

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

В. В. Бутнев, Н. Н. Тарусина

**Актуальные проблемы
гражданского
процессуального права**

Учебное пособие

*Рекомендовано
Научно-методическим советом университета
для студентов, обучающихся по специальности
и направлению «Юриспруденция»*

Ярославль 2012

УДК 347.9(075.8)
ББК Х629.2я73
Б93

*Рекомендовано
Редакционно-издательским советом университета
в качестве учебного издания. План 2012 года*

Рецензенты:

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

Бутнев, В. В. Актуальные проблемы гражданского процессуального права: учеб. пособие / В. В. Бутнев, Н. Н. Тарусина; Яросл. гос. ун-т. – Ярославль: ЯрГУ, 2012. – 160 с.
ISBN 978-5-8397-0882-2

В учебном пособии рассматривается ряд актуальных теоретических проблем гражданского процессуального права.

Пособие предназначено для студентов, обучающихся по спец. 030501.65 Юриспруденция и напр. 030900.62, 030900.68 Юриспруденция (дисциплина «Гражданское процессуальное право (гражданский процесс)», блок ОПД; «Гражданский процесс», цикл Б3; «Проблемы судебного усмотрения по гражданским делам (цикл М2)), очной, очно-заочной форм обучения.

Авторы глав 1–6 – В. В. Бутнев, 7–8 – Н. Н. Тарусина.

Главы 7–8 выполнены при поддержке гранта РГНФ № 12–03–00521–а.

УДК 347.9(075.8)
ББК Х629.2я73

ISBN 978-5-8397-0882-2

© Ярославский государственный
университет им. П. Г. Демидова, 2012

Предисловие

Проводимая в стране в течение двух последних десятилетий судебная реформа основывается на концепции перестройки материального и процессуального законодательства, приведении его в соответствие с современными задачами, стоящими перед обществом. Понимание сути происходящего невозможно без знания фундаментальных проблем науки гражданского процессуального права, нового осмысления традиционных для гражданского процесса вопросов: роли суда в механизме защиты субъективных гражданских прав, тенденций развития принципов гражданского процессуального права, роли гражданских процессуальных правоотношений и правового спора в механизме судебной защиты, значения судебного усмотрения в регулировании общественных отношений и др.

В пособии изложен взгляд его авторов на указанные проблемы. Большинство вопросов носит дискуссионный характер. Авторы стремились восполнить информационные пробелы учебников и лекций, побудить интерес студентов к теоретическим вопросам гражданского процессуального права.

Взгляды авторов пособия не должны восприниматься в качестве истины в последней инстанции. Авторы будут считать свою задачу выполненной, если содержание данной книги заставит читателя задуматься, сподвигнут его к изучению литературы, указанной в библиографии, нацелит на осмысление связи теоретических проблем с современными тенденциями развития законодательства и судебной практики.

Глава I. Суд как субъект современного российского права

Судебная власть является необходимым элементом государственного механизма в любом обществе. Это хорошо понимали все ученые-правоведы независимо от эпохи, в которой они жили, и страны, к гражданам которой принадлежали. Русский дореволюционный ученый И. Е. Энгельман писал: «При недостаточно развитом гражданском праве или превратностях отдельных его правил частное лицо еще может отвратить вредные для себя последствия внесением в договоры и условия подробных правил на всякие случайности, но действие неправильных и нелогичных постановлений процесса уже невозможно отвратить. Они наносят, притом неизбежно, вред всему гражданскому строю, ослабляя в народе чувство правды и справедливости, подкапывая правовой строй в самом его корне. Вредное влияние плохого гражданского права во многих случаях может быть устранимо правым и скорым судом, но самый лучший гражданский кодекс остается мертвою буквою при неправильном и медленном процессе»¹.

«Существование судов, – считал Е. В. Васьковский, – вызвано необходимостью конкретизировать абстрактные нормы права для применения к частным случаям. Суды являются таким образом посредниками между законом и жизнью, посредниками, необходимыми потому, что законы не могут применять себя сами. Устами судей гласит закон... Этим обуславливается неизмеримо великое значение хорошего суда для нормального развития государства. Он является опорой правового порядка; он приводит законы в жизнь; он восстанавливает нарушенные права и карает нарушителей; благодаря ему граждане могут спокойно пользоваться своим имуществом и плодами своих трудов»².

«Без преувеличения можно сказать, – продолжает Е. В. Васьковский, – что хороший суд – основа государственного строя (*justitia fundamentum regnorum*). Ясное сознание этой истины по-

¹ Энгельман И. Е. Учебник русского гражданского судопроизводства. Юрьев, 1904. С. 30.

² Васьковский Е. В. Учебник гражданского процесса. М., 1914. С. 22.

будило Юма заметить относительно своего отечества, что “вся политическая система и каждый из ее органов – армия, флот, обе палаты – все это только средства к достижению одной единственной цели – охранению свободы двенадцати верховных судей Англии”»³.

Разумеется, роль и значение суда в общественной жизни значительно различаются в зависимости от исторической эпохи, типа и формы государства, государственного и правового режима, степени демократизации общества, исторических особенностей и даже традиций государства, в рамках которого функционирует судебная власть.

Статья 1 Конституции РФ провозглашает Россию демократическим федеративным правовым государством с республиканской формой правления. Одним из неотъемлемых признаков правового государства является возможность гражданина прибегнуть к помощи суда в случае нарушения его субъективных прав или законных интересов.

В правовом государстве, в отличие от политического, изменяется роль и предназначение суда в общественной жизни. Суд перестает быть проводником воли экономически и политически господствующего класса и становится посредником в разрешении конфликтов между гражданами и другими субъектами общественных отношений, между гражданами и государством.

Субъекты права – это лица, на которых распространяется действие правовых норм, потенциальные субъекты правовых отношений той или иной отраслевой принадлежности. Нормы практически любого отраслевого законодательства упоминают суд в качестве субъекта правоотношений, возникающих в сфере правового регулирования данной отрасли. О судебной защите субъективных прав и интересов говорят ст. 11, 12 ГК РФ, ст. 382, 391 ТК РФ, ст. 8 СК РФ, ст. 11 ЖК РФ, соответствующие статьи земельного градостроительного, природоохранного законодательства и др. Значит ли это, что суд должен рассматриваться в качестве субъекта всех отраслей российского права? Такой вывод был бы в корне неверным.

³ Васьковский Е. В. Учебник гражданского процесса. С. 23.

Суд – прежде всего субъект гражданского права. Глава 7 Конституции РФ закрепляет основы судебной власти в РФ: формы правосудия, основы парового статуса судей, принципы правосудия, компетенцию Конституционного Суда РФ, Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда РФ. Ст. 46 Конституции РФ провозглашает право на судебную защиту в системе важнейших конституционных прав и свобод человека и гражданина. Более детальная регламентация организации судебной власти дается в специальных федеральных конституционных и федеральных законах РФ о судеустройстве, таких как ФКЗ «О судебной системе РФ» 1996 г., ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» 1994 г., ФКЗ «О судах общей юрисдикции в РФ» 2011 г., ФКЗ «Об арбитражных судах в РФ» 1995 г., ФЗ «О мировых судьях в РФ» 1998 г. и др.

Кроме того, суд является субъектом отраслей процессуального права. Вопрос о понятии юридического процесса, процессуального права, количестве процессуальных отраслей в правовой системе России является дискуссионным. С моей точки зрения, современной правовой науке не удалось выработать общеправового понятия юридического процесса, процессуального права. Для обозначения всего массива норм, носящих служебный, дополнительный характер, призванных содействовать реализации основных для любой отрасли права норм, целесообразно использовать термин «организационные нормы».

Организационные нормы чрезвычайно разнообразны. Они регламентируют порядок реализации как регулятивных (например, порядок заключения договора, созыва собрания акционеров), так и охранительных (порядок самозащиты, добровольной реализации ответственности правонарушителем, исполнения судебного решения) норм. В материальных отраслях законодательства организационные нормы могут быть неразрывно связаны с «организуемыми» или выделяться в виде обособленных, обладающих определенным единством комплексов. Таковы нормы, определяющие организацию и деятельность руководящих органов юридических лиц, различных комиссий (по трудовым спорам, коллегии судей, квалификационных и аттестационных комиссий, комиссий по помилованию, комиссий по соблюдению

требований к служебному поведению государственных гражданских служащих и т. п.) Какого-либо критерия для объединения всех этих процессуальных форм в рамках единого понятия не усматривается. Термины «организационные нормы», «организационные правоотношения» носят более широкий и менее обязывающий характер, чем «юридический процесс». Они подчеркивают принципиальное различие между организуемыми и организационными нормами и отношениями, не беря на себя обязательство по созданию конструкции какого-либо «организационного права»⁴.

Судопроизводство занимает важное место в системе организационных, процедурных норм. Оно относится к охранительному блоку механизма правового регулирования, входит в систему охранительно-правовых форм защиты субъективных прав и законных интересов граждан, организаций и государства, под которыми я понимаю комплекс внутренне согласованных организационных мероприятий по защите субъективных прав, протекающих в рамках единого правового режима⁵. Все формы защиты делятся на локальные (неюрисдикционные) и юрисдикционные. К первым относятся самозащита (применение к нарушителю оперативных санкций, например удержание вещи)⁶, добровольное возмещение вреда правона-

⁴ Подробнее см.: Бутнев В. В. Организационные правоотношения и гражданский процесс // Юридические записки Ярославского государственного университета им. П. Г. Демидова. Вып. 14: Актуальные проблемы юридического процесса. Ярославль, 2010. С. 45–71.

⁵ См.: Бутнев В. В. Понятие механизма защиты субъективных гражданских прав // Механизм защиты субъективных гражданских прав. Ярославль, 1990. С. 16.

⁶ Следует согласиться с А. П. Сергеевым в том, что самозащита неправомерно отнесена ст. 12 ГК РФ к способам защиты гражданских прав. «... Здесь смешаны близкие, но отнюдь не совпадающие понятия – способ и форма защиты гражданских прав. Самозащита гражданских прав с позиции теории – это форма их защиты, допускаемая тогда, когда потерпевший располагает возможностью правомерного воздействия на нарушителя, не прибегая к помощи судебных или иных правоохранительных органов. В рамках этой формы защиты обладатель нарушенного или оспариваемого права может использовать различные

рушителем, совместное урегулирование разногласий сторонами спора, ко вторым – защита права юрисдикционным органом, стоящим над сторонами.

Защита субъективных прав и интересов осуществляется в рамках материальных охранительных правоотношений. То обстоятельство, что судопроизводство – важнейшая юрисдикционная форма защиты субъективных прав и интересов, не означает, что суд является субъектом охранительных правоотношений. Суд – субъект процессуальных правоотношений как разновидности организационных правоотношений. Эти правоотношения имеют своей целью упорядочение, нормализацию процессов в «организуемых» материальных правоотношениях. Материальные правоотношения – предмет судебной деятельности. Гражданско-правовые охранительные отношения могут быть реализованы действиями самих субъектов этих отношений без участия суда. Когда такой реализации не происходит, возникает спор, конфликт. Разрешая его, суд принудительно осуществляет охранительные правоотношения и тем самым защищает регулятивные правоотношения или законные интересы потерпевшего. Меры защиты под воздействием судебной деятельности реализуются в рамках охранительных правоотношений между сторонами юридического дела. При этом суд не становится их субъектом. Его задача состоит в том, чтобы исследовать предпосылки материальных правоотношений, их субъектный состав и содержание, конкретизировать право потерпевшего на защиту и корреспондирующую ему обязанность нарушителя права и обеспечить их реализацию⁷. Многие статьи

способы самозащиты» (Гражданское право: учебник: в 3 т. Т. 1. / под ред. А. П. Сергеева. М., 2008. С. 544. Автор главы А. П. Сергеев).

⁷ Ранее в своих работах я неоднократно обращался к критике того взгляда что суд является обязательным субъектом любого охранительного правоотношения или может быть субъектом такого правоотношения при определенных условиях.

Кроме работ, на которые я ссылаюсь в данной статье, см. также: Бутнев В. В. Реализация юридической ответственности в гражданском процессе. Ярославль, 1985. С. 27–40; Его же. Понятие предмета процессуальной деятельности в суде и арбитраже. Ярославль, 1985; Его же. Механизм судебной защиты субъективных прав и охраняемых законом

материального законодательства закрепляют процессуальные нормы. При упоминании суда в качестве органа, уполномоченного на разрешение гражданского дела, в них предусматриваются правила подведомственности и подсудности, указывается на то, в каких случаях суд может стать субъектом процессуальных, но не материальных правоотношений.

Судопроизводство отличается от других форм защиты субъективных прав и интересов тем, что одновременно является формой защиты и формой правосудия. Суд создан единственно для отправления правосудия, в то время как для большинства несудебных органов защита прав является лишь частью их административной или общественной деятельности. Правосудие – это осуществляемая от имени государства государственно-властная деятельность, опирающаяся непосредственно на государственное принуждение. Ни один другой юрисдикционный орган не действует от имени всего государства. Для принудительной реализации решения третейского суда (в случае, если должник не исполняет его добровольно) взыскатель вынужден обращаться в государственный суд (общий или арбитражный) с заявлением о выдаче исполнительного листа. Правосудие – правоприменительная деятельность. Суд решает правовые вопросы, руководствуясь законом, а не соображениями целесообразности. Этим признаком судебная деятельность отличается не только от деятельности управленческих органов, но и от законодательной деятельности, а также деятельности пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ по толкованию закона в своих постановлениях. Правосудие осуществляется в особой процессуальной форме, которая характеризуется детальной регламентацией процедуры рассмотрения дела, создающей максимальные гарантии установления истины, возможностью личного активного участия заинтересованных лиц в судебном

интересов // Юридические записки Ярославского государственного университета им. П. Г. Демидова. Ярославль, 2000. Вып. 4; Его же. Роль суда в механизме защиты субъективных гражданских прав и законных интересов // Проблемы защиты субъективных гражданских прав. Ярославль, 2009. Вып. 10, 11.

процессе, возможностью устранения судебных ошибок в вышестоящих инстанциях. Все эти достоинства судебной формы защиты позволяют использовать ее для контроля за другими (несудебными) формами защиты субъективных прав и интересов⁸.

Эти признаки правосудия, сформулированные классиками советской процессуальной науки, сохраняют свое значение и в наши дни. Вместе с тем в связи с провозглашенной Конституцией РФ целью построения правового государства понятие правосудия наполняется новым содержанием⁹.

Прежде всего, разделение властей значительно увеличивает роль суда в управлении обществом. Последние десятилетия характеризуются беспрецедентным расширением судебного контроля за деятельностью исполнительной власти. Современное процессуальное законодательство наделяет граждан правом оспаривать в суде практически любое действие (бездействие) государственного органа или должностного лица. Судебный контроль распространен и на акты законодательной власти. Специально для контроля за соответствием законодательства Конституции РФ создан Конституционный Суд РФ. В общих и арбитражных судах оспариваются нормативные акты, нарушающие права и интересы граждан. При рассмотрении конкретного дела суд оценивает закон с точки зрения его юридической силы. В случае противоречия между нормативными актами суд применяет закон большей юридической силы.

Правосудие никогда не было простым придатком законодательной власти. Отправление правосудия – не бездумная констатация воли законодателя, подбор нужной нормы закона к конкретной жизненной ситуации. Суд обладает широкими возможностями по восполнению пробелов в законе, конкрети-

⁸ См.: Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса. М., 1968. Т. 1. С. 11–14; Чечот Д. М. Субъективное право и форма его защиты. М., 1968. С. 67–69.

⁹ Подробнее см., напр.: Борисова Е. А. Проверка судебных актов по гражданским делам. М., 2005. С. 6–42; Жилин Г. А. Правосудие по гражданским делам: актуальные вопросы. М., 2010; Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судебское право. М., 2011.

зации правовых норм и правоотношений, выступающих предметом судебной деятельности. В последние годы роль судебного усмотрения в применении закона особенно возросла¹⁰.

В советской правовой науке отрицался судебный прецедент как источник права, чуждый принятой у нас романо-германской системе права. В последние годы явно выявляется другая тенденция. Судебный прецедент занимает все более почетное место в системе источников права¹¹, получил закрепление в процессуальном законодательстве (п. 5 ч. 4 ст. 392 ГПК РФ).

Нередко судебная практика игнорирует мнение законодателя. Я сам столкнулся со случаями, когда суды отказываются применять нормы об истечении срока исковой давности, считая, что защита прав потерпевшего имеет приоритетное значение по сравнению с защитой интересов правонарушителя, обеспечиваемых институтом исковой давности.

Иногда суды «подправляют» законодателя при преодолении противоречий между отдельными законодательными актами. В судебной практике возник вопрос о допустимости включения в договоры присоединения (о выдаче потребительских кредитов, договоры банковского вклада и т. п.) условия о подсудности возможного спора.

Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ рассмотрела в порядке надзора дело по иску ООО «Региональная общественная организация потребителей «Право» в интересах Понедельникова В. В. к ЗАО «Тусарбанк» о признании недействительным условия договора банковского вклада. Между истцом и ответчиком был заключен договор банковского вклада, в который было включено условие о разрешении всех споров в суде по месту нахождения банка. Судебная коллегия, сославшись на ч. 7 ст. 29 ГПК РФ (альтернативная подсудность) и п. 2 ст. 17 Закона РФ «О защите прав потребителя», указала, что иски о защите прав потребителя могут быть предъявлены в суд по месту нахождения организации, месту жительства истца, месту заклю-

¹⁰ Подробнее см., напр.: Тарусина Н. Н. О судебном усмотрении: заметки семейноведа. Ярославль, 2011.

¹¹ См., напр.: Жилин Г. А. Указ. соч. С. 250–260; Марченко М. Н. Указ. соч. С. 84–142 и др.

чения или месту исполнения договора. Включение банком в договор присоединения, в том числе в договор срочного банковского вклада, положения о подсудности спора конкретному суду (в частности, по месту нахождения банка) ущемляет установленные законом права потребителя. На этом основании состоявшиеся по делу судебные постановления были отменены и дело направлено на новое рассмотрение в суд первой инстанции¹².

Может быть, такое решение вопроса справедливо, но оно противоречит действующему законодательству. В соответствии со ст. 32 ГПК РФ стороны могут по соглашению между собой изменить территориальную (в том числе, и альтернативную) подсудность дела. Не может быть изменена соглашением сторон родовая и исключительная подсудность дела. В соответствии со ст. 4 ФЗ «О введении в действие ГПК РФ» нормативные акты, связанные с ГПК РФ, подлежат приведению в соответствие с ГПК РФ. Впредь до приведения в соответствие с ГПК РФ указанные нормативные акты применяются в части, не противоречащей ГПК РФ. Таким образом, противоречие между ГПК РФ и Законом «О защите прав потребителя» должно разрешаться в пользу ГПК РФ. Верховный Суд РФ, не дожидаясь изменения законодательства, «подправил» норму ст. 32 ГПК РФ о договорной подсудности, расширив ограничения по ее применению.

Взросшая роль суда в обществе предъявляет новые требования к организации судебной власти. Судебная реформа в России осуществляется на основании Концепции судебной реформы, одобренной Постановлением Верховного Совета РСФСР от 24 октября 1991 г.¹³ Многие положения Концепции воплотились в законодательстве, некоторые из предложений авторов Концепции были отвергнуты законодателем. В рамках данной статьи остановимся на проблеме судебной системы современной России.

Авторы Концепции судебной реформы считали важнейшим ее результатом отказ от единства судебной системы Российской Федерации. «Взамен единой унитарной системы юстиции возникнут две судебные системы: федеральная и республиканская,

¹² См.: Определение Верховного Суда РФ от 10.05.2011 № 5-В11-46 // КонсультантПлюс. Решения высших судов.

¹³ См.: Концепция судебной реформы в РФ. М., 1992.

что присуще подлинно федеративному государству»¹⁴. Таким образом, вместо единства судебной системы предлагалось ввести ее дуализм. Правда, авторы Концепции полагали, что федеральная и республиканская судебные системы как ветви единой судебной власти должны быть замкнуты на Верховный Суд РСФСР¹⁵. В противоположность этому мнению ФКЗ «О судебной системе РФ» закрепил принцип единства судебной системы, которое обеспечивается путем: установления судебной системы РФ Конституцией РФ и настоящим Федеральным Конституционным законом; соблюдения всеми федеральными судами и мировыми судьями установленных федеральным законом правил судопроизводства; единообразного применения всеми судами законодательства; признания обязательности исполнения на всей территории РФ судебных постановлений, вступивших в законную силу; законодательного закрепления единства статуса судей; финансирования федеральных судов и мировых судей из федерального бюджета (ст. 3 ФКЗ «О судебной системе РФ»).

В действительности, о единстве судебной системы в России можно говорить с большой натяжкой. У нас в стране функционируют Конституционный Суд РФ, Конституционные (уставные) суды субъектов федерации, четырехзвенная система судов общей юрисдикции с встроенной в нее системой военных судов, система арбитражных судов. Между ветвями судебной власти существуют многочисленные противоречия в трактовке как материального, так и процессуального законодательства. Конституционный Суд РФ оппозиционирует себя как конечную инстанцию в решении правового конфликта. Его постановления зачастую дают весьма спорную трактовку законодательства, критикуются учеными-юристами и, тем не менее, носят окончательный характер, исключают возможность их пересмотра каким-либо органом. Иногда Конституционный Суд возвращается к какому-либо вопросу, уже рассмотренному им, и дает ответ на него, прямо противоположный высказанному ранее мнению, т. е. признавая, что его прежнее решение было ошибочным. Таковы, например,

¹⁴ См.: Концепция судебной реформы в РФ. С. 48.

¹⁵ См.: Там же. С. 49.

постановления Конституционного Суда РФ относительно применимости смертной казни в современной России, о возможности апелляционного обжалования определения суда о пересмотре дела по вновь открывшимся обстоятельствам и др. Это приводит к тому, что мнение Конституционного Суда часто игнорируется законодателем. Законодатель не спешит вносить в закон изменения, которых требует от него Конституционный Суд, а иногда принимает новые законодательные акты, содержащие новеллы, противоречащие установкам Конституционного Суда. Так, по мнению последнего, в ряде случаев суд апелляционной инстанции должен не разрешать дело по существу, а направлять его на новое рассмотрение в суд первой инстанции (при необходимости привлечения в процесс новых лиц, участвующих в деле, при нарушении правил подсудности)¹⁶. В новой редакции ст. 328 ГПК РФ (ФЗ от 9 декабря 2010 г. № 353 – ФЗ) законодатель сознательно «забыл» учесть пожелания Конституционного Суда РФ, не наделив апелляционную инстанцию полномочиями направлять дело на новое рассмотрение.

Много противоречий между судами общей юрисдикции и арбитражными судами в трактовке как материального законодательства, так и правил подведомственности. Четко прослеживается тенденция Высшего Арбитражного Суда включить в свою юрисдикцию как можно более широкий круг дел и присвоить себе роль главного толкователя гражданского законодательства.

Новых противоречий добавит планирующееся создание административных судов для разрешения конфликтов между гражданами и властью в публично-правовой сфере. Законопроект Кодекса административного судопроизводства РФ с пояснительной запиской его разработчиков был опубликован еще в 2004 году¹⁷. Предполагалось создание специализированных административ-

¹⁶ См.: Постановление Конституционного суда РФ от 21 апреля 2010 г. № 10 – П.

¹⁷ См.: Российская юстиция. 2004. № 3.

Мое мнение по поводу этого законопроекта см.: Бутнев В. В. Некоторые замечания к законопроекту Кодекса административного судопроизводства РФ // Проблемы защиты субъективных гражданских прав. Ярославль, 2005. Вып. 6. С. 42–46.

ных судов, входящих в систему судов общей юрисдикции. В настоящее время появились предложения о развитии административного судопроизводства «с консолидацией базовой подсудности по административным делам в арбитражных судах»¹⁸. Вряд ли такое предложение заслуживает поддержки. Арбитражные суды как правопреемники органов государственного арбитража (которые рассматривались большинством ученых в качестве административных, квази-судебных органов управления социалистическим сектором экономики) предназначены для разрешения предпринимательских споров в сфере действия частного права, а не для разрешения публично-правовых конфликтов граждан с органами государственной власти. Более логичным выглядит создание самостоятельной системы административной юстиции, независимой как от общих, так и арбитражных судов. Это позволит максимально учесть специфику публично-правовых конфликтов и освободить административную юстицию от многих накопившихся десятилетиями недостатков существующей судебной системы.

Что касается арбитражных судов, то не следует забывать, что при всем положительном, что произошло в их организации и деятельности за два предыдущих десятилетия, они – все же временное явление. Государственные арбитражи не могли быть просто ликвидированы в начале 90-х гг. прошлого века с передачей их полномочий судам общей юрисдикции. Это парализовало бы деятельность общих судов. В исторической же перспективе арбитражные суды должны быть поглощены системой судов общей юрисдикции. Только такое решение вопроса позволит добиться единообразного применения гражданского законодательства.

Учитывая, что уголовное и гражданское судопроизводства – разные формы правосудия (ст. 118 Конституции РФ), имеющие существенные различия в принципах организации и деятельности суда при рассмотрении уголовных и гражданских дел, может быть, правомерно поставить вопрос о разделении системы судов общей юрисдикции на уголовные и гражданские суды под эгидой Верховного Суда РФ.

¹⁸ Панова И. В. Судопроизводство в контексте российской правовой культуры // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2012. № 1. С. 77.

