социального обеспечения / под ред. К. Н. Гусова. – М., 2006.

190. Максимович, Л. Б. Брачный договор в российском праве / Л. Б. Максимович. – М., 2003.

191. Малешин, Д. Я. «Ограниченная активность» суда в процессе собирания доказательств / Д. Я. Малешин // Законодательство. – 2009. – № 2.

192. Малешин, Д. Я. Гражданская процессуальная система России: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / Д. Я. Малешин. – М., 2011.

193. Малешин, Д. Я. Гражданский процесс России: романо-германский, англосаксонский или смешанный тип? / Д. Я. Малешин // Журнал российского права. – 2010. – № 12.

194. Малешин, Д. Я. Методология гражданского процессуального права / Д. Я. Малешин. – М.: Статут, 2011.

195. Малешин, Д. Я. Российский тип гражданского судопроизводства / Д. Я. Малешин // Вест. Моск. ун-та. Сер. 11. Право. – 2007.

196. Малешин, Д. Я. Судебный прецедент в России: социокультурные особенности / Д. Я. Малешин // Закон. – 2010. – № 11.

197. Мальцев, Г. В. Социальные основания права / Г. В. Мальцев. – М.: Норма, 2007.

198. Марченко, М. Н. Источники права / М. Н. Марченко. – М.: Проспект, 2011.

199. Марченко, М. Н. Проблемы общей теории государства и права: в 2-х томах. Т. 2 / М. Н. Марченко. – М.: Проспект, 2007.

200. Марченко, М. Н. Судебное правотворчество и судейское право / М. Н. Марченко. – М.: Проспект, 2009.

201. Масленникова, Н. И. Гражданский процесс как форма социального управления / Н. И. Масленникова. – Свердловск, 1989.

202. Маслов, В. Ф. Имущественные отношения в семье / В. Ф. Маслов. – Харьков, 1972.

203. Матвеева, Н. А. Сравнительное брачное право России, Украины и Беларуси / Н. А. Матвеева. – М.: Юрлитинформ, 2008.

204. Матерова, М. В. Судебное рассмотрение дел об установлении отцовства / М. В. Матерова. – М.: Юридическая литература, 1972.

205. Матузов, Н. И. Актуальные проблемы теории права / Н. И. Матузов. – Саратов, 2004.

206. Мейер, Д. И. Русское гражданское право. Т. 2 / Д. И. Мейер. – М., 1997.

207. Михайлов, А. М. Судебная власть в правовой системе Англии / А. М. Михайлов. – М.: Юрлитинформ, 2009.

208. Михеева, Л. Ю. К вопросу о совершенствовании норм семейного законодательства, регулирующих отношения супругов по поводу имущества / Л. Ю. Михеева // Труды ИГП РАН. – 2008. – № 2.

209. Морщакова, Т. Г. Разграничение компетенции между Конституционным Судом и другими судами Российской Федерации / Т. Г. Морщакова // Вестник КС РФ. – 1996. – № 6.

210. Мотовиловкер, Я. О. О принципах объективной истины, презумпции невиновности и состязательности процесса / Я. О. Мотовиловкер. – Ярославль: ЯрГУ, 1978.

211. Мурадян, Э. Гражданское судопроизводство: необходимость перемен / Э. Мурадян // Советская юстиция. – 1986. – № 13.

212. Мурадян, Э. М. Судебное право / Э. М. Мурадян. – М., 2003.

213. Муратова, А. Семейное право / А. Муратова. – М., 2001.

214. Надь, Л. Приговор в уголовном процессе / Л. Надь. – М.: Юридическая литература. М., 1982.

215. Наумов, А. В. Применение уголовно-правовых норм / А. В. Наумов. – Волгоград, 1973.

216. Недбайло, П. Е. Применение советских правовых норм / П. Е. Недбайло. – М.: Госюриздат, 1960.

217. Нерсесянц, В. С. У российских судов нет правотворческих полномочий / В. С. Нерсесянц // Судебная практика как источник права. – М.: Юрист, 2000.