Еще в 1996 г. И. В. Решетниковой и В. В. Ярковым было предложено радикальное средство обеспечения единства судебной системы: создание единого высшего суда РФ, объединяющего Конституционный, Верховный, Высший Арбитражный суды РФ. «Это позволило бы принимать руководящие постановления, обязательные для всех видов и звеньев судебной системы, а также разрешать споры между судами, обеспечивать единство судебной практики»¹⁹.

Такое радикальное решение вопроса, конечно, невозможно по целому ряду причин. Формальное и не самое главное препятствие – необходимость изменения Конституции РФ. К этому нам не привыкать. Гораздо важнее политические соображения. Реализация этого предложения коренным образом понизит статус Конституционного Суда РФ, Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ. Высший суд приобретет доселе невиданную власть и значение. Возможно нарушение шаткого баланса как между ветвями государственной власти, так и между ветвями судебной власти.

Такой суд должен пользоваться безусловным доверием населения и должностных лиц всех уровней. Следовательно, он должен состоять из лучших, наиболее квалифицированных юристов страны с безупречной репутацией, не имеющих политических предпочтений и не замешанных в каких-либо межпартийных, корпоративных, внутрисистемных конфликтах. Какой механизм подбора и отбора судей для этого суда должен быть? Словом, вопросов больше, чем ответов.

¹⁹ Бернэм У., Решетникова И. В., Ярков В. В. Судебная реформа: проблемы гражданской юрисдикции. Екатеринбург, 1996. С. 24–25. (Авторы главы Решетникова И. В. и Ярков В. В.)

Глава II. Роль суда в механизме защиты субъективных гражданских прав и законных интересов

Гражданское судопроизводство традиционно рассматривается правовой наукой в качестве формы защиты субъективных гражданских прав²⁰. С. В. Курылев, сравнивая судебную форму защиты с другими, выделял следующие ее черты, обусловленные действием всех принципов гражданского процесса – наибольшую приспособленность к объективному, правильному разрешению спора, к установлению объективной истины и воспитательному воздействию на граждан. В качестве неизбежного следствия этих четырех особенностей он называл известную громоздкость, дороговизну этой формы²¹. М. К. Воробьев справедливо указывал на то, что С. В. Курылев сводил сущность процессуальной формы к оценке ее достоинств. Полагая такой подход неправомерным, М. К. Воробьев считал сущностью процессуальной формы то, что она является формой защиты и принудительного осуществления спорных прав и охраняемых законом интересов²². В литературе правильно подчеркивается, что гражданское судопроизводство – это такая форма защиты, которая одновременно является формой правосудия²³.

В соответствии со ст. 2 ГПК РФ задачами гражданского судопроизводства являются правильное и своевременное рассмо-

²⁰ См., напр.: Гражданское процессуальное право: учебник / под ред. М. С. Шакарян. М., 2004. С. 7–8.

²¹ См.: Курылев С. В. Формы защиты и принудительного осуществления субъективных прав и право на иск // Тр. Иркут. Ун-та. Сер. юрид. 1957. Т. 22, вып. 3. С. 171–174.

²² См.: Воробьев М. К. Природа производства арбитража и место норм, регулирующих его, в системе советского права // Вопросы теории советского права. Новосибирск, 1966. С. 92.

²³ См.: Чечот Д. М. Субъективное право и формы его защиты. Л., 1968. С. 67–69; Елисейкин П. Ф. Предмет и принципы советского гражданского процессуального права: Учеб. пособие. Ярославль, 1974. С. 54; Чечина Н. А. Избранные труды по гражданскому процессу. СПб, 2004. С. 457.

трение гражданских дел в целях защиты нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов.

Исходя из основополагающего положения о том, что суд участвует в защите нарушенных или оспоренных прав, ученые по-разному видят его роль в механизме такой защиты. Для того чтобы определить эту роль, следует ответить на ряд вопросов: что такое защита права, сводится ли она к деятельности правоохранительных органов? в рамках каких правоотношений осуществляется защита? какова роль материального и процессуального права в регламентации защиты субъективных прав? Ответ на эти вопросы имеет не только теоретическое, но и большое практическое значение, поскольку должен способствовать выработке и закреплению в законодательстве оптимального механизма защиты субъективных прав.

Классический вариант механизма судебной защиты субъективных прав изложен в трудах М. А. Гурвича. Роль суда в таком механизме неразрывно связана с понятием иска и права на иск в материальном праве. М. А. Гурвич полагал, что иск в материальном праве означает право требования, направленное к другому лицу. Это субъективное право. Однако оно обладает одним специфическим свойством, а именно способностью быть осуществленным в принудительном порядке (как правило, через суд). О праве, достигшем состояния такой способности, можно говорить как о зрелом требовании. Такая зрелость наступает в условном праве требования с наступлением условия, в требовании, снабженном отлагательным сроком, с наступлением срока. Некоторые требования обладают зрелостью с момента их возникновения, то есть сразу же способны к немедленному принудительному осуществлению (например, требование из причинения вреда)²⁴.

«Готовность права требования к принудительному (как правило, через суд) осуществлению не представляет собой какое-либо отдельное от этого права самостоятельное субъективное право. Напротив, его содержание полностью определяется содержанием того требования, которое, созрев, представляет собой иск. Поэтому иск является не новым правом, возникающим на-

²⁴ См.: Гурвич М. А. Право на иск: учеб. пособие. М., 1978. С. 7.

ряду и на основании требования, а его особым и притом юридически важнейшим **состоянием**...

Состояние права на иск может характеризоваться как боевое, активное, ибо принуждение рассматривается в качестве применения государственной власти к неисправному должнику, а право на иск, подобно пружине, готово развернуться в исполнении обязанности помимо (т. е. независимо от) воли лица обязанного»²⁵.

Правонарушение, по мнению М. А. Гурвича, изменяет правовое положение не только кредитора, но и должника, превращая его ранее существовавшую обязанность в юридическую ответственность, состояние подчинения возможной реализации принуждения через суд по требованию истца²⁶. У М. А. Гурвича право на иск и ответственность остаются элементами правоотношения, существовавшего до правонарушения²⁷. Правонарушение не порождает новых правоотношений, а лишь приводит ранее существовавшие в состояние спора. «Пройдя в качестве предмета судебного рассмотрения и защиты через горнило судебного процесса», это материальное правоотношение приобретает определенность и бесспорность»²⁸.

Первое, на что следует обратить внимание, – ограниченность сферы применения данной концепции. Она пытается объяснить механизм защиты только гражданских прав и родственных им (семейных, трудовых), то есть субъективных прав в правоотношениях юридического равенства. Концепция М. А. Гурвича никак не объясняет механизм защиты прав и интересов, а также реализации ответственности в публично-правовых отношениях (уголовных, административных, финансовых и т. п.). Трудно представить себе, что процедура отрешения президента от должности (импичмент) является принудительной реализацией чье-либо конституционного притязания и привлечение к уголовной или административной ответственности – принудительной rea-

²⁵ Гурвич М. А. Указ. соч. С. 7.

²⁶ См.: Гурвич М. А. Судебное решение. М., 1976. С. 128–134.

²⁷ См., также: Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность. М., 1976. С. 102–103; Тархов В. А. Ответственность по советскому гражданскому праву. Саратов, 1973. С. 16–18.

²⁸ См.: Гурвич М. А. Гражданские процессуальные правоотношения и процессуальные действия // Тр. ВЮЗИ. 1965. Т. 4. С. 93.

лизацией права государства требовать от граждан соблюдения уголовно-правовых или административных запретов. Даже в сфере гражданского судопроизводства критикуемая концепция не объясняет механизма защиты в производстве по делам, возникающим из публичных правоотношений, и в делах особого производства, где трудно углядеть принудительную реализацию какого-либо субъективного права «в боевом состоянии». Не объясняет данная теория, каким образом субъективное право собственности в случае его нарушения или уничтожения (при уничтожении вещи – объекта такого права) может перейти в состояние относительного виндикационного, негаторного, деликтного или кондикционного требования. Абсолютно не приспособлена данная концепция для объяснения механизма защиты охраняемых законом (законных) интересов, у обладателей которых вообще нет никаких регулятивных прав, опосредующих эти интересы, а механизм защиты таких интересов, в том числе и судебный, тем не менее, нашел законодательное закрепление.

Все сказанное свидетельствует о том, что критикуемая концепция не в состоянии объяснить правовые последствия нарушения субъективных прав и интересов в различных областях общественной жизни. Более того, она не соответствует законодательству, предусматривающему гораздо более разнообразные способы и средства защиты, чем только принудительное осуществление нарушенного права.

В результате правонарушения, оспаривания и других помех в осуществлении права возникает новое и относительно самостоятельное субъективное право (право на защиту), которому корреспондирует новая, до правонарушения не существовавшая обязанность правонарушителя. Эти новые право и обязанность входят в содержание охранительных правоотношений, в рамках которых происходит реализация способов (мер) защиты субъективных прав и интересов и мер юридической ответственности²⁹.

²⁹См.: Курылев С. В. Формы защиты... С. 198–199; Иванов О. В. Право на судебную защиту // Сов. государство и право. 1970. № 7. С. 41; Елисейкин П. Ф. Понятие иска как процессуального средства защиты прав и интересов // Проблемы защиты субъективных прав и советское гражданское судопроизводство. Ярославль, 1976. С. 84–85, и др.

Среди сторонников теории охранительных правоотношений существуют, тем не менее, различные взгляды на их субъектный состав, предпосылки и содержание. Ряд процессуалистов считает, что они связывают потерпевшего от правонарушения не с правонарушителем, а с судом. В рамках этих правоотношений, с их точки зрения, реализуется право заинтересованного лица на судебную защиту³⁰. Выделение отраслевого субъективного права на судебную защиту, существующего в рамках охранительных материальных правоотношений заинтересованного лица с судом, представляется неверным. Сторонники такой конструкции связывают возникновение права на защиту не с правонарушением, а с обращением заинтересованного лица в суд. Так, по мнению В. Н. Щеглова, «с момента возникновения гражданского дела у юрисдикционного органа появляются две обязанности: процессуальная – рассмотреть дело и вынести решение и охранительная – удовлетворить иск и защитить тем самым право (интерес) истца, если оно нарушено или оспорено, или отклонить иск, защитив таким образом право (интерес) ответчика»³¹. Такая конструкция, разрывающая единую обязанность суда отправлять правосудие на две различные обязанности (процессуальную и охранительную материально-правовую), представляется искусственной. Выделение охранительной деятельности суда из процессуальной выхолаживает последнюю, делает ее бессодержательной. Создается ошибочное впечатление, что задачей процессуального законодательства является регулирование исключительно процедуры рассмотрения дела. Если процедура соблюдена, задачи судопроизводства выполнены. Между тем, сама по себе процессуальная форма в отрыве от цели защиты нарушенных прав не имеет никакой ценности. Соблюдение процессуальной формы – гарантия правильного разрешения дела по существу. Законодательство, в отличие от В. Н. Щеглова и его сторонников, не отрывает задач гражданского судопроизводства от его целей. В соответствии со ст. 2 ГПК РФ задачами гражданского судопро-

³⁰ См.: Курылев С. В. Формы защиты... С. 198; Иванов О. В. Право на судебную защиту. С. 41.

³¹ Щеглов В. Н. Вопросы теории гражданского процесса в свете нового законодательства // Вопросы теории и практики гражданско-правового регулирования. Томск, 1985. С. 17.

изводства является правильное и своевременное рассмотрение и разрешение гражданских дел в целях защиты нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов. Суд обязан не просто вынести решение, а вынести правильное по существу решение. Если суд отказал в удовлетворении иска в том случае, когда иск должен быть удовлетворен, то он нарушил не материальную охранительную обязанность (такая обязанность лежит не на нем, а на правонарушителе, например обязанность возместить ущерб, заплатить неустойку и т. п.), а свою процессуальную обязанность по отправлению правосудия.

С. В. Курылев считал, что право на обращение за защитой (право на предъявление иска) и право на получение защиты (право на удовлетворение иска), – это две необходимые составные части права на судебную защиту (право на иск)³². «...Право на удовлетворение иска – это **материально-процессуальная** категория, ибо предпосылки его возникновения и существования относятся: правовая обоснованность – к области материального права, фактическая обоснованность – к области процессуального права. Право на удовлетворение иска – это категория материального права потому, что правом на удовлетворение иска обладает только тот, кому принадлежит нарушенное или оспоренное материальное право или материально-правовой интерес. Но право на удовлетворение иска – это одновременно и категория процессуального права, ибо для наличия права на удовлетворение иска мало **обладать** материальным правом, надо иметь и процессуальную возможность **доказать** наличие материального права»³³. При такой трактовке права на судебную защиту совершенно непонятно, когда же оно возникает: в момент нарушения права, в момент обращения заинтересованного лица в суд или в момент, когда истец доказал свои требования (определить последний момент невозможно, поскольку доказывание осуществляется на всем протяжении рассмотрения дела в суде первой инстанции и даже может продолжаться при апелляционном и кассационном рассмотрении дела)? Остаются «размытыми» предпосылки, субъ-

³² См.: Курылев С. В. Формы защиты... С. 198–199.

³³ Курылев С. В. Формы защиты... С. 207. См. также: Иванов О. В. Право на судебную защиту. С. 41–43.

ектный состав и содержание охранительных правоотношений, в рамках которых, по мнению С. В. Курылева и его сторонников, возникает и реализуется право на судебную защиту.

Критикуя данную позицию, П. Ф. Елисейкин писал: «Самостоятельность права на судебную защиту мы усматриваем в обеспеченной законом его обладателю возможности требовать отчет в своем поведении от другого субъекта правоотношения (предполагаемого правонарушителя). Реализация такого права протекает в рамках особого, охранительного по природе, отношения. Такое право и правоотношение могут существовать независимо от того, обратилось заинтересованное лицо за помощью к юрисдикционному органу или нет. Когда же заинтересованное лицо обращается в юрисдикционный орган за защитой, то происходит реализация другого права – на обращения в суд, арбитраж и т. п., на возбуждение процесса. Оно осуществляется в рамках гражданского процессуального правоотношения.

Реализуя эти два права одновременно, заинтересованное лицо ставит юрисдикционный орган перед необходимостью принять поданное заявление и рассмотреть его по существу, а обязанное лицо – дать ответ на заявленное требование. Однако возникающее здесь гражданское процессуальное и охранительное отношение не объединяются в единый комплекс, как полагают С. В. Курылев и О. В. Иванов, а остаются самостоятельными отношениями по своим предпосылкам, субъектам, содержанию, объекту и предмету»³⁴.

П. Ф. Елисейкин четко не разграничивал содержание охранительного правоотношения (право на защиту и корреспондирующая ему обязанность правонарушителя возместить вред, прекратить правонарушение и т. п.) и спора о праве, в рамках которого, в частности, реализуется обязанность **предполагаемого** правонарушителя **дать отчет** (по терминологии П. Ф. Елисейкина). Однако в целом следует поддержать его критику концепции С. В. Курылева и О. В. Иванова.

Нередко правом на судебную защиту называют гражданское процессуальное право на обращение в суд. М. А. Гурвич писал:

³⁴ Елисейкин П. Ф. Предмет судебной деятельности в советском гражданском процессе (его понятие, место и значение): автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Л., 1974. С. 11.

«Право (и обязанность) советского суда рассмотреть дело составляет основной элемент, важнейшую составную часть гражданского процессуального правоотношения. Однако это право (обязанность) возникает и осуществляется в тесной связи с осуществлением прав на судебную защиту лиц, участвующих в деле. К таким правам относятся право на предъявление иска, т. е. на обращение к суду за защитой определенного гражданского субъективного права, право противной стороны на защиту своих интересов в процессе и аналогичное право других лиц на защиту своих интересов в тех случаях, когда они участвуют в процессе... Право (и обязанность) суда первой инстанции рассмотреть данное дело и корреспондирующие ему права на судебную защиту лиц, участвующих в деле, образует единое процессуальное правоотношение, т. е. сложившееся вследствие применения норм процессуального права отношение между судом и лицами, участвующими в деле»³⁵.

Как видим, в трактовке М. А. Гурвича в праве на судебную защиту нет ничего материально-правового. Термин «право на обращение в суд» и «право на судебную защиту» употребляются практически как синонимы. Это и не удивительно, поскольку М. А. Гурвич отрицал наличие в механизме защиты охранительных материальных правоотношений.

В одной из своих ранних статей Е. А. Крашенинников попытался наряду с конституционным правом граждан на судебную защиту выделить отраслевое гражданское процессуальное право на судебную защиту, причем отграничить последнее от права на обращение в суд за защитой. По его мнению, гражданское процессуальное право на судебную защиту шире гражданского процессуального права на обращение в суд. Из пояснений автора можно сделать вывод, что он сводит право на обращение в суд только к правомочиям заинтересованных лиц на свои собственные действия, не включая в него правомочия требовать совершения

³⁵ Советский гражданский процесс / под ред. М. А. Гурвича. М., 1967. С. 11–12.

В том же значении термин «право на судебную защиту» употреблял иногда П. Ф. Елисейкин. (см., например.: Елисейкин П. Ф. Предмет и принципы советского гражданского процессуального права. Ярославль, 1974. С. 5).

определенных действий от суда³⁶. Тем самым содержание права на обращение в суд неоправданно сужается. Более того, это важнейшее гражданское процессуальное право, закрепленное в ст. 3 ГПК РФ и реализующееся на протяжении всего процесса, в трактовке Е. А. Крашенинникова вообще лишается статуса субъективного права, поскольку любое субъективное право складывается из правомочий двух видов: правомочие обладателя права на свои действия и управомочие требовать исполнения своих обязанностей от обязанного лица. В то же время, осталось непроясненным, какое содержание имеет «гражданско-процессуальное право на судебную защиту» в отличие от закрепленного в ГПК РФ права на обращение в суд. Видимо, осознав бесплодность идеи, Е. А. Крашенинников в более поздних работах не предпринял попыток ее развить.

Научные статьи С. В. Курылева, М. К. Воробьева, О. В. Иванова о праве на судебную защиту и «вертикальных» материальных охранительных правоотношениях с участием суда были написаны до появления докторской диссертации П. Ф. Елисейкина, основным содержанием которой стало обоснование «горизонтальных» материально-правовых охранительных отношений между спорящими сторонами как предмета судебной деятельности³⁷. После защиты диссертации П. Ф. Елисейкиным его основным оппонентом в споре о субъектном составе охранительных правоотношений стал В. Н. Щеглов.

Сторонники критикуемой теории исходят из неверной посылки о том, что защита субъективных прав – исключительно деятельность правоохранительных органов. Обедняя содержание процессуальных правоотношений, эта концепция, вместе с тем, не объясняет механизма защиты субъективных прав в тех случаях, когда восстановление права происходит вне юридического процесса (например, в случаях самозащиты или добровольного возмещения ущерба правонарушителем). В рамках регулятивных

³⁶ См.: Крашенинников Е. А. Конституционное право граждан на судебную защиту // Проблема защиты субъективных прав и советское гражданское судопроизводство. Ярославль, 1981. С. 34–35.

³⁷ См.: Елисейкин П. Ф. Предмет судебной деятельности в советском гражданском процессе (его понятие, место и значение): автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Л. 1974.

правоотношений, существовавших до правонарушения, такое возмещение вреда происходить не может. Регулятивное правоотношение в результате правонарушения может вообще прекратить свое существование. Охранительные правоотношения с точки зрения критикуемой концепции еще не возникли. Получается, что реализация прав и обязанностей, предусмотренных нормами материального права, происходит вне рамок каких-либо правоотношений, в своеобразном «правовом вакууме». Понимая неприемлемость такого вывода, В. Н. Щеглов выделял в механизме правового регулирования «регулятивные правоотношения второго порядка, возникающие между субъектами гражданского оборота в связи с нарушением права и определяющие права и обязанности управомоченного лица и правонарушителя»³⁸. Таким образом, В. Н. Щеглов, в отличие от противников охранительных правоотношений (М. А. Гурвича, Н. А. Чечиной, А. К. Сергун³⁹ др.), признал существование охранительных правоотношений в трактовке П. Ф. Елисейкина, однако назвал их регулятивными правоотношениями второго порядка. С этим согласиться нельзя. Регулятивными называются правоотношения, опосредствующие нормальное поведение субъектов, охранительными – правоотношения, проводящие охранительную функцию права. Правовые отношения, возникающие между нарушителем и потерпевшим, свидетельствуют о конфликте, «перебоях» в механизме правового регулирования, опосредствуют поведение субъектов в конфликтной ситуации. Поэтому они являются охранительными, а не регулятивными правоотношениями. Не случайно в науке гражданского права получил распространение термин «охранительные обязательства», которым обозначаются обязательства, возникающие из причинения вреда и неосновательного обогащения⁴⁰. Таким образом, спор между учеными носит отнюдь не тер-

³⁸ Щеглов В. Н. Иск о судебной защите гражданского права. Томск, 1987. С. 160–161.

³⁹ См.: Гурвич М. А. Право на иск. С. 7; Чечина Н. А. Избранные труды по гражданскому процессу. СПб, 2004. С. 472–473; Сергун А. К. Некоторые итоги развития теории охранительных правоотношений // Проблемы защиты субъективных прав КПСС. М., 1988. С. 58–67.

⁴⁰ См., напр.: Иоффе О. С. Обязательственное право. М., 1975. С. 794.

минологический характер, как это может показаться на первый взгляд. Речь идет о различном понимании механизма защиты.

Попытка «примирить» идеи П. Ф. Елисейкина и В. Н. Щеглова предпринята Г. Л. Осокиной. По ее мнению, в случае нарушения или оспаривания регулятивных субъективных гражданских (в широком смысле) прав возникают двоякого рода охранительные правоотношения: по горизонтали между управомоченным и обязанным субъектами дефектного регулятивного правоотношения (охранительное материальное правоотношение) и по вертикали между субъектами регулятивного правоотношения, с одной стороны, и государством в лице юрисдикционных органов – с другой⁴¹. «Поскольку меры защиты в рамках первого вида правовой связи реализуются самими субъектами спорного правоотношения, минуя юрисдикционный орган, то такая связь является по своему характеру материально-правовой... не регулятивной, а охранительной...» (знаменательный отказ от «регулятивных правоотношений второго порядка» В. Н. Щеглова – *В. Б.*). «... В рамках охранительного материального правоотношения реализация мер защиты (например, исполнение обязательства в натуре) и мер ответственности (например, взыскание неустойки) возможна лишь при наличии явно выраженного на то согласия обязанного лица. В случае возражения со стороны обязанного лица, то есть возникновения разногласий между субъектами дефектного регулятивного и охранительно-материального правоотношений, реализация мер защиты и мер ответственности возможна в рамках иного складывающегося с участием юрисдикционного органа правового отношения.

Юрисдикционный орган, наделенный государственно-властными полномочиями, олицетворяет собой **внешнюю** по отношению к регулятивному и охранительно-материальному правоотношениям **силу**, способную посредством специального аппарата **привести в действие**, вопреки желанию и сопротивлению обязанного лица, охранительно-материальное правоотношение и тем самым восстановить, если это возможно, регулятивное материальное правоотношение. Общественное отношение, возник-

⁴¹ См.: Осокина Г. Л. Право на защиту в исковом судопроизводстве. Томск, 1990. С. 42.

кающее с участием юрисдикционного органа в связи и по поводу принудительной реализации регулятивного и охранительно-материального правоотношений, по своему характеру является **охранительным**. Однако, вопреки утверждению Е. Я. Мотовилова, оно не носит материально-правового характера, хотя решение суда (или иного юрисдикционного органа), а также последующие действия судебного исполнителя оказывают непосредственное воздействие на состояние и дальнейшее развитие материально правовых связей как регулятивного, так и охранительного свойства. Однако такое воздействие осуществляется исключительно за **счет** и в **интересах** субъектов регулятивного и охранительно-материального правоотношений, за **счет удовлетворения** и **умаления их** имущественных, а также личных неимущественных прав и охраняемых законом интересов.

Возникшее с участием юрисдикционного органа охранительное правоотношение до определенного момента не носит явно выраженного процессуального характера. Это правоотношение по своей природе является публично-правовым, так как направлено на реализацию регулятивного и охранительно-материального правоотношений, то есть на их защиту со стороны государственных или общественных органов, не являющихся субъектами спорных правоотношений. Поскольку правозащитная деятельность юрисдикционных органов направлена на рассмотрение и разрешение **иска** как требования заинтересованных лиц о защите, то охранительно-правовую связь, возникающую между юрисдикционным органом и заинтересованным лицом по поводу принудительной реализации мер защиты и мер ответственности, целесообразнее именовать **охранительно-исковой** связью или **охранительно-исковым правоотношением**. Перерастание охранительно-искового правоотношения в процессуальное возможно при условии реализации заинтересованным лицом одного из элементов этого правоотношения – права на иск в процессуальном смысле (право на предъявление иска). Возбуждая гражданское дело по иску заинтересованного лица, судья тем самым санкционирует дальнейшее развитие (развертывание) охранительно-искового правоотношения, приобретающего

с момента возбуждения гражданского дела форму **контактного процессуального правоотношения**. Таким образом, конкретное процессуальное правоотношение есть один из этапов развития, «момент жизни» охранительно-искового правоотношения»⁴².

Я позволил себе привести столь обширную цитату, поскольку в ней ярко выражены основные достоинства и недостатки концепции Г. Л. Осокиной. Правильно определив, что реализация мер защиты и ответственности осуществляется в рамках материального охранительного правоотношения, что необходимость обращения к суду возникает в случае спора, конфликта между субъектами охранительного правоотношения, нежелания правонарушителя добровольно исполнять свою охранительную обязанность, что обращение к суду вызывает к жизни процессуальные правоотношения заинтересованных лиц с судом, Г. Л. Осокина вводит в механизм защиты лишнее звено – охранительно-исковое правоотношение. Остается невыясненной природа этого правоотношения: оно не материальное и не процессуальное. Неясен момент его возникновения, субъектный состав и содержание.

«Ввиду того, что возникновение и реализация субъективного права на предъявление иска не связываются с материально-правовыми фактами: наличием, нарушением или оспариванием субъективных прав или интересов субъектов спорных материальных правоотношений, – охранительно-исковое правоотношение с точки зрения его элементного состава может существовать (возникать и реализовываться) не в полном, а в **усеченном** виде (объеме)... (проще говоря, динамика процессуальных правоотношений определяется своими собственными предпосылками. Право на обращение в суд реализуется в рамках процессуальных правоотношений и при отсутствии правонарушения со стороны ответчика. Полноценный процесс по конкретному делу заканчивается вынесением судебного решения от отказе в удовлетворении иска. – В. Б.). В полном объеме охранительное исковое правоотношение начинает функционировать лишь с **момента нарушения** или **оспаривания** прав и законных интересов субъектов регулятивно-

⁴² Осокина Г. Л. Право на защиту в исковом судопроизводстве. С. 42–43.

го и охранительно-материального правоотношений, потому что правомочие на получение защиты (право на иск в материально-правовом смысле) как явление правовой действительности, то есть объективно, возникает с момента **действительного** нарушения или оспаривания субъективных материальных прав или охраняемых законом интересов»⁴³. Что же возникает раньше – полное или усеченное охранительно-исковое правоотношение? Если оно возникает с момента нарушения права, то кто является его субъектами, если к суду еще никто не обращался? Как быть с правилами альтернативной и договорной подведомственности и подсудности: субъектами охранительно-искового правоотношения сразу становятся несколько юрисдикционных органов – возможных субъектов будущих процессуальных правоотношений⁴⁴?

«Лишнее звено» Г. Л. Осокиной (охранительно-исковое правоотношение) в механизме судебной защиты, видимо, как и у В. Н. Щеглова, объясняется недооценкой значения процессуальной обязанности суда по отправлению правосудия, сведение ее лишь к обязанности соблюсти процедуру рассмотрения дела. Между тем сам законодатель в целом ряде случаев жертвует формальной стороной процесса ради правильного рассмотрения дела по существу, считает обязанность суда по отправлению правосудия исполненной даже при нарушении требований процессуальной формы. Правильное по существу решение суда первой инстанции не может быть отменено по одним только формальным соображениям (ч. 2 ст. 362 ГПК РФ). Нарушение или неправильное применение нормы процессуального права является основанием для отмены решения суда первой инстанции только при условии, если это нарушение или неправильное применение привело или могло привести к неправильному разрешению дела (ч. 1 ст. 364 ГПК РФ). Заочное решение может быть отменено вынесением его судом только при условии, что ответчик ссылается на обстоятельства и представляет доказательства, которые могут повлиять

⁴³ Осокина Г. Л. Право на защиту в исковом судопроизводстве. С. 44.

⁴⁴ Подробнее см.: Бутнев В. В. Механизм судебной защиты субъективных прав и охраняемых законом интересов // Юрид. зап. Яросл. гос. ун-та им. П. Г. Демидова. Ярославль, 2000. Вып. 4. С. 83–85.

на содержание решения суда (ст. 242 ГПК РФ). Основаниями для отмены или изменения судебных постановлений в порядке надзора являются существенные нарушения норм материального или процессуального права, повлиявшие на исход дела, без устранения которых невозможны восстановление и защита нарушенных прав, свобод и законных интересов, а также защита охраняемых законом публичных интересов (ст. 387 ГПК РФ). Все эти и подобные им случаи подтверждают, что содержанием обязанности суда по отправлению правосудия является правильное рассмотрение дела по существу, достижение целей защиты нарушенных прав.

В предыдущих работах я излагал свое представление о механизме защиты субъективных прав и интересов⁴⁵. Такой механизм представляет собой взятую в единстве систему правовых средств, при помощи которых обеспечивается восстановление нарушенных субъективных прав, защита охраняемых законом интересов, разрешение правовых споров и устранение иных препятствий в реализации субъективных прав.

Основными элементами механизма защиты являются: 1) юридические нормы, регулирующие поведение субъектов в конфликтной ситуации; 2) правоотношения, в рамках которых осуществляются меры защиты субъективных прав; 3) акты реализации прав и обязанностей субъектов конфликтной ситуации.

Охранительные нормы материальных отраслей права предусматривают субъективные и объективные пределы конфликтной ситуации, юридические факты, порождающие эту ситуацию (правонарушение, оспаривание субъективного права, различные помехи в его осуществлении и т. п.), права и обязанности субъек-

⁴⁵ См.: Бутнев В. В. Понятие механизма защиты субъективных гражданских прав // Механизм защиты субъективных гражданских прав. Ярославль, 1999. С. 3–17; Его же. Механизм судебной защиты субъективных прав и охраняемых законом интересов // Юрид. зап. Яросл. гос. ун-та им. П. Г. Демидова. Ярославль, 2000. Вып. 4. С. 74–90; Его же. Механизм реализации гражданской процессуальной ответственности // Проблемы защиты субъективных гражданских прав. Ярославль, 2001. С. 74–81; Его же. Краткая характеристика механизма реализации юридической ответственности (общетеоретический аспект) // Юрид. зап. Яросл. гос. ун-та им. П. Г. Демидова. Ярославль, 2004. Вып. 8. С. 15–21.

ектов конфликтной ситуации по использованию и применению способов защиты субъективных прав, средства государственного обеспечения поведения субъектов конфликтной ситуации.

Правовое регулирование защиты субъективных прав немыслимо без участия организационно-охранительных норм. Не предусматривая конкретных мер защиты, они определяют субъектов, управомоченных разрешать юридические дела, устанавливают порядок, процедуру защиты, сроки рассмотрения дела, права и обязанности участников в процессе выяснения обстоятельств дела. Организационно-охранительные нормы входят в состав материальных отраслей права или образуют самостоятельные процессуальные отрасли⁴⁶.

Защита субъективных прав осуществляется в рамках материального охранительного правоотношения, возникающего в момент нарушения, оспаривания субъективных прав или создания помех в их реализации. Его содержание составляют право на защиту (на восстановление нарушенного правового положения) и корреспондирующая ему обязанность. Субъектный состав охранительных правоотношений зависит от метода правового регулирования отрасли: государство – правонарушитель (в отраслях, строящихся на принципах власти и подчинения), потерпевший – нарушитель (в отраслях, основанных на юридическом равенстве субъектов). Государство становится субъектом охранительных правоотношений в отраслях, основанных на юридическом равенстве субъектов, лишь в тех случаях, когда требуется его вмешательство для защиты общественного интереса, не совпадающего с интересами участников регулятивных правоотношений (ст. 169 ГК РФ).

Надстройку над охранительными правоотношениями образуют организационно-охранительные правоотношения, в рамках которых осуществляются действия по предъявлению требования

⁴⁶ См.: Красавчиков О. А. Гражданские организационно-правовые отношения // Сов. государство и право. 1966. № 10. С. 56; Горшенев В. М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. М., 1972. С. 30; Елисейкин П. Ф. Понятие, виды и структура советских гражданских процессуальных норм // Юридические гарантии применения права и режим законности. Ярославль, 1976. С. 108–109.

управомоченным, обоснованию и доказыванию его, возражения против предъявленного требования, конкретизация права на защиту и обязанности должника и т. п. Комплекс внутренне согласованных организационных мероприятий по защите субъективных прав, протекающих в рамках единого правового режима, называется формой защиты субъективных прав.

Все формы защиты делятся на локальные (неюрисдикционные) и юрисдикционные. К первым относятся защита права действиями управомоченного (самозащита) или нарушителя права (добровольное возмещение причиненного вреда и т. п.), а также совместное урегулирование разногласий сторонами, ко вторым – защита права юрисдикционным органом, стоящим над сторонами. Важнейшей формой защиты выступает судебная форма защиты, разновидностью которой является гражданское судопроизводство.

Основу такого понимания механизма защиты субъективных гражданских прав заложил П. Ф. Елисейкин. Он исходил из того, что право на защиту является самостоятельным субъективным правом, не тождественным ни нарушенному материальному праву, ни процессуальному праву на обращение в суд. Меры защиты и меры ответственности предусмотрены санкциями материальных норм права. В отраслях права, строящихся на принципах юридического равенства субъектов, защита может осуществляться без юрисдикционного органа. Отсюда П. Ф. Елисейкин сделал справедливый вывод о том, что суд является субъектом не охранительных материальных, а процессуальных правоотношений. Попадая на рассмотрение суда, охранительное правоотношение по своим предпосылкам, содержанию, субъектам и объекту остается неизменным и не сливается с гражданским процессуальным правоотношением. Оно лишь приобретает форму гражданского дела, становится предметом судебной деятельности⁴⁷.

⁴⁷ См.: Елисейкин П. Ф. Понятие иска как процессуального средства защиты прав и интересов // Проблема защиты субъективных прав и советское гражданское судопроизводство. Ярославль, 1976. С. 84–90: Его же. О понятии и месте охранительных отношений в механизме правового регулирования // Юридические гарантии применения права и режим социалистической законности в СССР. Ярославль, 1975. С. 5–10.

Суд в гражданском процессе оказывает защиту нарушенным или оспоренным правам и законным интересам. Однако, для того чтобы оказывать защиту, не требуется быть субъектом материальных охранительных правоотношений, в рамках которых реализуются меры защиты. Роль суда схожа с ролью государства в регулировании общественных отношений. В литературе утверждалось, что государство находится в правовых отношениях с каждым управомоченным и каждым обязанным лицом. О. С. Иоффе писал: «Субъективное право возникает на основе устанавливаемых государством юридических норм и потому неизбежно порождает определенное отношение между его носителем и государством.

Суть этого отношения состоит в том, что государство позволяет управомоченному совершение указанных в законе действий, закрепляя такое дозволение предоставлением ему соответствующих правомочий... Обязанность также воплощает в себе связь ее носителя с государством и с другим участником правоотношения – с управомоченным»⁴⁸. Это, однако, не означает, что государство является третьим субъектом любого отраслевого правоотношения. Речь идет о связи субъектов общественной жизни с государством более общего характера, об общих правоотношениях, возникающих, как правило, на основе конституционных норм⁴⁹. Называя концепцию трехстороннего правоотношения давно известной и опровергнутой⁵⁰, Л. С. Явич совершенно правильно определяет субъектный состав конкретных отраслевых охранительных правоотношений: «Государство в соответствии с законом обладает правом наказать преступника и потому является субъектом уголовно-правового отношения, осуществляя свое право через соответствующие органы. В иных правоотношениях государство лишь гарант исполнения юридических обязанностей, само в таковых не участвует»⁵¹.

⁴⁸ Иоффе О. С. Советское гражданское право: курс лекций. Л., 1958. С. 71–72.

⁴⁹ См., напр.: Матузов Н. И. Правовая система и личность. Саратов, 1978. С. 244–283.

⁵⁰ См.: Явич Л. С. Общая теория права. Л., 1976. С. 209.

⁵¹ Там же. С. 220.

Гражданские процессуальные правоотношения – разновидность организационных вертикальных (юрисдикционных) правоотношений, направленных на упорядочение (нормализацию) процессов в организуемых (в нашем случае охранительных материальных) правоотношениях. Суд, не являясь субъектом материальных правоотношений, исследует их предпосылки, субъектный состав и содержание, конкретизирует (в судебном решении как индивидуальном поднормативном регуляторе общественных отношений) право потерпевшего на защиту и корреспондирующую ему обязанность нарушителя права и обеспечивает их реализацию.

Глава III. Понятие и значение принципов гражданского процессуального права

Проблема принципов гражданского процессуального права начала активно разрабатываться советскими учеными-процессуалистами ещё в 50-х гг. прошлого века. Это одна из основополагающих категорий науки гражданского процессуального права.

Русский дореволюционный учёный А. Х. Гольмстен писал: «... Главнейшая задача преподавания юридических наук заключается в развитии в слушателях способности юридического мышления... Лицо, изучившее юридические науки, должно развить в себе способность находить в каждом общественном явлении его юридическую сторону и резкими чертами отделять эту сторону от других, способность разграничивать в юридических явлениях их элементы и сводить отдельные условия юридического бытия этих явлений к основным моментам их развития»⁵². Эта задача невыполнима без уяснения правовых принципов.

Правовые принципы тесно связаны с особенностями предмета и метода отрасли права. Но если предмет и метод дают наиболее общую характеристику отрасли права, то в принципах раскрываются основные особенности отрасли. П. Ф. Елисейкин считал, что любой отраслевой принцип есть концентрированное

⁵² Гольмстен А. Х. Учебник русского гражданского судопроизводства. Краснодар, 2004. С. 10.

выражение предмета и метода регулирования той отрасли, которую он представляет⁵³.

Обычно принципы права определяются как основные положения, выражающие общую направленность и наиболее существенные черты правового регулирования общественных отношений⁵⁴. Эти положения – не что иное, как идеи о том, каким должно быть правовое регулирование общественных отношений в той или иной сфере общественной жизни. Данные идеи зарождаются и формируются в сфере общественного правосознания⁵⁵. П. Ф. Елисейкин определял принципы гражданского процессуального права как обусловленные материальными условиями жизни общества руководящие идеи и представления народа о правосудии по гражданским делам⁵⁶. То, что народ в своем большинстве не знает юридической терминологии и конкретного содержания принципов, не означает, что это идеи политиков или учёных. Люди хорошо понимают, каким должно быть правосудие. Судебная защита должна быть доступной. При нарушении его прав каждый гражданин должен иметь возможность обратиться в суд, его должны известить о времени и месте судебного разбирательства, выслушать, дать возможность представить доказательства, воспользоваться услугами представителя; суд не должен отдавать предпочтения одной из сторон он должен объективно рассмотреть дело, установить действительные обстоятельства и т. д.

Таким образом, на уровне правосознания формируется содержание принципов законности, объективной истины, диспозитивности, состязательности, процессуального равноправия сторон и др. Эти идеи отражаются (концентрируются, формулируются) в трудах учёных и политиков, которые сами являются выразителями взглядов определённых классов, слоёв, социальных групп населения.

⁵³ См.: Елисейкин П. Ф. Предмет и принципы советского гражданского процессуального права: учеб. пособие. Ярославль, 1974. С. 57.

⁵⁴ См. напр.: Чечина Н. А. Принципы советского гражданского процессуального права // Правоведение. 1960. № 3. С. 78.

⁵⁵ См. напр.: Иванов О. В. Принцип объективной истины в советском гражданском процессе. М., 1964. С. 3–8.

⁵⁶ См.: Елисейкин П. Ф. Указ. соч. С. 58.

Не всякая идея о праве может быть названа принципом. Принципы – руководящие, глобальные идеи о правовом регулировании, определяющие его основные черты и тенденции развития права на данном этапе исторического развития. Идея о праве становится его принципом только при условии её закрепления нормативно в одной или (как правило) в целом комплексе норм права⁵⁷. В противном случае он остаётся всего лишь мнением одного или нескольких учёных.

Принципы гражданского процессуального права образуют «скелет» данной отрасли, который должен «обрастать» конкретными нормами. Если норма права будет противоречить принципам, она окажется мертворождённой, не будет применяться на практике. Так, в 1989 г. Верховным Советом СССР был принят закон «Об ответственности за неуважение к суду», который в одной из статей предусматривал возможность привлечь к ответственности в виде административного ареста за неявку в суд на 10 суток истца, ответчика, третьих лиц и др. участников процесса. Эта норма противоречила основным принципам гражданского процесса и никогда не применялась на практике. Судьи оказались мудрее законодателя.

В этой связи в науке был поставлен вопрос о соотношении правовых принципов и конкретных норм права. По мнению М. А. Гурвича, принцип права – это норма права, «но лишь с более общим и принципиальным содержанием»⁵⁸. Противоположного взгляда придерживался В. М. Горшенёв. Он полагал, что в праве наряду с нормами существуют нетипичные нормативные предписания (дефиниции, фикции, презумпции, преюдиции, принципы и т. д.), не имеющие структуры классической правовой нормы и предоставительно-обязывающего характера⁵⁹.

⁵⁷ См.: Иванов О. В. Указ. соч. С. 8–9; Чечина Н. А. Принципы советского гражданского процессуального права и их нормативное закрепление // Чечина Н. А. Избранные труды по гражданскому процессу. СПб., 2004. С. 266.

⁵⁸ Гурвич М. А. Лекции по советскому гражданскому процессу. М., 1950. С. 25.

⁵⁹ См.: Горшенёв В. М. Нетипичные нормативные предписания в праве // Советское государство и право. 1978. № 3. С. 113–118.

В этом споре, по нашему мнению, прав М. А. Гурвич и его сторонники. Любое нетипичное нормативное предписание представляет собой норму права, регулятор общественных отношений. Оно вполне может быть сформулировано по классической схеме правовой нормы. Их более краткое закрепление в законе – всего лишь вопрос законодательной техники.

Принципы права так же, как и нормы, являются регуляторами общественных отношений. Но если нормы права регулируют типичные отношения, то принципы – отношения более общего характера, которые Е. А. Крашенинников называет архитипичными отношениями⁶⁰. Правовые принципы задают общее направление правового регулирования, которому должно соответствовать регулирующее воздействие конкретных норм. Как правило, принципы права оказывают регулирующее воздействие на общественные отношения через конкретные нормы права. Однако они являются и самостоятельными регуляторами общественных отношений в случаях применения аналогии права.

Традиционно правовые принципы делят на общеправовые, межотраслевые и отраслевые. Часто выделяют ещё и принципы отдельных институтов права, что, по крайней мере, применительно к гражданскому процессуальному праву представляется сомнительным. Процессуальные принципы направляют весь ход процесса, проявляются в той или иной степени на всех стадиях процесса, во всех институтах гражданского процессуального права.

Обычно принципы гражданского процессуального права делят на судоустройственные и судопроизводственные (функциональные). К судоустройственным принципам относят осуществление правосудия только судом, независимость судей и подчинение их только закону, назначаемость судей, гласность судебного разбирательства, государственный язык судопроизводства и др. Поскольку эти принципы свойственны как гражданскому, так и уголовному процессу, их относят к межотраслевым.

Против отнесения этих принципов к системе принципов гражданского процессуального права высказался П. Ф. Елисей-

⁶⁰ См.: Крашенинников Е. А. Природа норм гражданского процессуального права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1983. С. 9.

кин: «Любой отраслевой принцип есть выражение предмета и метода правового регулирования. Поскольку не может быть такого положения, при котором одни и те же общественные отношения составляли бы предмет регулирования двух и более отраслей, постольку не может быть и так называемых межотраслевых принципов, присущих двум и более отраслям права»⁶¹. Поэтому П. Ф. Елисейкин относил судоустройственные принципы к принципам государственного права⁶².

Данное утверждение представляется ошибочным. Метод правового регулирования – это совокупность способов и средств воздействия права на общественные отношения. Отдельные способы и средства могут использоваться различными отраслями права. Однако их совокупность характерна только для конкретной отрасли права. Точно так же отдельные принципы могут быть регуляторами общественных отношений различных отраслей права, однако их система характерна только для данной отрасли права. Поэтому судоустройственные принципы следует отнести к принципам гражданского процессуального права.

Проблема системы судопроизводственных принципов гражданского процессуального права выходит за пределы данной статьи. Однако необходимо отметить, что в последнее время наметилась тенденция к существенному изменению порядка рассмотрения гражданских дел. Из состава суда исключены народные заседатели, судьи (за исключением мировых) не избираются, а назначаются президентом, суд освобождён от обязанности собирания доказательств, значительно расширены начала диспозитивности и состязательности, введен институт апелляции и т. д. Однако все эти изменения законодательства никоим образом не нарушают систему принципов гражданского процессуального права. Речь идёт не о ломке принципов, а об их совершенствовании, приспособлении к новым условиям существования страны.

⁶¹ Елисейкин П. Ф. Указ. соч. С. 63.

⁶² См.: Там же. С. 62.

Глава IV. Гражданские процессуальные правоотношения

Проблемы понятия, особенностей, структуры, предпосылок, объекта гражданских процессуальных правоотношений относятся к числу основополагающих проблем науки гражданского процессуального права. Без уяснения всех этих вопросов невозможно составить целостное представление о механизме правового регулирования гражданского процессуального права, механизме судебной защиты субъективных прав и законных интересов в гражданском процессе.

Первым из русских процессуалистов пристальное внимание на категорию «гражданское процессуальное правоотношение» обратил А. Х. Гольмстен, рассматривавший гражданский процесс вслед за немецким ученым О. Бюловым как «юридическое отношение, развивающееся по тем же ступеням, как и всякое другое правоотношение»⁶³. Цитируемый учебник явился первой попыткой последовательного проведения данной идеи в научной разработке гражданского процесса.

В советской науке гражданского процессуального права теория гражданских процессуальных правоотношений подверглась интенсивной научной разработке в 50–70-е гг. XX века⁶⁴. При этом советские процессуалисты опирались на понятие правоотношения, разработанное общей теорией права.

В настоящее время практически не вызывает сомнений, что правоотношения – это общественные отношения, урегулирован-

⁶³ Гольмстен А. Х. Указ. соч. С. 10.

⁶⁴ См., напр.: Мозолин В. П. Гражданско-процессуальные правоотношения по советскому праву: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1954; Чечина Н. А. Гражданские процессуальные отношения М., 1962; Джалилов Д. Р. Гражданское процессуальное правоотношение и процессуальные действия // Вопросы гражданского процессуального, гражданского и трудового права: Тр. ВЮЗИ. М., 1965. Т. 3; Зейдер Н. Б. Гражданские процессуальные правоотношения. М., 1966; Мельников А. А. Правовое положение личности в советском гражданском процессе. М., 1969; Елисейкин П. Ф. Гражданские процессуальные правоотношения. Ярославль, 1975.

ные нормами права⁶⁵. Преодолено имевшее место в науке понимание правоотношения как дополнительного регулятора общественных отношений, наряду с нормами права, связующего звена между нормами права и общественными отношениями в механизме правового регулирования, мнение о том, что право регулирует правоотношения, а через них – фактические общественные отношения⁶⁶. Правоотношения – не объект, а результат правового регулирования. Общественные отношения в результате правового регулирования приобретают правовую форму, становятся правовыми отношениями.

Понятие правоотношения неразрывно связано с проблемой его содержания. Относительно содержания правоотношений сложилось три основных точки зрения. Одни авторы считают таким содержанием фактические общественные отношения, состоящие из действий (бездействий) участников общественной жизни, т. е. поведение субъектов общественных отношений. Субъективные права и юридические обязанности рассматриваются в качестве внутренней формы правоотношений, в рамках которых осуществляется фактическое поведение⁶⁷.

Вторая группа ученых считает содержанием правоотношений субъективные права и юридические обязанности их субъектов. Фактическое поведение выступает формой реализации этих прав и обязанностей⁶⁸.

⁶⁵ См., напр.: Александров Н. Г. Законность и правоотношения в советском обществе. М., 1955. С. 98; Братусь С. Н. Предмет и система советского гражданского права. М., 1963. С. 14–15; Халфина Р. О. Общие учения о правоотношении. М., 1974. С. 51, 99; Марксистско-ленинская общая теория государства и права: Социалистическое право. М., 1973. С. 490. И др.

⁶⁶ См., напр.: Толстой Ю. К. К теории правоотношения. Л., 1959. С. 20.

⁶⁷ См., напр.: Александров Н. Г. Указ. соч. С. 102; Щеглов В. Н. Указ. соч. С. 16.

⁶⁸ См., напр.: Иоффе О. С., Шаргородский М. Д. Вопросы теории права. М., 1961. С. 219; Чечина Н. А. Указ. соч. С. 38; Елисейкин П. Ф. Предмет и принципы советского гражданского процессуального права. Ярославль, 1974. С. 37.

Наконец, третьи включают в содержание правоотношений как права и обязанности, так и фактическое поведение⁶⁹.

Более убедительной представляется вторая точка зрения. Право регулирует практическую деятельность участников общественной жизни, их поведение, точнее, **взаимодействие** между ними. Это поведение является проявлением сложившихся в обществе связей, отношений между людьми. В динамике общественных отношений поведение играет различную роль. С одной стороны, оно выступает как предпосылка общественных отношений, явление, порождающее их. С другой стороны, поведение является внешним проявлением, реализацией существующих между людьми общественных отношений. Необходимо учитывать, что конкретное поведение субъектов – это акт реализации их интересов, ради удовлетворения которых они и вступают в общественные отношения.⁷⁰ «Таким образом, **естественная необходимость, свойство человеческого существа**, в каком бы отчужденном виде они ни выступали, **интерес**, – вот что сцепляет друг с другом членов гражданского общества»⁷¹.

Признавая интерес личности юридически значимым, государство наделяет его носителя субъективным правом (мерой возможного поведения) для удовлетворения этого интереса, а на другую сторону общественного отношения возлагает юридическую обязанность (меру должного поведения). «Таким образом, интерес «стоит» за каждым субъективным правом, является целью его реализации. В противном случае наделение субъекта субъективным правом было бы бесцельным»⁷². Учитывая юридическое значение возникшей между участниками общественной

⁶⁹ См.: Клейнман Н. Ф. Советский гражданский процесс. М., 1954. С. 19; Мозолин В. П. О гражданско-процессуальном правоотношении // Сов. государство и право. 1955. № 6. С. 53; Джалилов Д. Р. Указ. соч. С. 27.