218. Нерсесянц, В. С. Философия права / В. С. Нерсесянц. – М., 1997.

219. Нефедьев, Е. А. Учебник русского гражданского судопроизводства / Е. А. Нефедьев. – М., 1900.

220. Нечаева, А. М. Споры о детях / А. М. Нечаева. – М., 1989.

221. Нечаева, А. М. О Федеральном законе «Об опеке и попечительстве» / А. М. Нечаева // Законы России. – 2009. – № 7.

222. Нечаева, А. М. Семейное право как самостоятельная отрасль // Государство и право на рубеже веков: Материалы Всерос. конф. / А. М. Нечаева. – М.: Юрайт, 2010.

223. Нечаева, А. М. Семейное право: Актуальные проблемы теории и практики / А. М. Нечаева. – М., 2007.

224. Низамиева, О. Н. Договорное регулирование имущественных отношений в семье / О. Н. Низамиева. – Казань: КазГУ, 2005.

225. Низамиева, О. Н. Договорное регулирование семейных отношений: современное состояние и перспективы развития

/ О. Н. Низамиева // Семейное право на рубеже XX–XXI веков: к 20-летию Конвенции ООН о правах ребенка: материалы межд. науч.-практ. конф. – Казань, 2010.

226. Новицкий, И. Б. Основы римского частного гражданского права / И. Б. Новицкий. – М.: Зерцало, 2000.

227. Новицкий, И. Б. Римское право / И. Б. Новицкий. – М., 1993.

228. Нормы советского права / под ред. М. И. Байтина, В. К. Бабаева. – Саратов, 1987.

229. Нуссбергер, А. Восстановление Вавилонской башни. Европейский Суд по правам человека и многообразие правовых культур / А. Нуссбергер // Сравнительное конституционное обозрение. – 2007. – № 2.

230. Общая теория государства и права: Академический курс: в 3 т. / отв. ред. М. Н. Марченко. Т. 2. – М.: Зерцало-М, 2001.

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

232. Осокина, Г. Л. Гражданский процесс: Общая часть / Г. Л. Осокина. – М.: Норма, 2010.

233. Осокина, Г. Л. Гражданский процесс: Особенная часть / Г. Л. Осокина. – М., 2007.

234. Папкова, О. А. Усмотрение суда / О. А. Папкова. – М.: Статут, 2005.

235. Пахман, В. Обычное гражданское право в России / В. Пахман. – М., 2003.

236. Пелевин, С. М. Вопросы эффективности правового регулирования разводов в СССР: дис. ... канд. юрид. наук / С. М. Пелевин. – Л., 1972.

237. Пергамент, А. И. Алиментные обязательства по советскому праву / А. И. Пергамент. – М.: Госюриздат, 1951.

238. Пергамент, А. И. Родительские права и обязанности// Мнимые идеи и новое законодательство о браке и семье / А. И. Пергамент. – Саратов, 1969.

239. Пергамент, А. И. Родительские права / А. И. Пергамент // Советская юстиция. – 1962. – № 21.

240. Петражицкий, Л. И. Права добросовестного владельца на доходы с точек зрения догмы и политики гражданского права / Л. И. Петражицкий. – СПб., 1902.

241. Петражицкий, Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности / Л. И. Петражицкий. – СПб.: Лань, 2000.

242. Петрухин, И. Л. Оправдательный приговор и право на реабилитацию / И. Л. Петрухин. – М., 2009.

243. Пиголкин, А. Обнаружение и преодоление пробелов в праве / А. Пиголкин // Советское государство и право. – 1970. – № 3.

244. Пиголкин, А. С. Подготовка проектов нормативных актов (организация и методика) / А. С. Пиголкин. – М., 1968.

245. Пионтковский, А. А. К методологии изучения действующего права / А. А. Пионтковский // Учен. зап. ВИЮН. Вып. 6. – М., 1947.