⁷⁰ См.: Керимов Д. А. Философские проблемы права. М., 1972. С. 120–121.

⁷¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 2. С. 134.

⁷² См.: Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. М., 1912. Вып. 3. С. 603; Чечот Д. М. Субъективное право и формы его защиты. Л., 1968. С. 34–35.

жизни фактической связи, государство путем правового регулирования ее (наделения ее участников субъективными правами и юридическими обязанностями, предусмотренными диспозицией правовой нормы) создает между ними юридическую связь – правоотношение. Следует поэтому согласиться с определением правоотношения, данным С. С. Алексеевым. Правовое отношение – это «возникающая на основе норм права индивидуализированная общественная связь между лицами, характеризуемая наличием субъективных юридических прав и обязанностей и поддерживаемая (гарантируемая) принудительной силой государства»⁷³.

Общественное отношение, а следовательно, и правовое отношение в случае урегулирования первого нормами права объективно существует и в том случае, когда реального поведения субъектов в рамках этого отношения не осуществляется. Родственные отношения не перестают быть реальностью и тогда, когда родственники не общаются между собой, не участвуют в воспитании детей, не помогают друг другу материально и т. п. Обязательство по поставке продукции, аренде не перестают быть правовой реальностью даже в том случае, если эти обязательства не исполняются. Брак не перестает быть юридическим отношением и в том случае, если он фактически распался (действует запрет вступления в другой брак, презумпция отцовства лица, состоящего в браке и т. п.). В случае приостановления производства по гражданскому делу никаких процессуальных действий, как правило, не совершается. Однако лица, участвующие в деле, остаются субъектами процессуальных правоотношений, занимают в них процессуальное положение стороны, третьего лица и т. п. Юридическая ответственность как обязанность претерпеть юридически неблагоприятные последствия правонарушения и охранительное правоотношение, в рамках которого она существует, возникают в момент совершения правонарушения, однако могут остаться нереализованными (правонарушитель не найден, потерпевший отказался от привлечения его к ответственности и т. п.).

Не спасает положение утверждение, что в подобных случаях содержанием правоотношения выступает бездействие его субъек-

⁷³ Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 2. М., 1982. С. 82.

ектов как разновидность поведения⁷⁴. Такое утверждение можно было бы принять, если встать на позицию сторонников теории «содержания правоотношения – поведение», если рассматривать бездействие как реализацию пассивной обязанности (например, обязанности всех и каждого не препятствовать собственнику реализовать свое право в абсолютных правоотношениях собственности). Однако в приведенных выше случаях бездействие лежит за пределами правовой связи. Более того, оно может влечь возникновение новых, охранительных правоотношений, новых прав и обязанностей. Неисполнение обязанностей по поставке продукции, по внесению арендной платы порождает обязанность возместить убытки, претерпеть установленные законом или договором санкции. Бездействие в этих случаях никак не может рассматриваться содержанием регулятивных правоотношений, актом их реализации, поскольку прямо противоположно цели создания регулятивных правоотношений.

Не снимает противоречий между сторонниками первой и второй теорий содержания правоотношений третья теория, включающая в содержание правоотношений как права и обязанности, так и поведение их субъектов, поскольку в этом случае в рамках одного понятия объединяются различные явления, определяемые категориями «возможность» и «действительность».

Вероятно, выход состоит в рассмотрении правовых отношений в процессе их развития – в статике и динамике. Правовые отношения в статике – правовая связь прав и обязанностей их участников. Права и обязанности – это тоже поведение, но не действительное, а возможное, поведение в будущем. Внутренним объектом таких правоотношений выступает то, на что направлено их содержание (права и обязанности) – поведение обязанных лиц правоотношения⁷⁵. Правоотношение в динамике – правовая

⁷⁴ См.: Щеглов В. Н. Указ. соч. С. 32; Крашенинников Е. А. О содержании и форме гражданского процессуального правоотношения // Проблема защиты субъективных прав и советское гражданское судопроизводство. Ярославль, 1976. Вып. 1. С. 114.

⁷⁵ См.: Сабо И. Социалистическое право. М., 1964. С. 343; Елисейкин П. Ф. Предмет судебной деятельности в советском гражданском процессе: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Л., 1974. С. 7.

связь на стадии ее реализации, когда права и обязанности проявляются в реальном поведении участников этой связи. Поведение участников на данной стадии становится содержанием реализуемого правового отношения⁷⁶.

В любом случае рассмотрение правоотношения как правовой связи прав и обязанностей имеет первостепенное значение для правовой науки и юридической практики. Оно позволяет четко определить момент возникновения и прекращения правоотношения, его субъектов, их взаимные права и обязанности, правовые последствия их неосуществления и неисполнения.

Гражданские процессуальные правоотношения – это урегулированные нормами гражданского процессуального права общественные отношения, общественные связи, возникающие в процессе осуществления правосудия по гражданским делам. Исходя из общетеоретического понимания правоотношений, наука гражданского процессуального права исследует их специфические особенности.

Большинство ученых-процессуалистов полагает, что обязательным субъектом любого гражданского процессуального правоотношения является суд⁷⁷. Соглашаясь с этим утверждением как общим правилом, ряд ученых, тем не менее, считает, что в некоторых случаях гражданские процессуальные правоотношения могут складываться без участия суда, напрямую между другими участниками гражданского процесса⁷⁸. В качестве примеров при-

⁷⁶ См.: Элькинд П. С. Сущность советского уголовного процессуального права. Л. 1963. С. 24–26; Ткаченко Ю. Г. Методологические вопросы теории правоотношений. М., 1980. С. 94; Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 2. С. 97–98.

⁷⁷ «Никаких отношений между тяжущимися в процессе быть не может, если бы таковые были, то процесс лишился бы своего публично-правового характера, он стал бы отношением между частными лицами» (Гольмстен А. Х. Указ. соч. С. 18). См. также: Васьковский Е. В. Учебник гражданского процесса. М., 1914. С. 250–251; Чечина Н. А. Указ. соч. С. 67; Щеглов В. Н. Указ. соч. С. 56; Курс советского гражданского процессуального права. М., 1981. Т. 1. С. 209; и др.

⁷⁸ См., напр.: Ильинская И. М. Участие третьих лиц в советском гражданском процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1952. С. 4–5; Жеруолис И. А. Сущность советского гражданского процесса. Вильнюс, 1969. С. 60 – 62, и др.

водятся право сторон задавать вопросы друг другу, заключать мировое соглашение, изменять территориальную подсудность дел, передавать дело при взаимном согласии сторон на рассмотрение третейского суда, право доверителя определять круг процессуальных положений представителя и т. п. Следует согласиться с учеными, полагающими, что и в этих случаях суд является обязательным участником гражданских процессуальных правоотношений⁷⁹. Между другими участниками процесса могут существовать лишь фактические (не урегулированные правом) отношения или материальные правоотношения. Участники процесса все вопросы друг другу задают через суд. Суд может снять вопрос, не относящийся к делу, тем самым освободив участника процесса от ответа на него. Это право суда прямо не закреплено ГПК РФ, но вытекает из руководящей роли председательствующего в судебном заседании, который устраняет из судебного разбирательства все, что не имеет отношения к рассматриваемому делу (ч. 2 ст. 156 ГПК РФ). Мировое соглашение – гражданско-правовая сделка, которая должна соответствовать всем правилам гражданского права⁸⁰. В литературе судебное мировое соглашение рассматривается как разновидность мировых соглашений (наряду с внесудебными), имеющее определенную специфику (осуществляется под контролем суда, не может быть изменено сторонами без отмены судебного акта и т. п.)⁸¹, что, тем не менее, не изменяет его материально-правового характера.

Материально-правовой характер носит соглашение сторон о передаче дела на рассмотрение третейского суда. Оно может заключаться в виде отдельного договора или включаться в гражданско-правовой договор между сторонами в виде отдель-

⁷⁹ См., напр.: Ивакин В. Н. О некоторых особенностях гражданских процессуальных правоотношений // Актуальные проблемы защиты субъективных прав граждан и организаций. М., 1985. С. 30–34

⁸⁰ См., напр.: Советский гражданский процесс / под ред. М. А. Гурвича. М., 1967. С. 149 (автор главы – М. А. Гурвич).

⁸¹ См., напр.: Пилехина Е. В. Мировое соглашение в практике арбитражного суда и суде общей юрисдикции: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2001. С. 9; Лазарев С. В. Мировое соглашение в гражданском судопроизводстве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006. С. 10, и др.

ного его пункта, т. е. еще до обращения в суд, до возникновения процессуальных правоотношений. Стороны могут прийти к соглашению о передаче дела на рассмотрение третейского суда и после возбуждения дела, до принятия судом первой инстанции судебного постановления, которым заканчивается рассмотрение гражданского дела по существу (п. 3 ст. 3 ГПК РФ). Это влечет оставление искового заявления без рассмотрения (ст. 222 ГПК РФ). И в этом случае материально-правовой характер соглашения не меняется. Ходатайство об утверждении мирового соглашения выступает в роли юридического факта, прекращающего процессуальные правоотношения сторон с судом.

Такова же природа соглашения сторон об изменении территориальной подсудности дела (договорная подсудность), которое возможно только до принятия дела судом к своему производству (ст. 32 ГПК РФ) и влечет возвращение искового заявления истцу в связи с неподсудностью дела данному суду (п. 2 ч. 1 ст. 135 ГПК РФ).

Материально-правовой (а не процессуальный) характер носят отношения между представителем и представляемым. Они регулируются нормами гражданского, семейного, трудового права. Так, договоры об оказании юридической помощи являются разновидностью договора на возмездное оказание услуг (ст. 779 ГК РФ)⁸². Глава 5 ГК РФ «Представительство в суде» регулирует не процессуальные отношения между представителем и представляемым, а отношения представителя с судом (основания возникновения правоотношения представителя с судом, процессуальные последствия совершения представителем каких-либо действий, обязанность суда не придавать юридического значения действиям представителя, совершенным с превышением его полномочий и т. п.).

В ходе рассмотрения гражданского дела возникают многочисленные процессуальные правоотношения между судом и другими участниками гражданского процесса. Эти связи образуют определенное единство, отличающее процесс по данному делу от процесса по рассмотрению других гражданских дел. В теории существуют различные подходы для обозначения этого единства.

⁸² См.: Постановление Конституционного Суда РФ № 1 – П от 23.01.2007 // РГ. 2007. 2 февр.

М. А. Гурвич последовательно отстаивал идею о том, что все гражданские процессуальные правоотношения по конкретному делу объединяются в единое сложное, комплексное гражданское процессуальное правоотношение⁸³. Другие авторы считают такой подход упрощенным и говорят о системе правоотношений, складывающихся в ходе рассмотрения гражданского дела⁸⁴.

Правоотношение – многоплановое, многоаспектное явление. В ходе правового регулирования складываются правовые отношения различной степени общности и сложности. Поэтому следует согласиться с авторами, полагающими, что принципиальной разницы между определением процесса как сложного правоотношения и его определением как системы правоотношений нет⁸⁵. Термином «гражданские процессуальные правоотношения» обозначаются, как минимум, три понятия. Во-первых, это элементарные правоотношения, в рамках которых осуществляется одно процессуальное право и одна процессуальная обязанность. Предъявление иска порождает обязанность суда дать ответ на исковое заявление (принять его к своему производству, отказать в принятии заявления, возвратить заявление и т. п.). Заявленное стороной ходатайство обязывает суд рассмотреть его и удовлетворить или отказать в удовлетворении и т. п. Во-вторых, термином «гражданские процессуальные правоотношения» охва-

⁸³ См.: Гурвич М. А. К вопросу о предмете науки советского гражданского процесса // Учен. зап. ВИЮН. М., 1955. Вып. 4. С. 51; Его же. Основные черты гражданского процессуального правоотношения // Сов. государство и право. 1972. № 2. С. 31; Его же. Судебное решение: Теоретические проблемы. М., 1976. С. 6; См. также: Мозолин В. П. Указ. соч. С. 55; Щеглов В. Н. Советское гражданское процессуальное право: лекции для студентов. Томск, 1976. С. 57.

Это утверждение основывается на концепции О. Бюлова и построенных на ее основе теориях русских дореволюционных процессуалистов (см.: Гольмстен А. Х. Указ. соч. С. 15–24; Васьковский Е. В. Указ. соч. С. 250–251; и др.).

⁸⁴ См.: Чечина Н. А. Указ. соч. С. 56–63; Зейдер Н. Б. Указ. соч. С. 11; Курс советского гражданского процессуального права. С. 183–186.

⁸⁵ См.: Елисейкин П. Ф. Предмет и принципы советского гражданского процессуального права. Ярославль, 1974. С. 36.

тываются системы (группы) элементарных правоотношений: «суд – истец»; «суд – ответчик»; «суд – прокурор» и т. д. Это цепочки элементарных правоотношений, связывающие суд со всеми остальными участниками процесса⁸⁶. Системы элементарных процессуальных правоотношений объединяются в единое сложное гражданское процессуальное правоотношение⁸⁷. «Процессуальное право, – писал немецкий процессуалист профессор О. Бюлов, – определяет права и обязанности суда и сторон в их взаимных отношениях. Но этим самым говорится, что процесс есть соотношение прав и обязанностей, т. е. юридическое отношение⁸⁸. Данный вывод поддерживается многими дореволюционными, советскими и современными процессуалистами⁸⁹.

Все гражданские процессуальные правоотношения по конкретному делу объединяются в единый комплекс (сложное гражданское процессуальное правоотношение) тем, что обязательным субъектом любого процессуального правоотношения является суд. В рамках этого правоотношения реализуется сложное гражданское процессуальное право на обращение в суд за защитой (ст. 3 ГПК РФ), состоящее из множества элементарных процессуальных прав, реализуемых в ходе судебного процесса, и корреспондирующая ему сложная процессуальная обязанность суда осуществлять правосудие⁹⁰. Право

⁸⁶ См.: Курс советского гражданского процессуального права. С. 184–185.

⁸⁷ См.: Елисейкин П. Ф. Гражданские процессуальные правоотношения. С. 10.

⁸⁸ Цит. по: Васьковский Е. В. Учебник гражданского процесса. М., 1914. С. 250.

⁸⁹ См., напр.: Гольмстен А. Х. Учебник русского гражданского судопроизводства. С. 15–24; Васьковский Е. В. Указ. соч. С. 250–251; Гурвич М. А. Основные черты гражданского процессуального правоотношения. С. 31; Протасов В. Н. Гражданский процесс с позиции системного подхода (методологический аспект): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1979. С. 6; Его же. Правоотношение как система М., 1991. С. 137; Евстифеева Т. И. Гражданские процессуальные правоотношения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2001. С. 15; и др.

⁹⁰ См.: Елисейкин П. Ф. Гражданские процессуальные правоотношения. С. 8–9.

на обращение в суд нельзя смешивать, как это часто делается не только в теории, но и в практике Конституционного Суда РФ, Верховного суда РФ и Высшего Арбитражного суда РФ, с закрепленным в ст. 46 Конституции РФ правом на судебную защиту. Право на обращение в суд принадлежит лицу, заинтересованному в рассмотрении конкретного гражданского дела, имеет установленные ГПК РФ предпосылки (ст. 134 ГПК РФ), корреспондирует обязанности суда осуществлять правосудие, реализуется в рамках гражданских процессуальных правоотношений. Конституционное право на судебную защиту принадлежит каждому гражданину с момента его рождения независимо от того, возникнет ли у гражданина когда-либо потребность в правосудии. Это элемент его правового статуса. Данное право осуществляется в рамках конституционных правоотношений гражданина с государством. Ему корреспондирует обязанность государства создать правовой режим, обеспечивающий в случае необходимости эффективную судебную защиту прав и интересов гражданина (предусмотреть в материальном законодательстве способы защиты прав и интересов, в процессуальном законодательстве – эффективный порядок судебной защиты, создать систему судов, поддерживать в надлежащем состоянии и совершенствовать перечисленные три компонента⁹¹).

Закрепление конституционного права на судебную защиту в ст. 57 Конституции СССР и ст. 46 Конституции РФ сыграло огромную роль в расширении доступа к судебной защите путем совершенствования отраслевого законодательства (материального и процессуального) и судебной практики. Однако это не дает оснований считать его непосредственно реализующимся в гражданских процессуальных правоотношениях.

Сложное гражданское процессуальное правоотношение имеет свой внутренний объект – деятельность суда по отправлению правосудия и внешний объект или предмет судебной деятельности – гражданское дело, включающее в себя комплекс матери-

⁹¹ См.: Крашенинников Е. А. Конституционное право граждан на судебную защиту // Проблемы защиты субъективных прав и советское гражданское судопроизводство. Ярославль, 1981. С. 36.

альных правоотношений, исследуемых, принудительно осуществляемых и защищаемых судом⁹².

Материальные отношения могут складываться в общественной жизни, исходя из социальных потребностей людей, и регулироваться не правовыми, а иными социальными нормами (обычаями, традициями, нормами морали и т. п.). В дальнейшем государство, признавая их целесообразность, включает их в сферу правового регулирования, придавая им характер правоотношений. Так происходило с отношениями торгового оборота, некоторыми семейными отношениями (например, с приданием юридического значения фактическим брачным отношениям в СССР в 1926–1944 гг., с узаконением однополых браков в некоторых странах, с закреплением в законодательстве религиозных норм в мусульманских странах). В гражданском процессе такая ситуация невозможна. Судебное разбирательство происходит в строго определенной процессуальной форме. В судебном процессе возможно только поведение, предусмотренное процессуальными нормами, что является проявлением основополагающего принципа гражданского процессуального права – принципа законности. Законодатель заранее программирует судебный процесс. Поэтому процессуальные отношения сразу возникают в правовой форме, в форме гражданских процессуальных правоотношений⁹³. «Ребенок рождается в рубашке». Не изменилось положение и в связи с закреплением в ч. 4 ст. 1 ГПК РФ возможности преодоления пробелов процессуального права с помощью аналогии процессуального закона и процессуального права. При пробеле в процессуальном законодательстве процессуальные отношения не исключаются из механизма правового регулирования гражданского процессуального права, к ним

⁹² См.: Елисейкин П. Ф. Предмет судебной деятельности в советском гражданском процессе (его понятие, место и значение): автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Л., 1974. С. 11; Его же. Понятие и содержание гражданского дела// Вопросы теории и практики гражданского процесса. Саратов, 1976. Вып. 1. С. 83 и след.; Бутнев В. В. Реализация юридической ответственности в гражданском процессе. Ярославль., 1985. С. 82.

⁹³ См.: Елисейкин П. Ф. Предмет и принципы советского гражданского процессуального права. Ярославль, 1974. С. 24–26.

применяются нормы, регулирующие сходные процессуальные отношения (аналогия закона) или принципы осуществления правосудия (аналогия права⁹⁴).

До сих пор дискуссионен в науке вопрос о характере гражданских процессуальных правоотношений, напрямую связанный с характеристикой метода гражданского процессуального права. Мы солидарны с авторами, рассматривающими метод правового регулирования в качестве совокупности способов, приемов, средств воздействия права на регулируемые им общественные отношения⁹⁵. Основным, главным компонентом отраслевого метода правового регулирования является характер правового положения субъектов данной отрасли права (строятся отношения между ними на основе юридического равенства или власти и подчинения)⁹⁶.

Большинство процессуалистов полагает, что гражданские процессуальные правоотношения – это отношения власти и подчинения, властеотношения, господствующее положение в которых занимает суд как орган, осуществляющий судебную власть.⁹⁷ Однако есть и другое мнение. Большое внимание на развитие процесса оказывает гражданский процессуальный принцип диспозитивности, в соответствии с которым движение процесса во многом зависит от волеизъявления сторон, суд в значительной мере связан этим волеизъявлением. Как суд, так и стороны заинтересованы в установлении истины по делу, в вынесении законного решения. Поэтому гражданские процессуальные правоотношения рассматриваются некоторыми учеными в качестве отношений сотрудничества суда с другими участниками процесса⁹⁸.

⁹⁴ См.: Евстифеева Т. И. Указ. соч. С. 10–11

⁹⁵ См.: Алексеев С. С. Общая теория права. М., 1981. Т. 1. С. 296; Система советского права и перспективы ее развития: «Круглый стол» журнала «Советское государство и право» // Сов. государство и право. 1982. № 6. С. 92, 99, 106 и др.

⁹⁶ См.: Алексеев С. С. Общая теория права. М., 1981. Т. 1. С. 295.

⁹⁷ См., напр.: Курс советского гражданского процессуального права. С. 187.

⁹⁸ См.: Гурвич М. А. Основные черты гражданского процессуального правоотношения. С. 30 и след.; Комаров В. В. Правовое положение субъектов в гражданском процессуальном правоотношении // Пробле-

Гражданское процессуальное право – надстройка над материальным гражданским (в широком смысле) правом. Метод гражданского процессуального права во многом произведен от метода гражданского материального права. Специфика метода гражданского процессуального права определяется двуединой сущностью гражданского судопроизводства, которое, с одной стороны, выступает формой правосудия, а с другой стороны, формой защиты субъективных гражданских прав⁹⁹. Поэтому в методе гражданского процессуального права органически сочетаются элементы императивности и диспозитивности. Это, однако, не опровергает вывода о руководящей роли суда в гражданском процессе. Только суд осуществляет судебную власть, только на нем лежит обязанность устанавливать истину по делу, обязанность осуществлять правосудие¹⁰⁰. Именно этим определяются повышенные требования, предъявляемые к судьям, и особые гарантии их деятельности. Поэтому гражданские процессуальные правоотношения по своему характеру, несомненно, являются отношениями власти и подчинения, властеотношениями.

Не следует отождествлять судебное руководство процессом с государственным принуждением, трактовать последнее слишком

мы правоведения. Киев, 1979. Вып. 40. С. 70–77; Боннер А. Т. Соотношение властности и диспозитивности в развитии гражданских процессуальных правоотношений // Актуальные проблемы защиты субъективных прав граждан и организаций. М., 1985. С. 17–29.

⁹⁹ Елисейкин П. Ф. Предмет и принципы советского гражданского процессуального права. С. 5; Бутнев В. В. Метод гражданского процессуального права и гражданская процессуальная ответственность // Юридические записки Ярославского гос. ун-та им. П. Г. Демидова. Ярославль, 1997. Вып. 1. С. 65–66.

¹⁰⁰ Е. В. Васьковский писал: «Хотя в гражданском процессе сторонам предоставлено право свободного распоряжения объектом спора и средствами борьбы (по принципу диспозитивности), хотя самостоятельности их открыт широкий простор, но все-таки господствующее положение в процессе принадлежит суду как потому, что он – представитель государственной власти, которой подчинены стороны, так и потому, что действия сторон сводятся, в сущности, к тому, чтобы возбудить деятельность суда и дать ему материалы для постановления правильного решения». Васьковский Е. В. Указ. соч. С. 150.

широко. Так, Д. Г. Нохрин определяет гражданское процессуальное принуждение как «применяемый судом в отношении участников процесса метод управления, основанный на императивном методе правового регулирования (как части комплексного метода гражданского процессуального права), содержание которого составляет властное физическое, имущественное или иное воздействие, реализуемое в установленных процессуальным законом формах¹⁰¹. Необходимо разграничивать понятия правового регулирования и государственного принуждения. Правовое регулирование – наделение участников общественных отношений субъективными правами и юридическими обязанностями. Возложение на лицо юридической обязанности практически всегда связано с определенным неудобством для него, поскольку «сковывает» его поведение, направляет его в определенное русло. Однако это нормальное последствие правового регулирования. Ограничение свободы поведения лица осуществляется в интересах общества, а часто и в интересах самого обязанного лица (например, правила дорожного движения). Обычно юридические обязанности реализуются добровольно в рамках регулятивных правоотношений, опосредующих нормальное, позитивное поведение участников общественной жизни. Государственное принуждение – резервное средство, элемент механизма защиты субъективных прав и интересов. Оно включается в случаях, когда в регулятивном блоке механизма правового регулирования возникают «перебои», юридические обязанности не исполняются добровольно.

Гражданский процесс выполняет охранительную функцию в отношении защищаемых им материальных правоотношений. Однако, рассматривая гражданское процессуальное право в качестве самостоятельного объекта научного исследования в отрыве от материального права, следует прийти к выводу, что процессуальные нормы неоднородны. Одни из них (регулятивные) регулируют нормальное развитие процесса. Другие (охранительные процессуальные нормы) включаются в действие при нарушении регулятивных процессуальных прав и неисполнении процессу-

¹⁰¹ Нохрин Д. Г. Государственное принуждение в гражданском судопроизводстве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 18.

альных обязанностей. Две эти группы норм реализуются в рамках регулятивных и охранительных гражданских процессуальных правоотношений¹⁰². О процессуальном принуждении можно говорить только как об элементе охранительного блока механизма гражданского процессуального регулирования.

Практически о том же самом, с применением иной терминологии, пишет А. В. Юдин: «В широком (или в позитивном) смысле весь гражданский процесс представляет собой систему процессуального принуждения, когда суд, занимая руководящее положение, направляет процессуальную деятельность в нужное русло для достижения задач и целей гражданского судопроизводства... В узком (или в негативном) смысле гражданское процессуальное принуждение сводится к правовому принуждению, следующему за нарушением гражданских процессуальных обязанностей»¹⁰³.