246. Питецкий, В. В. Конкретизация оценочных признаков уголовного законодательства / В. В. Питецкий // Советская юстиция. – 1991. – № 2.

247. Победкин, А. В. Уголовно-процессуальное доказывание / А. В. Победкин. – М., 2009.

248. Победоносцев, К. П. Курс гражданского права. Т. 2 / К. П. Победоносцев. – М., 2003.

249. Покровский, И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. – М., 1998.

250. Поленина, С. В. Качество закона и эффективность законодательства / С. В. Поленина. – М., 1993.

251. Поленина, С. В. Аналогия в гражданском праве / С. В. Поленина // Советское государство и право. – 1969. – № 5.

252. Полянский, Н. Н. Вопросы теории советского уголовного процесса / Н. Н. Полянский. – М., 1956.

253. Пронин, К. В. Применение аналогии в реализации судом дискреционных полномочий по уголовному делу / К. В. Пронин, Ю. В. Францифоров // Современное право. – 2009. – № 9.

254. Психологический механизм юридической деятельности (личностный аспект) / под общ. ред. В. Н. Карташова. – Ярославль: ЯрГУ, 2010.

255. Пучинский, В. К. О единообразии толкования и применения основ гражданского судопроизводства / В. К. Пучинский // Советское государство и право. – 1972. – № 4.

256. Пчелинцева, Л. М. Семейное право России / Л. М. Пчелинцева. – М.: Норма, 2004.

257. Рабец, А. М. Проблемы укрепления нравственных начал в нормах о личных неимущественных правах и обязанностях родителей и детей / А. М. Рабец // Научные труды РАЮН. – 2003. – № 3.

258. Рарог, А. И. Понятие, основание, признаки и значение судейского усмотрения в уголовном праве / А. И. Рарог, Ю. В. Грачева // Государство и право. – 2001. – № 11.

259. Рахунов, Р. Д. Аналогия в советском уголовном процессе / Р. Д. Рахунов // Правоведение. – 1971. – № 2.

260. Религиоведение / под ред. А. В Солдатова. – СПб.: Лань, 2003.

261. Реутов, В. П. Стадии воздействия юридической практики на развитие законодательства / В. П. Реутов // Правоведение. – 1970. – № 3.

262. Решетникова, И. В. Доказательственное право Англии и США / И. В. Решетникова. – М.: Городец, 1999.

263. Решетникова, И. В. Доказательственное право в российском гражданском судопроизводстве: автореф. дис. ... д-ра. юрид. наук / И. В. Решетникова. – Екатеринбург, 1997.

264. Руднев, В. Оправдан ли отказ от участия народных заседателей в отправлении правосудия? / В. Руднев // Российская юстиция. – 2003. – № 8.

265. Рязановский, В. А. Единство процесса / В. А. Рязановский. – М., 2005.

266. Рясенцев, В. А. Семейное право / В. А. Рясенцев. – М.: Юридическая литература, 1967.

267. Сабо, И. Социалистическое право / И. Сабо. – М.: Прогресс, 1964.

268. Сахнова, Т. В. Судебная экспертиза / Т. В. Сахнова. – М., 1999.

269. Свердлов, Г. М. Советское семейное право / Г. М. Свердлов. – М.: Госюриздат, 1958.
270. Семейное право Российской Федерации и иностранных государств / под ред. В. В. Залесского. – М., 2005.
271. Семейное право / под ред. П. В. Крашенинникова. – М.: Статут, 2007.
272. Семенов, В. М. Специфические отраслевые принципы советского гражданского процессуального права / В. М. Семенов // Сб. ученых трудов Свердловского юридического института. Вып. 4. – Свердловск, 1964.
273. Семенов, В. М. Конституционные принципы гражданского судопроизводства / В. М. Семенов. – М., 1982.
274. Синайский, В. И. Русское гражданское право / В. И. Синайский. – М., 2002.
275. Ситникова, А. И. Законодательная текстология и ее применение в уголовном праве / А. И. Ситникова. – М.: Юрлитинформ, 2010.
276. Смирнов, А. В. Модели уголовного процесса / А. В. Смирнов. – СПб., 2000.
277. Смолина, Л. А. Правовое регулирование отношений супругов и бывших супругов: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Л. А. Смолина. – Казань, 2006.
278. Соболева, А. К. Топическая юриспруденция / А. К. Соболева. – М.: Добросвет, 2001.
279. Советский гражданский процесс / под ред. М. С. Шакарян. – М., 1985.
280. Советский гражданский процесс / под ред. Н. А. Чечинной и Д. М. Чечота. – Л., 1984.
281. Советское гражданское право. Т. 2 / под ред. С. Н. Браутся. – М., 1951.
282. Советское семейное право / под ред. В. А. Рясенцева. – М.: Юридическая литература, 1982.
283. Соловьев, В. Оправдание добра. Нравственная философия: Соч.: в 2 т. Т. 1 / В. Соловьев. – М., 1990.

284. Соловьев, В. Ю. Судебная практика в российской правовой системе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В. Ю. Соловьев. – М., 2004.

285. Сталев, Ж. Българско гражданско процесуално право / Ж. Сталев. – София, 1979.

286. Суворов, Н. Учебник церковного права / Н. Суворов. – М.: Зерцало, 2004.

287. Судебная защита семейных прав / под ред. Н. М. Костровой. – М.: Городец, 2008.

288. Судебная практика по семейным спорам / под ред. П. В. Крашенинникова. – М.: Статут, 2008.

289. Тарусина, Н. Н. Актуальные теоретические проблемы защиты и охраны семейных прав и интересов (критический взгляд на советское семейное и гражданско-процессуальное законодательство) / Н. Н. Тарусина // Годишник на Софийския университет «Св. Климент Охридски». Юридически факултет. Кн. 3. Том 80/81. – София, 1990.

290. Тарусина, Н. Н. Брак по российскому семейному праву / Н. Н. Тарусина. – М.: Проспект, 2010.

291. Тарусина, Н. Н. Брак по российскому семейному праву / Н. Н. Тарусина. – Ярославль: ЯрГУ, 2007.

292. Тарусина, Н. Н. Вопросы теории семейного права и гражданского процесса / Н. Н. Тарусина. – М., 2001: Проспект.

293. Тарусина, Н. Н. О фиктивных семейно-правовых состояниях / Н. Н. Тарусина // Правоведение. – 1983. – № 2.

294. Тарусина, Н. Н. Ребенок как юридическая фигура семейно-правового пространства / Н. Н. Тарусина // Вестник ЯрГУ им. П. Г. Демидова. Гуманитарные науки. – 2011. – № 1.

295. Тарусина, Н. Н. Семейное право / Н. Н. Тарусина. – М.: Проспект, 2001.

296. Тарусина, Н. Н. Семейное право: Очерки из классики и модерна / Н. Н. Тарусина. – Ярославль: ЯрГУ, 2009.

297. Тарусина, Н. Н. Социальная направленность цивилистики и смежных областей юриспруденции: предпосылки, гипотезы и некоторые констатации / Н. Н. Тарусина // Социально-

юридическая тетрадь (СюрТе). Вып. 1 / под ред. Н. Н. Тарусиной. – Ярославль: ЯрГУ, 2011.

298. Темникова, Н. А. Природа договора об осуществлении опеки (попечительства) / Н. А. Темникова // Вестник Пермского университета. Юридические науки. – 2009. – Вып. 4.

299. Теория государства и права / под ред. А. Пиголкина. – М., 2005.

300. Теория государства и права / под ред. М. С. Строговича. – М., 1949.

301. Теория права и государства / под ред. В. С. Нерсесянца. – М., 2002.

302. Тихомиров, Ю. А. Публичное право / Ю. А. Тихомиров. – М., 1995.

303. Тихомиров, Ю. А. Коллизионное право / Ю. А. Тихомиров. – М., 2000.