Мы полагаем, что нельзя относить к мерам принуждения, как это делает Д. Г. Нохрин, привлечение к участию в деле ответчика, третьих лиц, свидетелей, истребование документов и т. п.¹⁰⁴, хотя во всех этих случаях, так же как в праве суда задавать вопросы участникам процесса, определять порядок исследования документов, удовлетворять заявленные ходатайства или отказывать в их удовлетворении, разрешать или запрещать фотосъемку, видеозапись, телерадиотрансляцию судебного заседания, несомненно, проявляется властный характер гражданских процессуальных правоотношений.

С характером гражданских процессуальных правоотношений связана проблема соотношения прав и обязанностей суда с другими участниками процесса.

Русские дореволюционные процессуалисты вслед за О. Бюловым занимали в этом вопросе противоречивую позицию. С одной стороны, они исходили из того, что процессуальные права сторон являются средством защиты их материальных

¹⁰² См.: Елисейкин П. Ф. Процессуальная норма и ее диспозиция // Проблемы защиты субъективных прав и советское гражданское судопроизводство. Ярославль, 1979. С. 40–41.

¹⁰³ Юдин А. В. Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве. СПб., 2005. С. 136–137.

¹⁰⁴ См.: Нохрин Д. Г. Указ. соч. С. 22–23, 180–183.

прав, которые находятся в свободном распоряжении стороны. Поэтому «в процессе права предоставлены сторонам, чисто процессуальных обязанностей они не несут, а на суде лежат только обязанности процессуальные, причем большинство этих обязанностей им исполняются не *proprio motu ex officio*, а по требованию сторон»¹⁰⁵. С другой стороны, те же ученые поддерживали публично-правовой характер процессуальных правоотношений, выделяли принцип судейского руководства в гражданском процессе, классифицировали по группам процессуальные права суда, отмечали обязанность сторон подчиняться формальному руководству и дисциплинарной власти суда, рассматривали права и обязанности суда в их неразрывном единстве (права суда одновременно являются его обязанностями)¹⁰⁶.

Нормы гражданского процессуального права и возникающие на их основе гражданские процессуальные правоотношения являются разновидностью правовых норм и правоотношений, обладают всеми их признаками. Из предоставительно-обязывающего характера гражданских процессуальных норм следует, что гражданские процессуальные правоотношения – корреляция (взаимная связь, соотношение) процессуальных прав и обязанностей. Этому общепризнанному положению не соответствует оригинальная теория М. А. Гурвича. Он считает, что лица, участвующие в деле, по общему правилу, юридических процессуальных обязанностей не несут. Нормы права не принуждают, а лишь побуждают их к совершению определенных действий. С другой стороны, и суд в гражданском процессе не несет обязанностей перед участвующими в деле лицами, т. к. у последних право на санкцию исполнения судом его обязанностей по правосудию отсутствует. Свои обязанности суд несет только перед государством¹⁰⁷. Впоследствии М. А. Гурвич довел свою концепцию до логического конца. Полагая, что судьи независимы и подчиня-

¹⁰⁵ Гольмстен А. Х. Указ. соч. С. 18. См. также: Васильковский Е. В. Указ. соч. С. 246–247.

¹⁰⁶ См.: Гольмстен А. Х. Указ. соч. с. 18; Васильковский Е. В. Указ. соч. С. 150–151, 244–252.

¹⁰⁷ См.: Гурвич М. А. Гражданские процессуальные правоотношения и процессуальные действия // ВЮЗИ. М., 1965. Т. 3. С. 73–75.

ются только закону, он утверждал, что суд не несет юридических обязанностей ни перед кем (в том числе, и перед государством)¹⁰⁸.

Критики теории М. А. Гурвича справедливо отмечали, что она разрушает само понятие гражданских процессуальных правоотношений. По замечанию Ю. К. Толстого, суд в трактовке М. А. Гурвича оказывается в отношениях с самим собой¹⁰⁹. М. А. Гурвич исходит из слишком узкой трактовки санкции правовой нормы как указания на меру государственного принуждения. Если исходить из более верного широкого понимания санкции как указания на любые юридически неблагоприятные последствия нарушения диспозиции нормы, то все «связанности», «побуждения» и т. п. явления, за которыми скрывается установленное правом долженствование определенного поведения, оказываются не чем иным, как процессуальными юридическими обязанностями¹¹⁰.

Исходя из изложенного выше понимания сложного гражданского процессуального правоотношения, можно сделать вывод, что комплексное право на обращение в суд за судебной защитой (элемент его содержания) в конкретных гражданских процессуальных правоотношениях проявляется в виде конкретных процессуальных прав и обязанностей.

Суд в гражданском процессе обладает компетенцией – совокупностью властных полномочий, в рамках которой права и обязанности трудно отделимы друг от друга. Отправление правосудия – право и обязанность суда, осуществляемое в рамках сложного гражданского процессуального правоотношения. В рамках конкретных процессуальных правоотношений с участниками процесса она проявляется в конкретных процессуальных правах или обязанностях.

¹⁰⁸ См.: Гурвич М. А. Судебное решение. Теоретические проблемы. С. 7–8.

¹⁰⁹ См.: Толстой Ю. К. К теории правоотношения. С. 34.

¹¹⁰ Критику теории М. А. Гурвича см.: Елисейкин П. Ф. Процессуальная норма и ее диспозиция. С. 42–52.

Глава V. Юридические факты в гражданском процессуальном праве

При исследовании юридических фактов в гражданском процессуальном праве следует, во-первых, опираться на общетеоретическое определение юридических фактов (как всякая отраслевая юридическая наука гражданская процессуальная наука не должна создавать свой собственный понятийный аппарат, противоречащий базовым общетеоретическим категориям) и, во-вторых, раскрывать специфику гражданских процессуальных юридических фактов.

Юридические факты занимают важное место в механизме правового регулирования. Специфика юридических фактов является одной из характеристик метода правового регулирования отрасли права. Метод правового регулирования как наиболее общая характеристика отрасли права не может быть сведен к какой-либо одной черте или специфической особенности отрасли. Это именно совокупность всех основных способов, приемов, средств воздействия отрасли права на общественные отношения. При такой трактовке метод правового регулирования не только служит дополнительным (наряду с предметом правового регулирования) критерием разграничения отраслей права, но и имеет важное методологическое значение для изучения общих тенденций развития той или иной отрасли, совершенствования на этой основе законодательства, поскольку наиболее ярко воплощает в себе специфические особенности ее юридического режима. Специфические черты отраслевого метода регулирования концентрированно выражаются в правовом положении субъектов, в основаниях формирования правоотношений, способах определения их содержания и юридических санкциях той или иной отрасли права¹¹¹. Исходя из двуединой сущности гражданского судопроизводства (оно одновременно является формой защиты субъективных гражданских прав и формой правосудия) метод гражданского процессуального права характеризуется органическим слиянием начал диспозитивности и императивности. Динамику

¹¹¹ См.: Алексеев С. С. Общая теория права. М., 1981. Т. 1. С. 245–246, 295.

процессуальных правоотношений определяет поведение как лиц, участвующих в деле, так и суда.

Традиционно под юридическими фактами понимаются конкретные обстоятельства, с наступлением которых нормы права связывают возникновение, изменение и прекращение правоотношений¹¹². В науке гражданского процессуального права категория юридического факта используется при исследовании динамики гражданских процессуальных правоотношений (их возникновения, изменения и прекращения), рассматривается как предпосылка гражданских процессуальных правоотношений, как предусмотренное законом фактическое обстоятельство, порождающее, наряду с нормами гражданского процессуального права и гражданской процессуальной правоспособностью, правовые последствия¹¹³. Наиболее полное исследование роли юридических фактов в механизме гражданского процессуального права проведено В. В. Ярковым в его докторской диссертации¹¹⁴.

Отличная от общепринятого мнения точка зрения высказана Е. А. Крашенинниковым. Он попытался вывести понятие юридического факта из структуры правовой нормы. Юридический факт фиксируется в гипотезе правовой нормы. Гипотеза содержит указание на условия, при наличии которых возникают права и обязанности, предусмотренные диспозицией. Поэтому юридические факты следует определять как предусмотренные гипотезами правовых норм обстоятельства, с наличием которых диспозиция норм связывает возникновение субъективных прав и обязанностей. Правооб-

¹¹² См.: Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 1. С. 163.

¹¹³ См., напр.: Чечина Н. А. Гражданские процессуальные отношения // Чечина Н. А. Избранные труды по гражданскому процессу. СПб, 2004. С. 62; Елисейкин П. Ф. Гражданские процессуальные правоотношения. Ярославль, 1975. С. 34; Курс советского гражданского процессуального права / под ред. А. А. Мельникова. М., 1981. Т. 1. С. 192.

¹¹⁴ См.: Ярков В. В. Юридические факты в механизме реализации норм гражданского процессуального права: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 1992; Его же. Юридические факты в механизме реализации норм гражданского процессуального права: моногр. Екатеринбург, 1992.

разующих и правоизменяющих юридических фактов нет¹¹⁵. Естественно, Е. А. Крашенинников не может отрицать, что правоотношения имеют обыкновение не только возникать, но и изменяться и прекращаться, причем такое изменение и прекращение связано с предусмотренным законом фактическими обстоятельствами (смерть гражданина, прекращение отношений собственности в связи с уничтожением вещи действиями природных сил, прекращение обязательства невозможностью исполнения, изменение и расторжение договора по соглашению сторон, прекращение производства по гражданскому делу и т. п.) Однако, поскольку все эти обстоятельства не вписываются в его определение юридических фактов, они «обнимаются более общим понятием юридически значимых фактов»¹¹⁶. Какое место эти юридически значимые факты занимают в структуре правовой нормы и каково принципиальное отличие их роли в динамике правоотношения, Е. А. Крашенинников не объясняет, а без этого спор приобретает чисто терминологический характер, не имеющий никакого теоретического и уж тем более практического значения.

Юридическими фактами в гражданском процессуальном праве, как и в любой другой отрасли права, могут быть действия и события. Особо важное значение имеет поведение (действия и бездействие) субъектов процесса. Можно согласиться с П. Ф. Елисейкиным в том, что процессуальные действия нельзя рассматривать только в качестве юридических фактов. «В одном элементарном процессуальном правоотношении они могут выступать еще как средство реализации субъективных прав и обязанностей суда и участников процесса, в другом элементарном правоотношении они служат основанием (предпосылкой), а в третьем – тем, на что направлены субъективные права и обязанности (т. е. объектом правоотношения). Этими качествами про-

¹¹⁵ См.: Крашенинников Е. А. Юридические факты в гражданском процессуальном праве // Предмет процессуальной деятельности в суде и арбитраже. Ярославль, 1985. С. 57–60; Его же. Этюды о природе юридических фактов // Методологические проблемы теории юридических фактов: тез. V обл. науч.-практ. конф. молодых ученых и специалистов, 3–6 февр. 1988 г. Ярославль, 1988. С. 3.

¹¹⁶ Крашенинников Е. А. Этюды о природе юридических фактов. С. 3.

цессуальных действий объясняется механизм «сцепления» элементарных гражданских процессуальных правоотношений и их объединение в сложное правоотношение»¹¹⁷.

Поведение всех участников процесса имеет юридическое значение. Правдивые показания свидетелей способствуют достижению цели правосудия – установлению истины, квалифицированное руководство ходом процесса – соблюдению сроков рассмотрения дела, корректное поведение судьи – формированию уважительного отношения к закону и суду, т. е. достижению одной из задач судопроизводства (ст. 2 ГПК РФ). Однако подобное поведение не играет роли юридических фактов, поскольку не влияет на динамику процессуальных правоотношений. Отсутствие, вопреки требованию закона, в зале суда государственных символов (герба и флага РФ) не является основанием к отмене судебного решения. Ложные показания свидетеля могут быть основанием привлечения его к уголовной ответственности, некорректное поведение судьи – основанием привлечения его к дисциплинарной ответственности, но данные обстоятельства находятся за пределами гражданского процесса, не относятся к гражданским процессуальным юридическим фактам.

Н. А. Чечина считала, что юридическими фактами в гражданском процессе могут быть лишь действия, но не события. «События могут служить только поводом к совершению действий или к бездействию лиц, участвующих в процессе. Действия служат опосредствующим звеном между совершившимися событиями и возможностью наступления процессуальных отношений»¹¹⁸. Разумеется, суд непосредственно не наблюдает каких-либо событий (например, смерти стороны). О них он узнает через поведение участников общественной жизни – оформление свидетельства о смерти, заявление ходатайства о прекращении или приостановлении производства по делу. Однако именно смерть истца или ответчика является главным обстоятельством в юридическом составе, влекущем прекращение или приостановление производства по делу (ст. 215, 220 ГПК РФ), процессуальное правопре-

¹¹⁷ Елисейкин П. Ф. Указ. соч. С. 36.

¹¹⁸ Чечина Н. А. Указ. соч. С. 62–63.

емство (ст. 44 ГПК РФ) и т. п. Процессуальные действия – основные юридические факты в гражданском процессуальном праве, однако чаще всего они выступают не единым юридическим фактом, а в системе с другими юридическими фактами. Здесь имеют место фактические составы, т. е. совокупность процессуальных юридических фактов, которые во взаимодействии вызывают определенные процессуальные последствия¹¹⁹. Мною, в частности, достаточно подробно был исследован состав гражданского процессуального правонарушения как основания гражданской процессуальной ответственности¹²⁰.

Кроме действий и событий, среди процессуальных юридических фактов выделяются правовые состояния¹²¹. Участие ответчика в боевых действиях, нахождение стороны в лечебном учреждении является основанием приостановления производства по делу (ст. 215, 216 ГПК РФ), нахождение тождественного дела в производстве суда – основанием возвращения искового заявления (п. 5 ч. 1 ст. 135 ГПК РФ).

В соответствии со ст. 46 Конституции РФ каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод. Реализация конституционного права на судебную защиту требует, в частности, создания широкой возможности для любого гражданина и организации обратиться в суд за защитой своих прав и интересов, режима доступности судебной защиты. Гражданское процессуальное право на обращение в суд (ст. 3 ГПК РФ) носит основополагающий характер для гражданского процесса, означает не только возможность требовать от суда возбуждения гражданского дела, но и комплекс возможностей (элементарных гражданских процессуальных прав) по отстаиванию своих интересов на протяжении всего процесса. Закрепление права на судебную защиту в качестве конституционного (еще ранее оно было закреплено в ст. 57 Конституции СССР) означает, что возможность гражданина обратиться к суду в случае нарушения его интересов должна быть

¹¹⁹ См.: Ярков В. В. Юридические факты в механизме реализации нормы гражданского процессуального права: моногр. С. 17.

¹²⁰ См.: Бутнев В. В. Сущность и порядок реализации гражданской процессуальной ответственности. Ярославль, 1989. С. 21–34.

¹²¹ См.: Ярков В. В. Указ. соч. С. 28–29.

общим правилом, а отказ в рассмотрении дела судом – исключением из этого правила. Перечень оснований к отказу в принятии заявления судом должен быть четким, не допускающим произвольного толкования, исчерпывающим и немногочисленным.

В науке гражданского процессуального права сложилось достаточно устойчивое представление о том, что гражданское процессуальное право на обращение в суд занимает самостоятельное место в механизме судебной защиты. Оно не тождественно ни конституционному праву на судебную защиту, которое реализуется в рамках конституционных правоотношений гражданина с государством, где государство обязано обеспечить создание правового режима защиты прав и интересов в случае их нарушения¹²², ни гражданской процессуальной правоспособности как абстрактной предпосылке права на обращение в суд¹²³.

Обращение заинтересованного лица в суд с заявлением является «первотолчком», «импульсом» гражданских процессуальных правоотношений. С фактом такого обращения возникает обязанность суда отреагировать на него – признать наличие у истца права на обращение в суд и принять заявление к своему производству, возбудить гражданское дело или констатировать неправомерность обращения в суд и отказать в принятии заявления или возвратить его заинтересованному лицу.

В науке была предпринята попытка выявить единственный юридический факт, порождающий гражданское процессуальное право на обращение в суд. Таким фактом Е. А. Крашенинников считает внепроцессуальные обстоятельства, которые обуславливают появление у лица процессуального интереса в судебной защите (гражданское правонарушение, объективно-противоправное деяние и другие обстоятельства). Все они, по мнению Е. А. Крашенинникова, порождают право заинтересованного лица обратиться в суд за судебной защитой и корреспондирующую ему обязанность суда возбудить гражданское дело. Но в силу принципа диспозитивности гражданского процессу-

¹²² См., например: Вукот М. А. Природа права на судебную защиту и гражданское судопроизводство // Теория и практика права на судебную защиту и ее реализация в гражданском процессе. Саратов, 1991. С. 3–8.

¹²³ См.: Ярков В. В. Указ. соч. С. 99–100.

ального права суд не может исполнить лежащую на нем обязанность прежде, чем заинтересованное лицо осуществит свое право на предъявление иска. Отсюда следует, что осуществление им этого права в форме подачи искового заявления создает для суда не обязанность возбудить гражданский процесс – она возникает в момент появления у лица интереса к процессу, а возможность приступить к исполнению этой обязанности. В случае альтернативной подсудности такая обязанность возникает у нескольких судов. Но поскольку одно и то же право на предъявление иска не может быть реализовано дважды, то после того, как избранный истцом суд возбудит гражданское дело, соответствующая обязанность других судов прекращается¹²⁴.

Согласиться с таким утверждением нельзя. Как уже отмечалось выше, внепроцессуальные фактические обстоятельства могут быть важной составляющей процессуального фактического состава, но сами по себе, не будучи опосредованы процессуальными действиями, не способны играть роль предпосылки процессуальных правоотношений. «Сам по себе факт правонарушения не в состоянии автоматически вызвать действие процессуальной нормы. Для того чтобы процессуальная норма вступила в действие, необходимо еще обращение заинтересованного лица в юрисдикционный орган»¹²⁵. Защита нарушенных прав осуществляется не только судами (общими и арбитражными), но и третейскими судами, а также государственными органами в административном порядке (ст. 11 ГК РФ). Стороны вправе обратиться за разрешением спора в постоянно действующий третейский суд (значит, обязанность рассмотреть дело возникает у всех таких судов, действующих на территории страны, в момент появления у лица интереса в защите?). Стороны могут своим соглашением создать третейский суд для разрешения конкретного дела. Зна-

¹²⁴ См.: Крашенинников Е. А. Юридические факты в гражданском процессуальном праве. С. 62–66; Его же. О праве на предъявление иска // Регламентация защиты субъективных прав в Основах гражданского законодательства. Ярославль, 1992. С. 77–84.

¹²⁵ Елисейкин П. Ф. Гипотезы процессуальных норм // Актуальные проблемы юридического процесса в общеправовом государстве. Ярославль, 1979. С. 41.

чит ли это, что в момент правонарушения возникла обязанность принять заявление у органа, который еще даже не создан? Как соотносятся с утверждениями Е. А. Крашенинникова правила договорной подсудности (ст. 32 ГПК РФ)?

Все сказанное свидетельствует об искусственности придуманной Е. А. Крашенинниковым конструкции. Она не дает теоретического обоснования момента возникновения права на обращение в суд и противоречит процессуальному законодательству. Согласившись с Е. А. Крашенинниковым, следует признать, что в стадии возбуждения дела суд должен выяснить факт нарушения прав истца, а выявив, что такого нарушения нет, констатировать отсутствие интереса в защите и отказать в принятии заявления. Между тем делать это суд не вправе. В противном случае он уже в стадии возбуждения дела выносил бы окончательное суждение о правах и обязанностях сторон – акт правосудия без судебного разбирательства и судебного решения.

Обращение в суд может быть связано с заблуждением истца относительно своих прав, а иногда и с сознательным злоупотреблением правом (предъявление заведомо необоснованного иска). Во всех этих случаях право на обращение в суд реализуется в возникшем процессе. Отсутствие нарушения права истца, так же как и ненадлежащий характер сторон процесса, не является основанием отказа в принятии заявления истца и прекращении производства по делу.

Таким образом, определение момента возникновения права на обращение в суд не имеет практического значения. Процессуальные правоотношения возникают в момент обращения в суд и продолжают свое развитие в случае констатации судьей наличия предпосылок права на предъявление иска (ст. 134 ГПК РФ) и соблюдения условий его реализации (ст. 131, 132, 135 ГПК РФ).

Статья 129 ГПК РСФСР значительно ограничивала право граждан на обращение в суд. Особые сложности на практике вызывала трактовка п. 1 ч. 1 ст. 129 ГПК РСФСР, согласно которой «судья отказывает в принятии заявления, если оно не подлежит рассмотрению в судах». Данная формулировка допускала различное толкование. Одни авторы включали в это основание неподведомственность дела суду и прямое указание закона, за-

прещающего регламентировать дела определенной категории. Другие добавляли сюда отсутствие юридической заинтересованности истца или ответчика в исходе дела, отсутствие спора о праве гражданском, неправомерный характер требования, неправоеспособность истца или ответчика, ненадлежащий характер сторон¹²⁶.

В действующем материальном и процессуальном законодательстве возможности обращения в суд значительно расширены, а основания отказа в принятии заявления (ст. 134 ГПК РФ) конкретизированы. Вместе с тем стремление законодателя привести процессуальное законодательство в соответствие со ст. 46 Конституции РФ привело к чрезмерному расширению доступа к суду. АПК РФ вообще не предусматривает возможности отказа в принятии искового заявления. Статья 22 ГПК РФ не устанавливает четких критериев подведомственности для общих судов. Из формулировки п. 1 ч. 1 ст. 134 ГПК РФ следует вывод о том, что гражданские дела вообще не могут быть отнесены к компетенции каких-либо иных, кроме судебных, органов (судья отказывается в принятии искового заявления в случае, если оно не подлежит рассмотрению и разрешению в порядке гражданского судопроизводства, поскольку заявление рассматривается и разрешается в ином судебном порядке), что противоречит отраслевому материальному законодательству. Подавляющее большинство правовых вопросов гражданского, жилищного, земельного, семейного, социального характера разрешаются при отсутствии спора между субъектами материальных правоотношений государственными органами и органами местного самоуправления. С другой стороны, материальное законодательство предусматривает многочисленные случаи отнесения к ведению суда бесспорных дел, когда на суд возлагаются функции, которые вполне могут осуществляться административными органами (расторжение брака при взаимном согласии супругов, узаконение перепланировки жилых помещений, некоторые случаи регистрации перехода права собственности на недвижимое имущество и т. п.).

¹²⁶ Подробнее см.: Бутнев В. В. Некоторые актуальные проблемы совершенствования гражданского судопроизводства как формы защиты субъективных прав граждан // Проблема совершенствования законодательства о защите субъективных гражданских прав. Ярославль, 1988. С. 15–21.

Новеллой нашего ГПК РФ является основание отказа в принятии искового заявления, если «в заявлении, поданном от своего имени, оспариваются акты, которые не затрагивают права, свободы или законные интересы заявителя». Прежде всего неясно, что понимает законодатель под термином «акты»: любые действия (например, сделки) или нормативные и правоприменительные акты государственных органов? Скрывает ли в себе данное основание к отказу в принятии заявления ненадлежащий характер сторон, или незаинтересованность заявителя в исходе дела, или то и другое? Ответы на эти вопросы должны дать гражданская процессуальная теория и судебная практика.

Важнейшая роль в динамике материальных и процессуальных правоотношений принадлежит судебному решению. Оно подводит итог судебному разбирательству, разрешает правовой спор, является актом защиты законных интересов, создает необходимые предпосылки защиты субъективных прав. Роль суда не сводится к простому подтверждению прав и обязанностей сторон. Оно выступает индивидуальным поднормативным регулятором общественных отношений.

Роль судебного решения в конкретизации защищаемого субъективного права отметил Н. Б. Зейдер¹²⁷. Обычно конкретизирующая роль судебного решения связывается с применением норм с так называемым «незавершенным регламентом»¹²⁸. Так, российское законодательство не устанавливает какого-либо перечня оснований расторжения брака в судебном порядке. Суд расторгает брак, если установит, что дальнейшая совместная жизнь супругов и сохранение семьи невозможно (п. 1 ст. 22 СК РФ). По мнению М. А. Гурвича, в подобных случаях «прекращение и изменение правоотношения является особым, отдельным видом защиты гражданских прав, осуществляемой судом... наряду (и, следовательно, в отличие) с признанием прав, восстановлением нарушенного права, присуждением к исполнению обязанности в натуре и другими формами защиты. Изменение и прекращение

¹²⁷ См.: Зейдер Н. Б. Судебное решение по гражданскому делу. М., 1966. С. 92–97.

¹²⁸ См.: Гурвич М. А. О применении советским судом гражданских законов // Учен. зап. ВЮЗИ. Вып. 16. М., 1969. С. 272–274.

правоотношений не является тем самым общей формой защиты прав, а формой специальной, по общим началам гражданского права предполагающей наличие специального указания в материальном законе»¹²⁹. Только в таких случаях М. А. Гурвич усматривал конкретизирующую роль суда. В отличие от него наш законодатель не считает изменение и прекращение правоотношений судом экстраординарным способом защиты интересов и не требует обязательных указаний конкретных случаев в законе (ст. 12 ГК РФ). Статья 134 ГПК РФ также не знает такого основания отказа в принятии искового заявления, как «избрание истцом недозволенного законом способа защиты».

Но роль судебного решения в регулировании общественных отношений шире. Его конкретизирующее воздействие проявляется практически в каждом гражданском деле. Так, 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. 333 ГК РФ) и т. д.