304. Тихомиров, Ю. А. Усмотрение в фокусе права / Ю. А. Тихомиров // Законы России. – 2011. – № 4.

305. Тихомиров, Ю. А. О кодификации и кодексах / Ю. А. Тихомиров, Э. В. Талапина // Журнал российского права. – 2003. – № 3.

306. Тихонравов, Ю. В. Судебное религиоведение / Ю. В. Тихонравов. – М., 1998.

307. Треушников, М. К. Судебные доказательства / М. К. Треушников. – М.: Городец, 1999.

308. Туманов, В. А. Европейский Суд по правам человека: Очерк организации и деятельности / В. А. Туманов. – М.: Норма, 2001.

309. Туманова, Л. В. Защита семейных прав в Европейском Суде по правам человека / Л. В. Туманова, И. А. Владимирова. – М.: Городец, 2007.

310. Уголовно-процессуальное право Российской Федерации / отв. ред. П. А. Лупинская. – М.: Норма, 2009.

311. Уголовный процесс / под ред. И. Л. Петрухина. – М., 2001.

312. Умов, В. А. Понятие и методы исследования гражданского права / В. А. Умов. – СПб., 1873.

313. Ференс-Сороцкий, А. А. Каноническое (церковное) право / А. А. Ференс-Сороцкий // Правоведение. – 2009. – № 8.

314. Фидаров, В. В. Пределы допустимости института аналогии права и аналогии закона в правовой системе России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В. В. Фидаров. – Тамбов, 2009.

315. Хазова, О. А. Установление отцовства / О. А. Хазова // Закон. – 1997. – № 11.

316. Харт, Г. Л. А. Понятие права / Г. Л. Харт. – СПб.: СПбГУ, 2007.

317. Цихоцкий, А. В. Коллегиальность в осуществлении правосудия по гражданским делам: сохранить или сдать в музей древностей? / А. В. Цихоцкий // Система гражданской юрисдикции в канун XXI века: современное состояние и перспективы развития. – Екатеринбург, 2000.

318. Цихоцкий, А. В. Прецедентное право в механизме обеспечения эффективности правосудия по гражданским делам / А. В. Цихоцкий // Проблемы доступности и эффективности правосудия в арбитражном и гражданском судопроизводстве. – М.: Лиджист, 2001.

319. Цыпин, В. Курс церковного права / В. Цыпин. – Клин, 2004.

320. Цыпин В. А. Определения и постановления Поместного Собора Православной Российской Церкви 1917–1918 гг. / В. А. Цыпин // Богословский вестник. – 1993. – № 1.

321. Чашкова, С. Ю. Система договорных обязательств в российском семейном праве: дис. ... канд. юрид. наук / С. Ю. Чашкова. – М., 2004.

322. Черданцев, А. Ф. Толкование права и договора / А. Ф. Черданцев. – М.: Юнити, 2003.

323. Черданцев А. Ф. Толкование советского права / А. Ф. Черданцев. – М.: Юридическая литература, 1979.

324. Чесовский, Е. Принцип процессуальной активности суда в гражданском судопроизводстве / Е. Чесовский // Российская юстиция. – 2003. – № 8.

325. Чефранова, Е. А. Имущественные отношения в Российской семье / Е. А. Чефранова. – М., 1997.

326. Чефранова, Е. А. Применение к семейным отношениям норм гражданского законодательства / Е. А. Чефранова // Российская юстиция. – 1996. – № 10.

327. Чечина, Н. А. Основные направления развития науки советского гражданского процессуального права / Н. А. Чечина. – Л., 1987.

328. Чечина Н. А. Проблемы гражданского процессуального права / Н. А. Чечина // Правоведение. – 1975. – № 6.

329. Чечот Д. М. Административная юстиция (Теоретические проблемы) / Д. М. Чечот. – Л.: ЛГУ, 1973.

330. Чиквашвили, Ш. Д. Спорные проблемы семейного законодательства / Ш. Д. Чиквашвили // Проблемы гражданского, семейного и жилищного законодательства. – М., 2005.