Исследуя конкретизирующую роль судебного решения, М. А. Гурвич в цитируемой статье отождествляет понятие конкретизации нормы права и конкретизации правоотношения¹³⁰. Однако это не одно и то же. Норма права – регулятор общественных отношений, правоотношение – правовая связь, результат действия нормы. Конкретизация нормы (по М. А. Гурвичу) – уяснение ее смысла, толкование, познание для себя. Конкретизация правоотношения – практическая, решающая деятельность суда. Роль юридического факта играет именно конкретизация судом правоотношения¹³¹.

Судебное решение способно сыграть роль правопрекращающего материально-правового юридического факта (разрешить

¹²⁹ См.: Гурвич М. А. О применении советским судом гражданских законов. С. 282.

¹³⁰ См.: Там же. С. 271.

¹³¹ Подробнее см.: Бутнев В. В. Роль судебного решения в правовом регулировании // Проблемы защиты субъективных гражданских прав. Ярославль, 2004. Вып. 5. С. 56–60.

спор о праве) только в том случае, если оно будет отвечать определенным требованиям законности, обоснованности, полноты, определенности (безусловности). Последнее означает, что исполнение судебного решения не должно связываться с наступлением или ненаступлением каких-либо условий. Вывод суда должен быть категоричен и не подлежать различной трактовке сторонами. В этой связи следует обратить внимание на рекомендацию Е. А. Крашенинникова. Он рассматривает случай, когда истец требует изъятия вещи у ответчика, а ответчик удерживает ее, ссылаясь на неисполнение истцом обязанности по оплате вещи, возмещению связанных с нею издержек и других убытков. Критикуя практику Высшего Арбитражного Суда РФ, полагающего, что в таких случаях истцу должно быть отказано в удовлетворении иска, Е. А. Крашенинников считает, что «процесс должен заканчиваться не решением об отказе в удовлетворении обоснованного в остальном иска, а *решением о присуждении кредитора к предоставлению лишь против получения причитающегося ему предоставления*¹³². Такая рекомендация противоречит основным принципам гражданского процессуального права: предлагается выносить условное (неопределенное) решение, не разрешающее спор. Такое решение нарушает важнейший принцип гражданского процессуального права – принцип диспозитивности. Суд взыскивает то, о чем его никто не просит, т. е. выходит за пределы заявленных требований, что он может делать только в случаях, предусмотренных федеральным законом (ч. 3 ст. 196 ГПК РФ), а фактически удовлетворяет никем не заявленный встречный иск. Резолютивная часть решения дословно переписывается в исполнительный лист. Любопытно было бы узнать, как Е. А. Крашенинников сформулирует резолютивную часть такого решения, и посмотреть, сможет ли судебный пристав-исполнитель исполнить такое решение в соответствии с процедурой, установленной законодательством об исполнительном производстве.

¹³² См.: Гражданское право: учебник: в 3 т. Т. 1 / под ред. А. П. Сергеева. М.: ТК Велби, 2008. С. 920.

Глава VI. Правовой спор и гражданское судопроизводство

Гражданское судопроизводство представляет собой установленный законом порядок рассмотрения и разрешения *гражданских дел* в целях защиты нарушенных или оспоренных субъективных прав и законных интересов. Гражданское дело объединяет в себе комплекс материальных правоотношений, исследуемых, реализуемых и защищаемых судом¹³³. Гражданское дело, будучи предметом судебной деятельности в гражданском процессе, в значительной степени предопределяет правила подведомственности и подсудности, подразделение гражданского судопроизводства на виды, содержание принципов гражданского процессуального права, всю процедуру судебного разбирательства¹³⁴.

Понятие «гражданское дело» и «гражданско-правовой спор» неразрывно связаны друг с другом, о чем свидетельствуют формулировки процессуального закона: «подведомственный суду спор, возникающий из гражданских правоотношений» (ч. 3 ст. 3 ГПК РФ), «суды рассматривают и разрешают иски ... по спорам, возникающим из гражданских, семейных, трудовых, жилищных, экологических, земельных и иных правоотношений» (п. 1 ч. 1 ст. 22 ГПК РФ) и др. Поскольку правовой спор¹³⁵ занима-

¹³³ См.: Елисейкин П. Ф. Понятие и содержание гражданского дела // Вопросы теории и практики гражданского процесса. Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1976. Вып. 1. С. 79–87; Бутнев В. В. Гражданский процесс как одна из форм реализации юридической ответственности в эпоху развитого социализма: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1981. С. 13–14.

¹³⁴ Влияние свойств гражданского дела на порядок гражданского судопроизводства в свое время было детально исследовано П. Ф. Елисейкиным в докторской диссертации.

См.: Елисейкин П. Ф. Предмет судебной деятельности в советском гражданском процессе (его понятие, место, значение): автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Л., 1974.

¹³⁵ Термин «правовой спор» представляется более точным, чем «спор о праве», поскольку между участниками общественной жизни могут возникать и разрешаться в различных организационно-правовых формах споры не только о субъективных правах и юридических обязанностях, но и о законных (охраняемых законом по терминологии преж-

ет значительное место в механизме защиты субъективных прав и интересов, он стал предметом пристального внимания ученых-процессуалистов.

Принципиальные различия имеют две концепции правового спора: «материально-правовая» «процессуальная». Ученые, придерживающиеся первой концепции, понимают под правовым спором определенное состояние субъективного права, правоотношения, наступающее в результате его нарушения¹³⁶. По мнению сторонников второй концепции, спор о праве представляет собой разногласия субъектов по поводу своих прав и обязанностей, конфликт, противоборство сторон спора и т. п.¹³⁷

Не имеет самостоятельного значения мнение о том, что праву известны два понятия спора – в материальном и процессуальном смыслах¹³⁸, поскольку данная точка зрения пытается объединить в рамках одного понятия «спор о праве» разноплановые правовые явления.

В своих прежних работах я стремился доказать, что в современном российском законодательстве закреплена концепция правового спора как разногласий субъектов общественной жизни

него ГПК РСФСР) интересах.

¹³⁶ См., напр.: Гурвич М. А. Лекции по советскому гражданскому процессу. М., 1950. С. 68–69; Чечина Н. А. Норма права и судебное решение. Л., 1961. С. 13–14; и др.

¹³⁷ См., напр.: Чечот Д. М. Судебная защита субъективных прав и интересов // Сов. государство и право. 1967. № 8 С. 48; Кострова Н. М. Значение спора в исковом производстве как предпосылки права на судебную защиту // Учен. зап. Саратов. юрид. ин-та. Саратов, 1968. Вып. 18, ч. 2. С. 116; Зайцев И. М. Сущность хозяйственных споров. Саратов, 1974. С. 12–13; Щеглов В. Н. Спор о праве гражданском как предмет судебного решения // Вопросы советского государства и права в период развитого социализма. Томск, 1977. С. 100; Матиевский М. Д. Спор о праве в советском гражданском процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1978. С. 6; Тарусина Н. Н. О теоретических предпосылках исследования понятия «спор о праве» // Проблемы защиты субъективных прав и советское гражданское судопроизводство. Ярославль, 1981. С. 58–67; и др.

¹³⁸ См.: Зейдер Н. Б. Судебное решение по гражданскому делу М., 1966. С. 10, 14–15; Елисейкин П. Ф. Предмет судебной деятельности в советском гражданском процессе. С. 13.

относительно принадлежности им субъективных прав или законных интересов¹³⁹. Правовой спор – явление предпроцессуальное. Разногласия субъектов, выраженные в определенных фактических действиях (заявление требования лицом, считающим, что ему принадлежит какое-либо право, и уклонение противоположной стороны от удовлетворения этого требования), возникают до юрисдикционного процесса. Они могут быть урегулированы сторонами самостоятельно или, при недостижении согласия, переданы на разрешение юрисдикционного органа. Обращение к юрисдикционному органу, как правило, свидетельствует о наличии спора, конфликта между сторонами.

Правовой спор как фактическое отношение в ряде случаев имеет важное материально-правовое значение, играет роль юридического факта в динамике материальных правоотношений. Так, алименты присуждаются с момента обращения в суд. Алименты за прошедший период могут быть взысканы в пределах трехлетнего срока с момента обращения в суд, если судом установлено, что *до обращения в суд принимались меры к получению средств на содержание*, но алименты не были получены *вследствие уклонения лица, обязанного уплачивать алименты, от их уплаты* (п. 2 ст. 107 СК РФ). Заключение соглашения о проведении процедуры медиации приостанавливает течение срока исковой давности (пп. 5 п. 1 ст. 202 ГК РФ), а совершение обязанным лицом действий, свиде-

¹³⁹ См.: Бутнев В. В. Гражданский процесс как одна из форм реализации юридической ответственности в эпоху развитого социализма. С. 14–16; Его же. Спор о праве – организационно-охранительное правоотношение // Проблемы защиты субъективных прав и советское гражданское судопроизводство. Ярославль, 1981. С. 43–50; Его же. Спор о праве и порядок рассмотрения дел искового производства // Материально-правовые и процессуальные проблемы защиты субъективных прав. Ярославль, 1983; Его же. Понятие предмета процессуальной деятельности в суде и арбитраже // Предмет процессуальной деятельности в суде и арбитраже. Ярославль, 1985. С. 3–13; Его же. Спор о праве и гражданское судопроизводство // Юридические записки Ярославского гос. ун-та им. П. Г. Демидова. Ярославль, 2001. Вып. 5. С. 79–90; Его же. Правовой спор и принцип состязательности гражданского процессуального права // Тенденции развития гражданского процессуального права России. СПб., 2008. С. 248–254; и др.

тельствующих *о признании долга* прерывает течение срока исковой давности (ст. 203 ГК РФ). Споры как фактические разногласия возникают постоянно между участниками гражданского оборота, семейных, трудовых отношений. Если они касаются субъективных прав и юридических обязанностей, их следует признать правовыми, хотя сама процедура, порядок ведения спора законом не урегулированы. От правовых споров отличаются научные споры, споры об искусстве, спортивные пари (если речь не идет об урегулированной законом деятельности спортивных тотализаторов) и т. п. Процедура ведения и разрешения таких споров регулируется правилами этики, обычаями, традициями. Иногда степень «обычной» регламентации разрешения спора не уступает правовой (например, процедура урегулирования конфликтов между «кровниками» у некоторых народов Кавказа).

В ряде случаев для придания юридического значения спору закон требует заявления претензий в определенной законом форме, устанавливает процедуру разрешения разногласий. Наиболее ярко это проявляется тогда, когда закон предусматривает обязательный доюрисдикционный порядок урегулирования разногласий. В этих случаях нормы права предусматривают обязанность потерпевшего предъявить претензию, адресатов претензии, сроки ее предъявления и рассмотрения, реквизиты претензии и ответа на нее и т. п.¹⁴⁰

Правовой спор, протекающий в установленном законом порядке, представляет собой локальное организационно-охранительное правоотношение между спорящими сторонами¹⁴¹.

В тех случаях, когда закон не требует досудебного урегулирования разногласий между гражданами, создается впечатление, что организационно-охранительных правоотношений между ними не возникает. До обращения в суд такие разногласия носят характер

¹⁴⁰ См., напр.: Приказ министра путей сообщения РФ от 27.09.2001 г. № 2511 «Об утверждении Правил предъявления и рассмотрения претензий, связанных с перевозкой грузов на железнодорожном транспорте» // Российская газета. 2001. 22 февр. С. 5.

¹⁴¹ О моем понимании организационных правоотношений см.: Бутнев В. В. Организационные правоотношения и гражданский процесс // Юрид. зап. Ярославского гос. ун-та им. П. Г. Демидова. Вып. 14: Актуальные проблемы юридического процесса. Ярославль, 2010. С. 45–71.

фактического, а не правового отношения. С момента обращения в суд граждане вступают в процессуальные правоотношения, в которых они несут перед судом обязанности сформулировать, обосновать и доказать свои требования и возражения. Представляется, однако, что отстаиваемое мною определение правового спора применимо и к этим случаям. При разбирательстве спора между гражданами суд имеет дело с разногласиями субъектов относительно своих прав и обязанностей. Перед судом проходят известные отношения сторон процесса (утверждения истца и возражения ответчика, их противоборство друг с другом). Эти разногласия регламентированы правовыми нормами, хотя и в значительно меньшей степени, чем это имеет место при установлении претензионного порядка разрешения спора. Материальный закон определяет круг участников спора, т. е. говорит, кто и кому может предъявить соответствующее требование, кто должен быть привлечен к участию в деле. В тех случаях, когда нормы материального права прямо не называют субъектов спора, действует общее правило о том, что такими субъектами являются субъекты материальных правоотношений, из которых возник спор. Таким образом, в любом случае субъектный состав спора определяется материально-правовыми нормами. Нормы материального права указывают на взаимные права и обязанности субъектов спора, закрепляют правила распределения обязанностей доказывания между сторонами спора и доказательственные презумпции.

Указанные нормы рассчитаны на применение их юрисдикционным органом, они имеют важное процессуальное значение. Однако это не значит, что регулируемые ими отношения носят процессуальный характер. Названные нормы регулируют отношения самих спорящих сторон. Правовая регламентация этих отношений не изменяется в зависимости от того, рассматривается оно в суде, арбитражном суде или другом юрисдикционном органе.

В тех случаях, когда закон не устанавливает обязательного доюрисдикционного порядка разрешения дела, предъявление иска означает одновременное возбуждение правового спора и процесса по его разрешению. В любом случае содержание правового спора не поглощается процессуальными правоотношениями.

ми, а только отражается в них. В противном случае невозможно объяснить юридическую природу иска, возражений ответчика против иска, распорядительных действий сторон, распределения обязанностей доказывания в уголовном, гражданском процессах и отдельных видах гражданского судопроизводства. Все эти процессуальные явления находят свое объяснение, если согласиться с тем, что правовой спор как один из компонентов гражданского дела оказывает решающее влияние на установленную законодателем процедуру его разрешения.

Понятие правового спора имеет важное не только теоретическое, но и практическое значение. Его неправильное понимание ведет к ошибочной трактовке законодательных норм. В соответствии с п. 2 ст. 199 ГК РФ исковая давность применяется судом только по заявлению стороны в споре, сделанному до вынесения судом решения. Истечение срока исковой давности, о применении которой заявлено стороной в споре, является основанием к вынесению судом решения об отказе в иске. В совместном постановлении Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12, 15 ноября 2001 г. № 15/18 «О некоторых вопросах, связанных с применением норм ГК РФ об исковой давности»¹⁴² разъясняется: «... сторонами в деле являются истец и ответчик... Поэтому судам необходимо иметь в виду, что заявление о пропуске срока исковой давности, сделанное третьим лицом, не является основанием для применения судом исковой давности, если соответствующее заявление не сделано стороной по спору» (п. 4 постановления).

С такой позицией не согласен А. П. Сергеев, полагающий, что в указанном постановлении необоснованно отождествляется понятие «стороны в споре» и «стороны в деле». По его мнению, «под «сторонами в споре» гражданское право понимает участников спорного материально-правового отношения, например продавца и покупателя, собственника имущества и незаконного владельца, обладателя авторского права и нарушителя этого права и т. п. Процессуальное законодательство оперирует понятием «стороны в деле» и относит к ним истца и ответчика (ст. 38

¹⁴² Российская газета. 2001. 8 дек. С. 4.

ГПК РФ, п. 1 ст. 44 АПК РФ). В случаях, когда спор не осложнен участием в нем нескольких лиц или какими-либо дополнительными обстоятельствами, стороны в споре в материально-правовом и процессуальном смыслах совпадают. Положение, однако, осложняется тогда, когда «стороны в споре» и «стороны в деле» не совпадают друг с другом. Так, субъект спорного материально-правового отношения («сторона в споре») может участвовать в деле не в качестве стороны (т. е. истца или ответчика), а третьего лица. Например, при совместном причинении вреда все сопричинители несут перед потерпевшим солидарную ответственность (ст. 1080 ГК РФ). Если потерпевший предъявит иск только к одному или к нескольким из них, остальные причинители вреда должны быть привлечены к участию в деле в качестве третьих лиц¹⁴³. Могут ли они, равно как и другие субъекты, занимающие в процессе положение третьих лиц, делать заявления о применении исковой давности?»¹⁴⁴ Автор дает на этот вопрос положительный ответ: «В случаях, когда третье лицо на стороне ответчика, не заявляющее самостоятельных требований на предмет спора, является участником того же спорного материально-правового отношения, которое существует между истцом и ответчиком (например, сопричинитель вреда, к которому, однако, не предъявлен иск), оно, несомненно, имеет право заявить о применении судом исковой давности. Разумеется, такое заявление способно оказать влияние лишь на требования, которые в последующем могут быть адресованы этому третьему лицу. На самого ответчика, если он такое заявление не делает, оно не распространяется»¹⁴⁵.

¹⁴³ Совсем необязательно. Третьи лица без самостоятельных требований *могут* вступить в дело по собственной инициативе (при условии допуска их судом в процесс), *могут* быть привлечены к участию в деле по ходатайству лиц, участвующих в деле, или по инициативе суда (ст. 43 ГПК РФ). Закон не устанавливает *обязанности* суда допускать или привлекать их в процесс. Отказ суда допустить их к участию в деле даже не может быть обжалован путем подачи частной жалобы.

¹⁴⁴ Гражданское право: учебник / под ред. А. П. Сергеева. Т. 1. М., 2008. С. 566–567 (автор главы А. П. Сергеев).

¹⁴⁵ Там же. С. 567.

Как видим, А. П. Сергеев является сторонником материально-правовой концепции спора о праве. Он отождествляет спор со спорным правоотношением, возникающим между субъектами гражданского оборота. Между тем законодатель не употребляет термин «спор» в таком смысле, а говорит лишь о нарушенном праве (ст. 12, 200, 208, 304 ГК РФ) или о спорном правоотношении (ст. 11, 40 ГПК РФ). Как я неоднократно отмечал, «спорное правоотношение» и «спор» – разные явления. Спорное правоотношение – предмет спора, права и обязанности, по поводу которых возникли разногласия. Напротив, материальное законодательство понимает под спором разногласия субъектов по поводу своих прав и обязанностей (см., напр.: 38, 65, 66 СК РФ, ст. 381, 398 ТК РФ, ст. 240, 241, 244 ГК РФ).

Разграничение А. П. Сергеевым «сторон в споре» и «сторон в деле» представляется искусственным и не основанным на законе. В гражданском обороте возникают различные правоотношения регулятивного и охранительного характера. По поводу большинства из них никаких споров не возникает, они не становятся предметом юрисдикционной деятельности. Если исходить из правильного понимания спора как разногласий, протекающих и подлежащих разрешению в установленной законом организационно-правовой форме, то следует прийти к выводу, что «сторона в споре» и «сторона в деле» – тождественные понятия (по крайней мере, в тех случаях, когда спор передается на разрешение юрисдикционного органа).

Таким образом, в настоящее время заявление третьего лица о пропуске срока исковой давности, по мнению пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ, не имеет юридического значения и не должно приниматься судом. Это несправедливо, поскольку не позволяет третьему лицу обезопасить себя перед будущим регрессным иском ответчика. Между тем разъяснения пленума не соответствуют действующему законодательству. Норма п. 2 ст. 199 ГК РФ носит гражданский процессуальный характер, рассчитана на реализацию в гражданском процессе. В соответствии со ст. 4 ФЗ «О введении в действие ГПК РФ» (№ 137-ФЗ) федеральные законы и иные нормативные правовые акты,

действующие на территории РФ и связанные с ГПК РФ, подлежат приведению в соответствие с ГПК РФ. Впредь до приведения в соответствие с ГПК РФ они с момента введения в действие ГПК РФ применяются в части, не противоречащей ГПК РФ.

В соответствии с ч. 2 ст. 56 ГПК РФ суд определяет, какие обстоятельства имеют значение для дела, какой стороне надлежит их доказывать, *выносит обстоятельства на обсуждение, даже если стороны на какие-либо из них не ссылались*. Таким образом, п. 2 ст. 199 ГК РФ как противоречащий общему правилу формирования предмета доказывания, закрепленному в ГПК РФ, применяться не должен. Суд вправе как по собственной инициативе, так и по ходатайству любого из лиц, участвующих в деле, поставить на обсуждение вопрос об истечении исковой давности и на этом основании отказать истцу в удовлетворении иска или произвести взыскание платежей в пределах срока исковой давности, как это осуществлялось по прежнему законодательству. Третьи лица, не заявляющие самостоятельные требования относительно предмета спора, пользуются процессуальными правами и несут процессуальные обязанности стороны. Перечень исключений из этого правила, предусмотренный ст. 43 ГПК РФ (изменение основания или предмета иска, признание иска, предъявление встречного иска и т. п.), носит исчерпывающий характер и расширительному толкованию не подлежит. Процессуальный закон не запрещает третьим лицам выдвигать какие-либо возражения против иска. Подобные запреты, установленные материальным законодательством (в частности, п. 2 ст. 199 ГК РФ) не должны приниматься во внимание судом как противоречащие процессуальному законодательству.

Гражданский процесс исторически возник как судебный порядок рассмотрения и разрешения гражданско-правовых споров. Е. В. Васьковский справедливо считает обращение заинтересованного лица к государственной власти наиболее удобным и верным для лица, желающего осуществить свое право.

«При этом, однако, государственная власть не может оказывать своей помощи всякому, кто обратится к ней, без разбора. Нередко ведь помощи просит тот, кто ее вовсе не заслуживает,

кто в действительности не имеет того права, которое себе присваивает. Поэтому, прежде чем взять под свою защиту просителя, государственная власть должна проверить правомерность заявляемого им требования, т. е. правильность сделанного им вывода из юридических норм и практических обстоятельств.

Таким образом, когда частное лицо обращается к государственной власти за содействием, при осуществлении своих прав ей предстоит: 1) проверить правомерность требования просителя и 2) осуществить его, если оно окажется правомерным... В современных культурных государствах проверка правомерности предъявляемых гражданами друг к другу требований поручается специальным органам власти, именуемым *гражданскими судами*, а для деятельности их устанавливаются определенные формы и правила, образующие организационное производство, называемое *гражданским процессом* в тесном смысле слова, а также *спорным судопроизводством* – ввиду того, что оно происходит в форме спора между гражданами перед судом, или *исковым* – ввиду того, что оно начинается посредством заявления одним лицом требования (*иска*) по отношению к другому лицу»¹⁴⁶.

Кроме разрешения спора, на суд возлагается осуществление некоторых других задач государственного управления. Так, дореволюционными судами в России производились узаконение внебрачных детей, усыновление, утверждение духовных завещаний, охрана наследственного имущества и др. «Деятельность судов по выполнению этих функций носит название *охранительного судопроизводства*, называемого также *неисковым или бесспорным* (особое производство по современной терминологии. – В. Б.), в отличие от *искового, спорного*»¹⁴⁷.

В дальнейшем гражданское судопроизводство стало использоваться также для контроля за деятельностью государственных органов и должностных лиц в рамках производства по делам, возникающим из публичных правоотношений.

Статья 46 Конституции РФ гарантирует каждому гражданину судебную защиту его прав и свобод. Статья 3 ГПК РФ закреп-

¹⁴⁶ Васильковский Е. В. Учебник гражданского процесса. М., 1914. С. 3–4.

¹⁴⁷ Там же. С. 5.

пляет право на обращение в суд за защитой нарушенных либо оспариваемых прав, свобод или законных интересов. Это означает, что гражданин вправе перенести любой возникший с его участием гражданско-правовой спор на рассмотрение суда (естественно, с соблюдением порядка, установленного процессуальным законодательством) в исковом судопроизводстве. Интересы граждан, по поводу которых не возникает гражданско-правовых споров, должны быть гарантированы от возможных нарушений путем использования иных (неисковых) судебных процедур.

В последние годы судебная подведомственность значительно расширилась. Многие вопросы, ранее разрешаемые в административном порядке, были переданы на рассмотрение суда. Достаточно указать на расширение судебного контроля за действиями государственных органов и должностных лиц, установление судебного порядка усыновления ребенка, ограничения или лишения несовершеннолетнего в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет права самостоятельно распоряжаться своими доходами, принудительной госпитализации гражданина в психиатрический стационар, объявление несовершеннолетнего полностью дееспособным (эмансипация) снятие запрета для усыновителей требовать через суд отмены усыновления и др.

Статья 129 ГПК РСФСР значительно ограничивала право граждан на обращение в суд. Особые сложности на практике вызывала трактовка п. 1 ч. 1 ст. 129 ГПК РСФСР, согласно которой «судья отказывает в принятии заявления, если оно не подлежит рассмотрению в судах» Данная формулировка допускала различное толкование. Одни авторы включали в это основание неподведомственность дела суду и прямое указание закона, закрепляющего рассматривать дела определенной категории. Другие добавляли сюда отсутствие юридической заинтересованности истца или ответчика в исходе дела, отсутствие спора о праве гражданском, неправовой характер требования, неправоеспособность истца или ответчика, ненадлежащий характер сторон¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Подробнее см.: Бутнев В. В. Некоторые актуальные проблемы совершенствования гражданского судопроизводства как форма защиты субъективных прав граждан // Проблемы совершенствования законодательства о защите субъективных гражданских прав. Ярославль, 1988. С. 15–21.