331. Чистякова, О. П. Проблема активности суда в гражданском процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / О. П. Чистякова. – М., 1997.

332. Шакарян, М. С. Субъекты советского гражданского процессуального права / М. С. Шакарян. – М., 1970.

333. Шерстнева, Н. С. Принципы семейного права / Н. С. Шерстнева. – М.: Проспект, 2004.

334. Шерстюк, В. М. Развитие принципов арбитражного процессуального права / В. М. Шерстюк. – М.: Городец, 2004.

335. Шершеневич, Г. Ф. Учебник русского гражданского права / Г. Ф. Шершеневич. – Казань, 1905.

336. Шершеневич, Г. Ф. Общая теория права. Вып. 1 / Г. Ф. Шершеневич. – М., 1910.

337. Шиханцов, Г. Г. Юридическая психология / Г. Г. Шиханцов. – М.: Зерцало. 1998.

338. Щербакова, Н. В. Правовая установка и социальная активность личности / Н. В. Щербакова. – М.: Юридическая литература, 1986.

339. Юдельсон, К. С. Судебные доказательства и практика их использования в советском гражданском процессе / К. С. Юдельсон. – М., 1956.

340. Яблочков, Т. М. К учению об основных принципах гражданского процесса / Т. М. Яблочков // Сб. статей по гражд-

данскому и торговому праву. Памяти профессора Габриэля Феликсовича Шершеневича. – М., 2005.

341. Язык закона / под ред. А. С. Пиголкина. – М., 1990.

342. Ярков, В. В. Судебная власть и защита личности в гражданском процессе / В. В. Ярков // Правоведение. – 1992. – № 1.

343. Ярославская юридическая школа: прошлое, настоящее, будущее / под ред. С. А. Егорова, А. М. Лушников, Н. Н. Тарусиной. – Ярославль: ЯрГУ, 2009.

344. Ярославцев, В. Г. Истоки права в совести и нравственном долге / В. Г. Ярославцев // Философия права в начале XXI столетия через призму конституционализма и конституционной экономики / под ред. В. В. Миронова, Ю. Н. Солонина. – М.: Летний сад, 2010.

345. Ярославцев, В. Г. Нравственное правосудие и судебское правотворчество / В. Г. Ярославцев. – М.: Юстицинформ, 2007.

346. Яценко, Б. В. Судейское усмотрение и его виды в уголовном праве / Б. В. Яценко // Весь мир живет до тех пор, пока живет память человека / под общ. ред. В. С. Комиссарова. – М., 2006.

Сведения об авторе

Тарусина Надежда Николаевна – выпускница Ярославского госуниверситета им. П. Г. Демидова 1975 года.

В 1982 г. окончила заочную аспирантуру при кафедре гражданского процесса Ленинградского госуниверситета под научным руководством профессора Чечиной Надежды Александровны. В 1983 г. защитила кандидатскую диссертацию «Спор о праве семейном в советском гражданском процессе».

Заведующая кафедрой социального и семейного законодательства. С 1992 г. – декан юридического факультета. Заслуженный юрист РФ.

Имеет более 140 научных и учебно-методических трудов.

Монографии: 1. Очерки теории российского семейного права. Ярославль: ЯрГУ, 1999; 2. Вопросы теории семейного права и гражданского процесса. М.: Проспект, 2001; 3. Единство частных и публичных начал в правовом регулировании трудовых, социально-обеспечительных и семейных отношений: история, теория и практика (сравнительно-правовое исследование). Ярославль: ЯрГУ, 2001; 4. Гендерное равенство в семье и труде: заметки юристов. М.: Проспект, 2006 (две последних монографии – в соавторстве с А. М. Лушниковым и М. В. Лушниковой); 5. Семейное право. Очерки из классики и модерна. Ярославль: ЯрГУ, 2009.

Учебные пособия: 1. Защита семейных прав. Ярославль: ЯрГУ, 1985; 2. Актуальные теоретические проблемы защиты и охраны семейных прав и интересов. София: СУ «Св. Климент Охридски», 1990; 3. Субъекты предпринимательской деятельно-

сти. Ярославль: ЯрГУ, 1994; 4. Введение в юриспруденцию. Ярославль, 1997 (коллектив авторов); 5. Введение в юриспруденцию. 2-е изд.. Ярославль: ЯрГУ, 1999 (коллектив авторов); 6. Основы обществознания. Вологда, 2000 (коллектив авторов); 7. Семейное право. М.: Проспект, 2001; 8. Обществознание. Гриф УМО. СПб., 2003 (коллектив авторов); 9. Брак по российскому семейному праву (Гриф УМО). Ярославль: ЯрГУ, 2007; 10. Договоры в сфере семьи, труда и социального обеспечения (цивилистическое исследование) (Гриф УМО). Ярославль: ЯрГУ, 2008 (в соавторстве с А. М. Лушниковым и М. В. Лушниковой); 11. Гражданское право. Т. 3 / под ред. А. П. Сергеева. М.: Велби, 2009 (глава 63: Личные и имущественные правоотношения между родителями и детьми); 12. Брак по российскому семейному праву (Гриф УМО). 2-е изд. М.: Проспект, 2010; 13. Договоры в сфере семьи, труда и социального обеспечения (Гриф УМО). 2-е изд. М.: Проспект, 2010. (в соавторстве с А. М. Лушниковым, М. В. Лушниковой).

Оглавление

Вместо введения.....	3
Глава 1. Судебное усмотрение как творческое и активное начало правосудия	4
Глава 2. О субъекте и субъективной стороне судебного усмотрения	41
Глава 3. Норма права как предпосылка творческой, усмотренческой и активной позиции суда: общие и особенные контексты – с вектором на семейное законодательство	56
§ 1. О дихотомии частного и публичного, императивного и диспозитивного	57
§ 2. О взаимодействии нравственных и правовых начал в пространствах семьи	62
§ 3. О светском и религиозном контексте	69
§ 4. Дефиниции и семейный закон: будет ли конструктивное примирение?	79
§ 5. Нормы-принципы: доктринальные и законодательные предпочтения.....	88
§ 6. Неопределенность семейно-правовых норм как благо	98
§ 7. Семейное законодательство: гендерный нейтралитет или гендерное предпочтение?.....	102
§ 8. О гражданско-процессуальной энергетике Семейного кодекса.....	115
Глава 4. О видовых контекстах судебного усмотрения и судебной активности суда	119
§ 1. Конкретизация как один из ключевых компонентов усмотренческого феномена	119
§ 2. Несколько общих и специальных замечаний о толковании	140
§ 3. Аналогия права и закона как усмотренческая деятельность	159
§ 4. Субсидиарное применении норм: вкрапления судебного усмотрения	173

§ 5. Коллизия и коллизионная норма: постоянные и меняющиеся коэффициенты трения	181
§ 6. О судебном прецеденте, правовой позиции и судебном правотворчестве	191
§ 7. Процессуальная активность суда и судебное усмотрение: зона взаимности	234
Заключение	254
Список литературы	256
Сведения об авторе	275

Научное издание

Тарусина Надежда Николаевна

О судебном усмотрении: заметки семейноведа

Редактор, корректор Л. Н. Селиванова
Верстка И. Н. Иванова

Подписано в печать 05.07.2011. Формат 60×84 1/16. Бум. офсетная.
Гарнитура «Times New Roman». Усл. печ. л. 16,74. Уч.-изд. л. 13,90.
Тираж 200 экз. Заказ

Оригинал-макет подготовлен
в редакционно-издательском отделе ЯрГУ им. П. Г. Демидова.
Ярославский государственный университет
150000, Ярославль, ул. Советская, 14

Отпечатано на ризографе.

ООО ПКФ «Союз-пресс».
г. Ярославль, ул. Полушкина роща, 16, стр. 66-а,
тел. 58-76-33, 58-76-37, 58-76-39