В действующем материальном и процессуальном законодательстве возможности обращения в суд значительно расширены, а основания отказа в принятии заявления (ст. 134 ГПК РФ) конкретизированы. Вместе с тем законодатель и судебная практика стали неправильно трактовать конституционное право на судебную защиту, закрепленное в ст. 46 Конституции РФ, что привело к чрезмерному расширению доступа к суду. Основываясь на том, что нормы Конституции имеют прямое действие, Конституционный Суд РФ в своих многочисленных постановлениях трактует норму ст. 46 Конституции РФ таким образом, что правом обращаться в суд (как в первую, так и в проверочные инстанции) обладает чуть ли не любой желающий и по любому кажущемуся ему важным поводу¹⁴⁹. АПК РФ вообще не предусматривает возможности отказа в принятии искового заявления. Статья 22 ГПК РФ не устанавливает четких критериев подведомственности дел общим судам. Из формулировки п. 1 ч. 1 ст. 134 ГПК РФ следует вывод, что гражданские дела вообще не могут быть отнесены к компетенции каких-либо иных, кроме судебных, органов (судья отказывает в принятии искового заявления в случае, если оно не подлежит рассмотрению и разрешению в порядке гражданского судопроизводства, *поскольку заявление рассматривается и разрешается в ином судебном порядке*), что противоречит отраслевому материальному законодательству. Подавляющее большинство правовых вопросов гражданского, жилищного, земельного, семейного, социального характера разрешаются *при отсутствии спора* между субъектами материальных правоотношений государственными органами и органами местного самоуправления. Многие *споры* также исключены материальным законодательством из судебной подведомственности (например, споры о воспитании детей, не связанные с определением места жительства ребенка, их имени и фамилии рассматриваются органами опеки и попечительства). С другой стороны, материальное законодательство предусматривает многочисленные случаи отнесения к ведению суда бесспорных дел, когда на суд возлагаются функции, которые вполне могут осуществ-

¹⁴⁹ Критику позиции Конституционного Суда РФ см., напр.: Борисова Е. А. Проверка судебных актов по гражданским делам. М., 2006. С. 6–42.

вляться административными органами (расторжение брака при взаимном согласии супругов независимо от наличия у них общих несовершеннолетних детей, узаконение перепланировки жилых помещений, некоторые случаи регистрации перехода права собственности на недвижимое имущество и т. п.). В подобных делах административные органы зачастую просят суд рассмотреть дела в их отсутствие. Суд вынужден разбираться во множестве вопросов технического, а не правового характера, фактически выполняя работу местной администрации или органов регистрации прав на недвижимое имущество.

В настоящее время суды оказались перегружены большим количеством мелких дел, разрешением вопросов неправового характера, разбирательством капризов и амбиций заявителя. Как отмечал В. М. Жуйков, в судебной практике имеет место формирование негативной тенденции – «совершенно явное все более расширяющееся злоупотребление правом на судебную защиту. Очень часто граждане ... обращаются в суд с явно неправовыми требованиями, пытаясь превратить судебную трибуну в политическую и сводить в суде личные счеты. Подаются заявления об обязанности Президента РФ «обеспечить нормальные условия жизни», ... об оспаривании указов Президента РФ о награждении государственными наградами, о назначении на государственные должности и т. п. Заявителями выступают лица, не имеющие никакого отношения к оспариваемым ими актам и права которых ими не затрагиваются»¹⁵⁰.

Уже никого не удивляет, когда в популярном телевизионном ток-шоу появляется гражданин, называющий себя «королем скандалов». Явно гордясь присвоенным самим себе титулом, он сообщает, что предъявил к известной теледиве и к центральному телевидению иск с требованием запретить показывать эту звезду по ТВ. Основание: «Она всем лжет. Говорит, что у нее грудь настоящая, а у нее силикон». Один из московских судов всерьез, с истребованием большого количества письменных доказательств и изучением заключений экспертизы, рассматрива-

¹⁵⁰ Жуйков В. М. Некоторые проблемы гражданско-процессуального права и судебная практика // Государство и право на рубеже веков: гражданское право, гражданский процесс: материалы всерос. конф. М. 2001. С. 203, 206–207.

ет иски якобы потомков Рюриковичей о признании права собственности на московский Кремль.

В качестве преграды для подобных исков законодатель установил дополнительное, ранее неизвестное процессуальному законодательству основание отказа в принятии искового заявления: если «в заявлении, поданном от своего имени, оспариваются акты, которые не затрагивают права, свободы или законные интересы заявителя» (п. 1 ч. 1 ст. 134 ГПК РФ). Однако данная новелла законодательства не решает обсуждаемую проблему, а только порождает новые вопросы. Прежде всего неясно, *что* понимает законодатель под термином «акты»: любые действия (например, сделки) или только нормативные и правоприменительные акты государственных органов. Скрывает ли в себе данное основание к отказу в принятии заявления неправовой характер требования, ненадлежащий характер сторон, незаинтересованность истца в исходе дела или все эти обстоятельства? Проблема осложняется еще тем, что понятие законного интереса как предмета судебной защиты неоднозначно трактуется в науке. Практика же вообще имеет весьма смутное представление об этой категории. Ни в теории, ни в практике не выработано хотя бы примерных критериев судебной защиты различных интересов гражданина, существующих в реальной жизни. Высшие судебные инстанции страны ни в советский, ни в современный период ни разу не дали четкого разъяснения данного основания. (п. 1 ч. 1 ст. 129 ГПК РСФСР и п. 1 ч. 1 ст. 134 ГПК РФ) отказа в принятии заявления.

Практика зарубежных стран показывает, что наряду с государственными судами важную роль в разрешении гражданско-правовых споров могут играть третейские суды (арбитражи) или посредники, к помощи которых прибегают спорящие стороны. В настоящее время прослеживается стремление законодателя расширить использование несудебных форм разрешения споров и у нас. Несмотря на имеющееся законодательство, третейские суды не получили широкого распространения в современной России. Видимо, сказывается авторитет государственных судов, слабая пропаганда деятельности третейских судов в сфере предпринимателей, настороженное отношение государственных органов к решениям третейских судов.

Стремление законодателя разнообразить организационно-правовые формы разрешения гражданско-правовых споров привело к принятию ФЗ РФ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредников (процедуре медиации)» и внесению изменений в процессуальное законодательство¹⁵¹. Закон устанавливает широкие возможности для спорящих сторон прибегнуть к процедуре медиации. В рамках данной процедуры могут разрешаться не только гражданско-правовые споры в узком смысле (в том числе, вытекающие из предпринимательской деятельности), но также трудовые (кроме коллективных трудовых) и семейные споры (п. 2, 5 ст. 1 Закона). Медиация строится на принципе конфиденциальности. Ее участники не вправе разглашать информацию, полученную в ходе этой процедуры (ст. 5 Закона). Соглашение о проведении процедуры медиации приостанавливает течение срока исковой давности до завершения этой процедуры (п. 4 ст. 202 ГК РФ). Медиатор пользуется свидетельским иммунитетом в гражданском и арбитражном процессах (п. 1 ч. 3 ст. 69 ГПК РФ, ч. 5¹ ст. 59 ПАК РФ). Суд может отложить разбирательство дела на срок, не превышающий шестидесяти дней, по ходатайству обеих сторон в случае принятия ими решения о проведении процедуры медиации (ч. 1 ст. 169 ГПК РФ). Эти нормы свидетельствуют о том, что законодатель придает процедуре медиации большое значение.

Активизацию несудебных форм разрешения гражданско-правовых споров можно только приветствовать. При достаточном развитии они способны не только разгрузить государственные суды, но и оказаться более эффективными для защиты интересов спорящих сторон.

Представляется, однако, что процедура медиации не получит широкого распространения в ближайшие годы по ряду причин. Медиатор не является юрисдикционным органом. Он не принимает решения, разрешающего спор, и даже не вправе вносить, если стороны не договорились об ином, предложения об урегулировании спора (ч. 5 ст. 11 Закона). Медиативное соглашение представляет собой обычную гражданско-правовую сделку, подлежит

¹⁵¹ Российская газета. 2010. 20 июля. № 168. С. 9.

исполнению на основе принципов добровольности и добросовестности сторон (ч. 2, 4 ст. 12 Закона), не может быть исполнено принудительно (если оно не утверждено судом или третейским судом в качестве мирового соглашения – ч. 3 ст. 12 Закона). Процедура медиации не является обязательной в отличие от доюрисдикционного порядка урегулирования спора. Ее несоблюдение не влечет отказа в принятии искового заявления, возвращения заявления или оставления заявления без рассмотрения.

Весьма неопределенно Законом о медиации решен вопрос о влиянии соглашения о применении процедуры медиации на право обращения в суд. Часть 1 ст. 4 Закона содержит никого и ни к чему не обязывающую норму: «В случае, если стороны заключили соглашение о применении процедуры медиации и в течение оговоренного для ее проведения срока обязались не обращаться в суд или третейский суд для разрешения спора, который возник или может возникнуть между сторонами, суд или третейский суд признает силу этого обязательства до тех пор, пока условия этого обязательства не будут выполнены, за исключением случая, если одной из сторон необходимо, по ее мнению, защитить ее права». Более туманную формулировку трудно изобрести. Что значит «суд или третейский суд признает силу этого обязательства»? В соответствии с ч. 3 ст. 7 Закона о медиации «наличие соглашения о применении процедуры медиации ... не является препятствием для обращения в суд или третейский суд, если иное не предусмотрено федеральными законами». ГПК РФ и АПК РФ не предусматривают возможности отказа в принятии или возвращения искового заявления в связи с заключением соглашения о медиации. Напротив, в ФЗ «О третейских судах в РФ» внесены изменения (п. 5 ст. 5) о том, что «спор не может быть передан на разрешение третейского суда при наличии в договоре медиативной оговорки». Действует ли этот запрет в случае, «если одной из сторон необходимо, по ее мнению, защитить свои права» (ч. 1 ст. 4 Закона о медиации)?

Роль медиатора состоит в том, чтобы помочь сторонам выработать решение по существу спора (п. 2, 3 ст. 2 Закона о медиации). Как это сделать, если он даже не может предлагать сторонам вариантов решения спора?

Деятельность медиаторов будет осуществляться, как правило, на платной основе, хотя ст. 10 Закона о медиации допускает проведение такой деятельности и на бесплатной основе. Получается, что стороны спора призываются законодателем на добровольной основе, по взаимному согласию прибегнуть к помощи посредника и пройти не имеющую никакого юридического значения процедуру медиации, да еще и заплатить за это. Но если стороны способны договориться о чем-либо, медиатор им не нужен. Если же соглашение между сторонами недостижимо, они обращаются в государственный суд.

Я остановился лишь на некоторых аспектах влияния правового спора на организационно-правовую форму его разрешения. На самом деле такое влияние более обширно. В частности, заслуживают отдельного исследования проблема публично-правового спора в административной юстиции, возможность рассмотрения правового спора в рамках особого производства, создание в рамках искового производства специальных процедур, учитывающих процессуальные особенности судебного рассмотрения отдельных категорий гражданских дел (семейных, трудовых, жилищных) и др.

Глава VII. Судебный прецедент, правовая позиция и судебное правотворчество

До издания судебных уставов 1864 г., отмечает А. Н. Верещагин, в России на законодательном, правоприменительном и официально доктринальном уровнях господствовала система буквального применения законов¹⁵², 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, не-

¹⁵² Положения ст. 65 Основных законов Российской империи предписывали избегать «обманчивого постоянства самопроизвольных толкований».

достатка 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 правотворчества¹⁵³. 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 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 придумать¹⁵⁴.

В то же время Г. Ф. Шершеневич, Е. В. Васьковский и другие цивилисты и цивилистические процессуалисты высказывали серьезнейшие опасения в потенции судебного произвола, ратовали за максимальную определенность права и сетовали на слабость чувства законности в русском обществе¹⁵⁵. 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 «недопонимание, 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

¹⁵³ См.: Верещагин А. Н. Судебное правотворчество в России: Сравнительно-правовые аспекты. М.: Международные отношения, 2004. С. 15.

¹⁵⁴ Указания на источники и более подробную аналитику взглядов С. А. Муромцева см.: Верещагин А. Н. Указ. соч. С. 16–17.

¹⁵⁵ Подробнее изложение данных позиций и источниковую базу см. там же. (С. 18–19)

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 и другими факторами)¹⁵⁶. 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, 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 специальных)¹⁵⁷.

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 судейским правом не имел, так как усмотрение было лишено нормативной базы и осуществлялось судьями, не обладавшими, как правило, никакой юридической подготовкой¹⁵⁸.

В последующем, по издании кодексов и иного законодательства, организации судебной системы с меньшим или боль-

¹⁵⁶ См.: Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб.: Лань, 2000. С. 452–453.

¹⁵⁷ Там же. С. 454–457.

¹⁵⁸ См.: Верещагин А. Н. Указ. соч. С. 23.

шим 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 деятельности¹⁵⁹. В 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 права¹⁶⁰.

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»¹⁶¹. 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

¹⁵⁹ Подробный анализ позиций по данному вопросу см., напр.: Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судейское право. М.: Проспект, 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.

¹⁶⁰ См.: Марченко М. Н. Указ. соч. С. 106–107.

¹⁶¹ См., напр.: Вопленко Н. Н. Источники и формы права. Волгоград, 2004. С. 74.

Суда РФ, Пленума Верховного Суда РФ и других высших судебных инстанций ее фактическую предпосылку составляет активная деятельность всей системы соответствующих судебных органов¹⁶².

Дилемма «есть в России прецедент как источник права – нет прецедента» в ходе проведения российских правовых реформ, в процессе становления «персонистского» типа права обострилась и актуализировалась¹⁶³, хотя сам «прецедент» и идея о нем 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.¹⁶⁴ 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 права¹⁶⁵.

В. П. Реутов в 1970-е г. предложил рассматривать указанные акты, а также решения по принципиальным конкретным делам правоположениями, представляющими прообраз (модель) будущей правовой нормы¹⁶⁶.

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

¹⁶² См.: Марченко М. Н. Указ. соч. С. 108.

¹⁶³ 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 гражданском судопроизводстве. М.: Лиджист, 2001. С. 137. И др.

¹⁶⁴ См., напр.: Орловский П. Е. Значение судебной практики в развитии советского гражданского права // Советское право. 1940. № 8/9. С. 91–97.

¹⁶⁵ См.: О юридической природе руководящих указаний Пленума Верховного Суда СССР // Советское государство и право. 1956. № 8.

¹⁶⁶ См.: Реутов В. П. Стадии воздействия юридической практики на развитие законодательства // Правоведение. 1970. № 3. С. 117–118.

признавать имущество, нажитое супругами в период фактического прекращения семейных отношений и ведения общего хозяйства, их раздельной собственностью¹⁶⁷.

Между тем нормы КоБС РСФСР 1969 г., 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 почти исключительно на сохранение семьи, поэтому придание юридического значения фактическому разводу на этом фоне выглядело непоследовательно¹⁶⁸.

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»¹⁶⁹. 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.)

¹⁶⁷ См.: Сб. постановлений Пленумов Верховных Судов СССР и РСФСР (Российской Федерации) по гражданским делам. М., 1995. С. 90.

¹⁶⁸ 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 ЗАГСа 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).

¹⁶⁹ Маслов В. Ф. Имущественные отношения в семье. Харьков, 1972. С. 15.

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 другим¹⁷⁰).

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 логичные) только волею законодателя¹⁷¹. 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)¹⁷².

Вернемся, однако, к «гамлетовской» дилемме. Наша историческая иллюстрация имела целью лишь продемонстрировать, что корни «прецедентных»¹⁷³ попыток развивались достаточно давно. Но именно в 90-е и «нулевые» годы они дали и доктринальные, и практические¹⁷⁴ дружные «всходы». Однако генетическая и онтологическая их природа различна.

Так, Р. З. Лившиц, в рамках дискуссий 1990-х гг., предположил, что в ходе развития российской правовой системы теоретиче-

¹⁷⁰ Если квалифицировать акт в качестве аналогии (чего сам Пленум не делает), то такая «аналогия», на наш взгляд, находится за пределами и этого вида усмотрения.

¹⁷¹ В 70-е гг. XX в. наша правовая система не знала еще конституционного правосудия.

¹⁷² В СК РФ данное положение, как известно, появилось (п. 4 ст. 38), однако это уже – «другая песня».

¹⁷³ Кавычки проставлены в связи с тем, что Постановления Пленума данного вида не подпадают под классический прецедент, являются, возможно, особой разновидностью гипотетического источника права.

¹⁷⁴ Практическая актуализация вопроса, в том числе, произошла в связи с принятием Пленумом Высшего Арбитражного Суда РФ Постановления от 14 февраля 2008 г. № 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».

ские 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, позицию¹⁷⁵.

В. С. Нерсисянц противоположную точку зрения выстраивал на основе российской конституционной концепции разделения властей, приверженности континентальных правовых систем отрицательному отношению к судебному правотворчеству как источнику права, безусловного вектора правосудия в применении права¹⁷⁶. Сходную позицию занимают и В. В. Ершов¹⁷⁷, 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 88-ю регионами, «будет иметь катастрофические последствия»¹⁷⁸.

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

¹⁷⁵ См.: Лившиц Р. З. Судебная практика как источник права // Судебная практика как источник права / отв. ред. Б. Н. Топорнин. М., 1997. С. 5.

¹⁷⁶ См.: Нерсисянц В. С. У российских судов нет правотворческих полномочий // Судебная практика как источник права. М.: Юрист, 2000. С. 107.

¹⁷⁷ См.: Ершов В. В. Судебное правоприменение: актуальные теоретические и практические проблемы // Российское правосудие. 2006. № 5. С. 7; Его же. Основополагающие общетеоретические и гражданско-правовые принципы права. М., 2010. С. 18.

¹⁷⁸ См.: Курбатов А. Я. Прецедентное право в России: пренебрежение к законам и усугубление проблем правоприменения // Закон. 2011. № 4. С. 109–110.

актуальны и другие вопросы – о природе, сущности, виде судебных прецедентов, их достоинствах и недостатках¹⁷⁹.

Г. В. Мальцев, например, дифференцирует прецедентную конструкцию на классический (англо-саксонский) и неклассический¹⁸⁰ типы. Так, вследствие «судейской дискреции и усмотрения судей, применяющих нормы закона при рассмотрении аналогичных конкретных дел, – продолжает автор, – в их деятельности 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»¹⁸¹.

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

¹⁷⁹ См.: Марченко М. Н. Указ. соч. С. 112.

¹⁸⁰ Изложение данного тезиса осуществляется исходя из смысла и текстуально с авторским не совпадает.

¹⁸¹ Мальцев Г. В. Указ. соч. С. 643.

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); перепроверка 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 парламентом¹⁸².

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.¹⁸³ 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.

¹⁸² См.: Мальцев Г. В. Указ. соч. С. 632–641.

¹⁸³ Очевидным, общим местом в подобных ситуациях является тезис о том, что если другие народы придумали другую систему, то первые по-своему правы, а вторая (система) имеет право на существование. Но верен тезис и о следующих народах и их системах...

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 нем¹⁸⁴.

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 актов¹⁸⁵.

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»¹⁸⁶), ибо они имеют ненормативный характер и рассчитаны на однократность¹⁸⁷. 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

¹⁸⁴ См.: Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судейское право. С. 113.

Подробно о «классике жанра» см., напр.: 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. М.: Статут, 2005. С. 16–37. И др.

¹⁸⁵ Марченко М. Н. Указ. соч. С. 128.

¹⁸⁶ В этом пояснительном тезисе М. Н. Марченко ссылается на А. Л. Буркова (см.: Марченко М. Н. Указ. соч. С. 430).

¹⁸⁷ Там же.

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 том, что использование слова «прецедент» в качестве синонима судейского права вообще увеличивает объем исследуемого понятия до тех опасных его пределов, когда содержание делается существенно обедненным и потребуются другой термин для различения явления правообразующих решений по конкретным делам от иных форм судебного активизма (правотворчества)¹⁸⁸.

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

¹⁸⁸ 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 неединично. 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.

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 судом¹⁸⁹; отказ воспринимать позиции, фиксированные в индивидуальных актах, в качестве руководства к действию есть аномалия и основание к пересмотру дела¹⁹⁰.

В теоретическом дискурсе, в действительности, по данному вопросу «штиля»¹⁹¹ по-прежнему не наблюдается. Так, например, С. К. Загайнова полагает акты высших судов, в том числе и общего характера, интерпретационным авторитетом для нижестоящих судов, которые не обладают, 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 нормы¹⁹². 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 ссылку¹⁹³. 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

¹⁸⁹ В отдельных частях текста мы не цитируем автора буквально, а сообщаем смысл позиции в системе его общих идей.

¹⁹⁰ См.: Верещагин А. Указ. соч. С. 139.

¹⁹¹ По П. Л. Капице: без столкновения мнений наука превращается в кладбище. (Цитируется А. Н. Верещагиным. Указ. соч. С. 144.)

¹⁹² См.: Загайнова С. К. Судебный прецедент: проблемы правоприменения. М., 2002. С. 157–158.

¹⁹³ См.: Жуйков В. М. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации: разрешение коллизий // Российская юстиция. 2003. № 5. С. 27–29.

Верховного Суда РФ или Высшего Арбитражного Суда РФ), что вытекает и из указания соответствующего законодательства¹⁹⁴.

И. В. Решетникова связывает выравнивание трех ветвей власти в сфере нормотворчества с официальным закреплением руководящих разъяснений высших судебных инстанций в качестве нормативных актов¹⁹⁵, однако не предлагает встроить в эту систему их решения по конкретным делам.

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 другого¹⁹⁶. (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 судейского произвола¹⁹⁷.

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

¹⁹⁴ И автор предлагает необходимые ссылки. См.: Жилин Г. А. Правосудие по гражданским делам: Актуальные вопросы. М.: Проспект, 2010. С. 254–256.

¹⁹⁵ См.: Решетникова И. В. Доказательственное право в российском гражданском судопроизводстве: автореф. дис. ... д-ра. юрид. наук. Екатеринбург, 1997. С. 26.

¹⁹⁶ См.: Цихоцкий А. В. Прецедентное право в механизме обеспечения эффективности правосудия по гражданским делам. С. 141.

¹⁹⁷ Там же. С. 150, 152.

юридической практики¹⁹⁸. 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 законодательно 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»¹⁹⁹. 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 применимого 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)²⁰⁰. 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 основ²⁰¹.

¹⁹⁸ 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.

¹⁹⁹ См.: Верещагин А. Н. Указ. соч. С. 137–138.

²⁰⁰ Подробно и весьма занимательно о том, как менялась позиция законодателя относительно, например, статуса руководящих разъяснений высших судов см.: Верещагин А. Н. Судебное правотворчество в России. С. 141–158.

²⁰¹ См.: Верещагин А. Н. Судебное правотворчество в России. С. 151.

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.)²⁰², с другой – констатирует общую тенденцию фактического усиления ее роли. Относя российскую гражданско-процессуальную систему к смешанному культурологическому типу²⁰³, автор полагает, что судебный прецедент официальным источником не станет, но фактически в качестве источника права используется²⁰⁴.

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 последнего²⁰⁵, в той или иной форме²⁰⁶.

²⁰² Которые, как мы уже отмечали применительно к позиции М. Н. Марченко, почти полным строем могут быть передислоцированы и в пространство традиционного правотворчества.

²⁰³ 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.

²⁰⁴ См.: Малешин Д. Я. Судебный прецедент в России: социокультурные особенности // Закон. 2010. № 11. С. 123–124, 128.

²⁰⁵ См.: Боннер А. Т. Судебный прецедент в российской правовой системе // Избранные труды по гражданскому процессу. СПб.: СПбГУ, 2005. С. 420–423.

²⁰⁶ По мнению А. Т. Боннера, интересно предложение И. А. Ястржембского о дифференциации прецедента на обязательный, толковательный, убеждающий и информационный типы. Однако в этой связи

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 соответствии 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 невелико²⁰⁷, 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»²⁰⁸.

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 «ремэйк», либо написание. Например: «приняв заявление о расторжении брака, судья по каждому делу обязан провести подготовку к судебному раз-

полезно напомнить приведенные ранее соображения А. Н. Верещагина о классическом понимании прецедента и его взаимодействии с иными формами судебного правотворчества и активизма.

²⁰⁷ Там же. С. 424.

²⁰⁸ См.: Бойко А. И. Язык уголовного закона и его понимание. М.: Юрлитинформ, 2010. 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.)

бирательству 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 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»²⁰⁹, ни «рекомендации» не могут квалифицироваться в качестве «судебной практики» и тем более – актов нормотворчества. Такие шансы имеются у отдельных положений по толкованию норм²¹⁰ 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 праве²¹¹.

Тем не менее ученый фиксирует случаи «изобретения» высшими судебными инстанциями положений, которых ранее не было в действующем законодательстве, то есть выходящих

²⁰⁹ Не совсем ясно, как соотносятся у автора разъяснения и акты толкования.

²¹⁰ 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).

²¹¹ См.: Боннер А. Т. Указ. соч. С. 424–425.

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 существенность нарушений норм материального права)²¹² и др. Если 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»²¹³. Что же касается постановлений этих структур по конкретным делам, то они являются «прецедентами толкования»²¹⁴, внимательно изучаются судьями и другими юристами, часто верны, но иной раз и ошибочны. Поэтому, констатирует А. Т. Боннер, их нельзя поднимать до уровня источников права²¹⁵. (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 актом²¹⁶.)

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 част-

²¹² См.: Боннер А. Т. Указ. соч. С. 425–427.

²¹³ Там же. С. 429.

²¹⁴ Здесь автор солидарен с С. С. Алексеевым. См.: Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 1. М., 1981. С. 352–354.

²¹⁵ См.: Боннер А. Т. Указ. соч. С. 430.

²¹⁶ 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.

ности, подтверждается и отменой собственных постановлений по мотивам противоречия закону или его изменения²¹⁷. 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 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 правотворчества²¹⁸. 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 семейноведы²¹⁹. Они либо занимают нейтральную, неконкретизированную к данной дискуссии позицию²²⁰, либо отрицают за судебной практикой статус источника семейного права²²¹, либо приветствуют его.

²¹⁷ Как мы только что отметили, подобные констатации неизбежны и в отношении законов, тем более иных нормативно-правовых актов.

²¹⁸ См.: Черданцев А. Ф. Толкование права и договора. М.: Юнити, 2003. С. 298–301.

²¹⁹ Подробно об этом см., напр.: Низамиева О. Н. Договорное регулирование имущественных отношений в семье. Казань: КазГУ, 2005. С. 55–64.

²²⁰ См.: напр.: Нечаева А. М. Семейное право. М.: Юристъ, 2006. С. 40; Семейное право / под ред. П. В. Крашенинникова. М.: Статут, 2007. С. 26. И др.

²²¹ См., напр.: 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.

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 подобного 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»²²². Да будет так.

В развитие идеи о многообразии прецедентных контекстов²²³, А. Н. Верещагин обращает наше внимание на активизацию в современном правосудии практики прямого применения Конституции РФ, поощренную соответствующим Постановлением Верховного Суда РФ²²⁴. 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

²²² Антокольская М. В. Семейное право. М.: Норма, 2010. С. 53.

В учебнике 1997 г. автор занимала существенно иную позицию (Семейное право. М.: Юристъ, 1997. С. 39).

Мы делаем эту оговорку отнюдь не с целью упрека, так как полагаем данного автора творческим и самостоятельным ученым. Наша цель – констатировать вектор изменения позиций в данном вопросе и порадоваться, что «нашего полку прибыло».

²²³ 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.

²²⁴ См.: Постановление Пленума Верховного Суда от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия».

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 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 делах²²⁵.

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

²²⁵ См.: Верещагин А. Н. Судебное правотворчество в России. С. 160–166.

(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, здоровья, 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 1998 г. № 224 «Об основных гарантиях прав ребенка в РФ», которыми гарантируются указанные права^{226,227}. (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 различные²²⁸.

²²⁶ 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.

²²⁷ См.: Бюллетень ВС РФ. 2003. № 4. С. 14.

²²⁸ Дискутируется также природа полномочий Суда. Так, В. С. Нерсесянц считает, что нормативные положения отменяются не в силу ре-

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 Суда²²⁹. 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 подходов²³⁰ 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

шения 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 Конституция, а не этот законодательный орган». (Верещагин А. Н. Судебное правотворчество в России. С. 104.)

А. Н. Верещагин 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.: Верещагин А. Н. Указ. соч. С. 105–106.

²²⁹ См.: Бондарь Н. С. Нормативно-доктринальная природа решений Конституционного Суда РФ как источников права // Журнал российского права. 2007. № 4. С. 75.

²³⁰ Как известно, предпосылка тому – принадлежность членов КС к научной элите.

КС становится источником не только конституционного, но и отраслевого законодательного нормирования²³¹.

В. Д. Зорькин, Г. А. Гаджиев и др. авторы, с той или иной степенью очевидности и тождественности, относят решения КС РФ к судебному прецеденту²³². Так, первый автор, не отождествляя их в полной мере, подчеркивает близость данных актов к классическим прецедентам 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 системы²³³.

Т. Г. Морщакова и др. авторы подчеркивают преюдициальное значение актов конституционного правосудия²³⁴. 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 суде, а на факты конституционности или неконституционности проверенных нормативных актов²³⁵. Это же обстоятельство отличает их, по мнению Н. С. Бондаря, и от прецедента²³⁶.

Наконец, Н. В. Витрук, Л. В. Лазарев и другие ученые полагают решения Конституционного Суда РФ самостоятельным ис-

²³¹ Далее Н. С. Бондарь приводит убедительные примеры подобного рода. (см.: Там же. С. 78–80).

²³² См., напр.: Зорькин В. Д. Прецедентный характер решений 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.

²³³ См.: Зорькин В. Д. Указ. соч. С. 6.

²³⁴ См., напр.: Морщакова Т. Г. Разграничение компетенции между Конституционным Судом и другими судами Российской Федерации // Вестник КС РФ. 1996. № 6. С. 29.

²³⁵ См.: Жилин Г. А. Указ. соч. С. 364–365.

²³⁶ См.: Бондарь Н. С. Указ. соч. С. 84.

точником права, содержащим те или иные свойства всех ранее перечисленных «типов»²³⁷, при этом источником разнохарактерным, решающим различные задачи в сочетании и отдельности. Они могут иметь «первично-превалирующее» негативное начало, заключающееся в отмене соответствующей правовой нормы (лишении ее силы); позитивное конституционное истолкование норм отраслевого законодательства (с его «рихтовкой») и т. д.²³⁸

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 произойдет²³⁹, 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»²⁴⁰.

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

²³⁷ См., напр.: 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.

²³⁸ См.: Бондарь Н. С. Указ. соч. С. 76–77.

²³⁹ См., напр.: прогноз В. Ю. Соловьева (Судебная практика в российской правовой системе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 6.)

²⁴⁰ Марченко М. Н. Указ. соч. С. 129–130.

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 позиции²⁴¹. Р. Л. Иванов, дифференцируя акты судебного правотворчества, 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 нормы²⁴². 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 деятельности²⁴³. 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.²⁴⁴

²⁴¹ См.: Долгополова М. В. Правосудие как субъект правового регулирования // Правоведение. 2008. № 4. С. 244.

²⁴² См.: Иванов Р. Л. Виды актов судебного правотворчества в Российской Федерации // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2010. № 3. С. 8.

²⁴³ 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.

²⁴⁴ См.: Кряжков В. А., Лазарев Л. В. Конституционная юстиция в Российской Федерации. М.: Бек, 1998. С. 246–247.

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 в сложных системных взаимосвязях с корреспондирующими и правовыми позициями законодателя²⁴⁵.

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»²⁴⁶. 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 обращает внимание большинство ученых, анализирующих природу и сущность указанных актов²⁴⁷. Так, Н. С. Бондарь подчеркивает, что по буквальному смыслу ФЗ от 30 марта 1998 г. № 54-ФЗ «О ратифи-

²⁴⁵ См.: Бондарь Н. С. Власть и свобода... С. 135–143; Его же. Нормативно-доктринальная природа решений... С. 82–83.

²⁴⁶ Марченко М. Н. Судебное правотворчество... С. 475.

²⁴⁷ 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.

кации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и 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 вопросу²⁴⁸. Более того, ЕСПЧ дает поводы для утверждения, что его решения не всегда воспринимаются им самим как имеющие абсолютное значение прецедентов²⁴⁹. При этом, замечает Н. С. Бондарь, следует учитывать двуединую природу рассматриваемых судебных актов: 1) как решений казуальных; 2) как актов, содержащих официальное толкование Конвенции²⁵⁰.

При этом, 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)²⁵¹.

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 наоборот²⁵². Чаще всего, отмечает автор, КС РФ обращается к практике ЕСПЧ в рамках конституционного истолкования норм текущего законодатель-

²⁴⁸ См.: Бондарь Н. С. Указ. соч. С. 114.

²⁴⁹ Там же. С. 114.

²⁵⁰ Бондарь Н. С. Указ. соч. С. 116.

²⁵¹ См.: Нуссбергер Ангелика. Восстановление вавилонской башни. Европейский Суд по правам человека и многообразие правовых культур // Сравнительное конституционное обозрение. 2007. № 2. С. 78.

²⁵² См.: Бондарь Н. С. Указ. соч. С. 117.

ства²⁵³. Российским судам, подчеркивает В. Д. Зорькин, необходимо учитывать в своей деятельности прецедентную практику ЕСПЧ, опираясь на соответствующий опыт КС РФ²⁵⁴.

²⁵³ Там же. С. 123.

²⁵⁴ 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 обоснованно; «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 сувере-

Применительно к высшим судебным инстанциям, констатирует В. А. Канашевский, именно так и происходит (в том числе, при разрешении гражданских дел)²⁵⁵. 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)²⁵⁶.

нитета имеется в правовой позиции Федерального Конституционного Суда Германии по делу Гёргиюлю); Россия также вправе выработать механизмы защиты от таких решений, осуществляющих «внешнее дирижирование» правовой ситуации в стране, игнорирующих историческую, культурную и социальную ситуацию; таких «дирижеров» надо поправлять». (См.: Зорькин В. Д. Предел уступчивости // Российская газета от 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 необоснован необходимыми и достаточными 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. Одновременно вынуждены заметить, что стилистика статьи выдает личную обиду автора, на что массово обратили внимание «дискутеры» Интернет. Кроме того, невооруженным глазом заметна и кардинальная смена позиции по сравнению с обозначенной в прежнее время, в частности в цитированной нами ранее статье.

²⁵⁵ 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.

²⁵⁶ Канашевский В. А. Указ. соч. С. 126.

Следует также иметь в виду, что решения данного Суда отражают западные представления о правах человека, позиционируемых в качестве универсальных²⁵⁷, общецивилизационных. Между тем существуют и другие цивилизационные подходы. То, что 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 образцов²⁵⁸.

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 гг. XX в. в вопросах свободы брака и развода, статуса детей независимо от обстоятельств их рождения на порядок опережало законодательство европейское. Даже регрессивный провал 40-х – начала 60-х гг. 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

²⁵⁷ См.: Марченко М. Н. Указ. соч. С. 488.

²⁵⁸ См., напр.: 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.

кодекс», которая изначально содержала лишь обязательство государств воздерживаться от произвольного вмешательства в частную и семейную жизнь (ст. 8 Конвенции). Развивая Конвенцию 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»²⁵⁹. 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 реше-

²⁵⁹ См.: Антокольская М. В. Семейное право. М.: Норма, 2010. С. 47–48.

ния достаточно очевидна – она имеет политическую подоплеку: за несколько дней до принятия решения ирландское население на 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 участниками²⁶⁰.

Как показывает практика, наибольший и реальный резонанс имеют акты ЕСПЧ, фиксирующие факты затягивания процесса, несоблюдения разумного срока рассмотрения дела²⁶¹. В этой связи российский законодатель среагировал принятием ФЗ «О компенсации 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*²⁶².

²⁶⁰ См.: Антокольская М. В. Указ. соч. С. 47–51.

²⁶¹ Это приводит, как правило, и к серьезной дисциплинарной ответственности судей.

²⁶² В 2009 г. в ЕСПЧ поступило 57 157 жалоб; по состоянию на 1 января 2010 г. ожидали своего разрешения более 119 тыс., в том числе 33 550 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.

Глава VIII. О принципе процессуальной активности суда

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) традицию²⁶³ и лишь частично – континентальную, в том числе российскую, – в рамках преимущественно конституционного правосудия²⁶⁴. Процессуальная же активность суда ориентирована 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 актов²⁶⁵. Понимаемая в широком смысле, она простирает свои «щупальца» в деятельность по конкретизации, толкованию, применению норм по правилам субсидиарности и аналогии, разрешению 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,

²⁶³ О судебном активизме см., напр.: Голдобина З. Г., Игнатенко А. В. Судебный активизм в контексте американской политико-правовой доктрины в последние десятилетия XX в. // Правоведение. 2007. № 2. С. 135–144.

²⁶⁴ Подробнее об этом см. предыдущую главу.

²⁶⁵ В рамках заявленной темы мы не рассматриваем и, тем более, не сравниваем меру данной активности судов общей юрисдикции и арбитражных судов.

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» (*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 состязательности²⁶⁶, 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

²⁶⁶ 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.

либо как к одной из основных идей. Последствия выбора очевидны: исключений не должно быть много – они, как известно, призваны лишь подтвердить 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»²⁶⁷.

Российские процессуалисты конца XIX – начала XX в. 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. Гольмстен²⁶⁸).

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 стороне – в смысле права им свободно распоряжаться. Аргументы авторов сводились к следующему: 1) фактические обстоятельства могут быть лучше установлены теми, кому они ближе; 2) тяжущиеся

²⁶⁷ Гукасян Р. Е. Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве // Избранные труды по гражданскому процессу. М., 2009. С. 116–117. (Работа 1970 г.).

²⁶⁸ См.: Гольмстен А. Х. Учебник русского гражданского судопроизводства. СПб., 1907.

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 самоуправством²⁶⁹; 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» поединка, а суд должен не только 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»²⁷⁰.

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 решение²⁷¹, и с принципом материального руководства процессом,

²⁶⁹ 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).

²⁷⁰ См.: Васьковский Е. В. Учебник гражданского процесса. М., 2003. С. 101–103.

²⁷¹ Там же. С. 100.

то есть добавлением «некоторой дозы следственного начала», дабы устранить «вредное влияние неравносильности сторон» путем исполнения судом «роли помощника и советника сторон»²⁷².

Эти последние соображения автора придают его позиции определенное компромиссное начало, вполне созвучное с современной процессуалистикой, при том 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 существовании 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»²⁷³.

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 обстоятель-

²⁷² Он именуется автором также «инструкционным принципом».

В этой роли суд должен «предлагать тяжущимся вопросы и указывать им на пробелы в представленных доказательствах». См.: Васьковский Е. В. Указ. соч. С. 104–106.

²⁷³ Нефедьев Е. А. Учебник русского гражданского судопроизводства. М., 1900. С. 161.

ствам дела, послужившим поводом к спору между сторонами»²⁷⁴. 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!»²⁷⁵ Соответственно, по мнению Т. М. Яблочкова, «принципы состязательности, диспозитивности и свободного почина получают новое содержание, иной смысл и иное взаимное отношение»²⁷⁶. В частности, автор подчеркивал сомнительность тесной взаимной связи состязательности и диспозитивности, превращающей процесс в хорошо организованную партию «в бокс, при которой судья играет роль беспартийного 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 во внимание одну из главных его целей – восстанавливать права»²⁷⁷.

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,

²⁷⁴ 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.

²⁷⁵ Там же. С. 392–395.

²⁷⁶ Там же. С. 399.

²⁷⁷ Яблочков Т. М. Указ. соч. С. 421–423.

интересы публичные»; только организация процесса, ведущая к установлению действительных взаимоотношений сторон, внушит уважение к закону и суду и укрепит правопорядок²⁷⁸. 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 судостройства²⁷⁹. 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»²⁸⁰; от усмотрения субъекта права зависит, обратиться или нет к суду, а уже далее его свобода ограничивается весьма определенными рамками, уступив место свободе суда организовать процесс надлежащим образом для достижения целей правосудия^{281, 282}.

²⁷⁸ Рязановский В. А. Единство процесса. М., 2005. С. 36. (Работа 1920 г.).

²⁷⁹ Там же. С. 37.

²⁸⁰ Там же. С. 50–51.

Как мы видели ранее, принцип материального руководства процессом со стороны суда не вполне отрицал и Е. В. Васьяковский – различия авторских позиций состоит в мере его присутствия.

²⁸¹ Там же. С. 59–60.

²⁸² Автор приводит исключительные примеры из иностранных гражданских процессов даже тех стран, где строго проводится начало *in rem 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 право по своему усмотрению постано-

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), 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 доказательств²⁸³.

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». Обязан-

вить о допросе тяжущихся супругов, их родственников и соседей и др. лиц (ст. 1345⁸). См.: Там же. С. 53, 74.

²⁸³ См.: Малешин Д. Я. Гражданский процесс России: романо-германский, англосаксонский или смешанный тип? // Журнал российского права. 2010. № 12. С. 82.

ность 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 процессом²⁸⁴.

Соответственно в 1960–1980-е гг. 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, 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 принципов²⁸⁵. Постоянные попытки изобретения принципов-новелл, в том числе путем расчленения уже имеющих 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

²⁸⁴ См.: Малешин Д. Я. Указ. соч. С. 84.

²⁸⁵ 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.

только введения новых принципов, но и уничтожения старых, об отказе от устоявшихся основных положений²⁸⁶.

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 странах²⁸⁷.

²⁸⁶ Чечина Н. А. Основные направления развития науки советского гражданского процессуального права. Л., 1987. С. 85.

²⁸⁷ См., напр.: 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.).

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 КПП 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. Об-

Наиболее настойчиво идея о принципе процессуальной активности проводится в работах В. М. Семенова²⁸⁸. 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 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 решения²⁸⁹.

Активным сторонником идеи процессуальной активности суда (служебного начала) был и известный болгарский процессуалист Ж. Сталев^{290, 291}. Так, анализируя служебное начало су-

щие 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.

²⁸⁸ См.: Семенов В. М. Специфические отраслевые принципы советского гражданского процессуального права // Сб. ученых трудов 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.

²⁸⁹ См.: Семенов В. М. Конституционные принципы... С. 127–144.

²⁹⁰ См.: Сталев Ж. Българско гражданско процессуално право. София, 1979. С. 90–112.

²⁹¹ В 1950–1980-е гг. этот принцип находился в среде относительно устойчивого обижания не только в болгарском, но также в немецкой и польской гражданско-процессуальной науке. Подробнее об этом см.,

дебной 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 силу²⁹². 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 сторонами, но в определенных случаях могут осуществляться и судом²⁹³. Среди российских процессуалистов наиболее четкую и обоснованную позицию по данному вопросу в 1970–1980-е гг. 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 действи-

напр.: 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.

²⁹² См.: Сталев Ж. Указ. соч. С. 110–113.

²⁹³ См.: Брайков С. Някои прояви на служебното начало в изпълнението на граждански процес на НРБ. Лекции за следдипломна специализация на юристи. София, 1981. С. 81.

ях не только материально (лично) заинтересованных субъектов, но и иных участвующих в деле лиц, а также и суда, контролирующего распорядительные действия сторон²⁹⁴, то есть объединяет в одном принципе два различных начала, что невозможно²⁹⁵.

В то же время Р. Е. Гукасян, исследуя природу действий прокурора и органов госуправления по оказанию гражданам и организациям 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) интерес²⁹⁶, 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 РСФСР 1923 г. (ст. 2а, ст. 172а) и ст. 39 ГПК 1964 г.²⁹⁷. 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

²⁹⁴ 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.

²⁹⁵ См.: Гукасян Р. Е. Указ. соч. С. 96.

²⁹⁶ Там же. С. 97–102.

²⁹⁷ В действующем ГПК правила о привлечении судом надлежащего ответчика в качестве второго ответчика, а также руководителя третьим лицом без самостоятельных требований нет.

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 пошлины²⁹⁸).

* * *

Изменение гражданско-процессуального законодательства лишь несколько ослабило позицию «судебной процессуальной активности» и, соответственно, теоретические позиции его сторонников²⁹⁹. Тем не менее в своем классическом (и наиболее 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 – полно-

²⁹⁸ См.: Р. Е. Гукасян. 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.

²⁹⁹ Так, в ведущих учебниках последнего десятилетия прямое упоминание о данном принципе отсутствует. В лучшем случае речь идет о принципе судебного руководства процессом (см., напр.: 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.

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.

стью 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.³⁰⁰ 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 комментариев³⁰¹ 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 лишении родительских прав (ст. 70 СК РФ)³⁰², 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 советчика, органа госуправления и др.), ст. 87 (о назначении дополнительной или повторной экспертизы), ст. 144, 151 (об отмене обеспечения иска; о соединении, разъединении исковых

³⁰⁰ См.: Жилин Г. А. Правосудие по гражданским делам. С. 268–269.

³⁰¹ См.: Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. В. М. Жуйкова и М. К. Треушникова. М., 2007. С. 427–428.

³⁰² Добавим: аналогичное правило – при отмене усыновления (п. 4 ст. 143 СК РФ).

требований), ст. 200, 201 (об исправлении описок или ошибок, вынесении дополнительного решения) и др.³⁰³

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 работах³⁰⁴, 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 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 РФ³⁰⁵.

³⁰³ См.: Чесовский Е. Принцип процессуальной активности... С. 23–25.

³⁰⁴ См., напр.: Тарусина Н. Н. Вопросы теории семейного права и гражданского процесса. М., 2001. С. 53; Ее же. Семейное право: Очерки из классики и модерна. Ярославль, 2009. С. 243, 538.

³⁰⁵ 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».

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 разных адресатов, разную природу и, частично, различные цели³⁰⁶. 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»³⁰⁷. 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 же подтверждается и эволюцией идеи судебно-процессуальной активности с конца XIX в. до настоящего времени³⁰⁸.

³⁰⁶ Состязательность сторон, как и процессуальная активность суда, направлена, в том числе, на установление обстоятельств дела.

³⁰⁷ Малешин Д. Я. Российский тип гражданского судопроизводства // Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11. Право. 2007.

³⁰⁸ К сожалению, у нас отсутствует традиция (в рамках несостоявшегося судебного права) «размышленческого» 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 смиренная 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

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 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, отмечает А. В. Победкин, рассматриваемая многими авторами как обязательное условие состязательности – 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).

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.

его активность усилили, что в целом отвечает как современному социокультурному состоянию российского общества, так и задачам разумной глобализации в правовой сфере³⁰⁹.

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, 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 вопросам³¹⁰ движения процесса к правосудному результату – безусловные варианты процессуальной активности суда в рамках судебного усмотрения.

Заключение

В данном учебном пособии авторы затронули лишь некоторые теоретические проблемы науки гражданского процессуального права. За пределами пособия оказались проблемы правового положения лиц, участвующих в деле, иска, доказывания, видов гражданского судопроизводства и др. Выбор круга научных проблем во многом определялся научными интересами авторов. Мы стремились также познакомить читателя с особенностями ярославской процессуальной школы, показать разногласия в решении некоторых проблем «внутри» данной школы.

Авторы будут считать свою цель достигнутой, если после прочтения данной книги у студентов появится желание глубже ознакомиться с затронутыми в ней вопросами, внимательно прочитать литературу, на которую ссылаются авторы. Надеемся также на то, что мы сумели показать связь теоретических проблем с потребностями законотворчества и судебной практики.

³⁰⁹ См.: Малешин Д. Я. «Ограниченная активность» суда...

³¹⁰ См. компоненты, перечисленные, например, Г. А. Жилиным. (Указ. соч. С. 269.)

Контрольные вопросы

Глава I

1. Роль и значение суда в государстве
2. Понятие юридического процесса в российской правовой науке
3. Организационные нормы и правоотношения: понятие и виды
4. Понятие и виды форм защиты субъективных прав и законных интересов
5. Понятие, признаки и формы правосудия
6. Взаимодействие законодательной, исполнительной и судебной ветвей власти в правовом государстве
7. Роль судебного прецедента в современной системе права
8. Основные положения Концепции судебной реформы в Российской Федерации 1991 года
9. Проблема единства и дуализма судебной системы в РФ
10. Совершенствование судебной системы РФ по Концепции судебной реформы
11. Совершенствование судеустройственных принципов по Концепции судебной реформы
12. Проблема расширения начал диспозитивности и состязательности по Концепции судебной реформы
13. Роль прокуратуры и адвокатуры в современном судебном процессе
14. Взаимодействие Конституционного Суда РФ, общих и арбитражных судов РФ
15. Современные тенденции развития административной юстиции в РФ

Глава II

1. Понятие и структура механизма защиты субъективных прав и законных интересов
2. Сущность гражданского судопроизводства как формы защиты субъективных гражданских прав и формы правосудия
3. Понятие и защита субъективных прав и законных интересов
4. Теория механизма защиты субъективных прав М. А. Гурвича
5. Теория охранительных правоотношений как элемента механизма защиты субъективных прав и законных интересов
6. Предпосылки охранительных правоотношений
7. Содержание охранительных правоотношений

8. Способы защиты субъективных прав и меры юридической ответственности
9. Теории субъектного состава охранительных правоотношений
10. Этапы реализации охранительных правоотношений
11. Организационно-правовые формы реализации охранительных правоотношений
12. Место гражданского судопроизводства в системе организационно-правовых форм реализации охранительных правоотношений
13. Понятие предмета судебной деятельности в гражданском процессе

Глава III

1. Понятие принципов права
2. Принципы права и метод правового регулирования отрасли права
3. Принципы и нормы права: сходства и различия
4. Роль принципов права в преодолении пробелов в праве
5. Значение правовых принципов для деятельности законодателя
6. Значение правовых принципов для правоприменителя
7. Система принципов гражданского процессуального права
8. Судебноструктурные принципы гражданского процессуального права
9. Участие общественности в осуществлении правосудия: достоинства и недостатки
10. Современные проблемы реализации принципа гласности в гражданском судопроизводстве
11. Принцип законности гражданского процессуального права
12. Установление истины в гражданском процессе. Принцип объективной и формальной истины
13. Принцип диспозитивности гражданского процессуального права
14. Принцип состязательности гражданского процессуального права
15. Принцип процессуального равенства сторон
16. Принцип непосредственности, непрерывности, устности

Глава IV

1. Понятие гражданских процессуальных правоотношений
2. Виды гражданских процессуальных правоотношений
3. Особенности гражданских процессуальных правоотношений
4. Нормы гражданского процессуального права как предпосылка гражданских процессуальных правоотношений

5. Гражданская процессуальная правоспособность как предпосылка гражданских процессуальных правоотношений
6. Проблема содержания гражданских процессуальных правоотношений
7. Специфика гражданских процессуальных субъективных прав и процессуальных обязанностей
8. Субъекты гражданских процессуальных правоотношений
9. Лица, участвующие в деле
10. Теория объекта гражданских процессуальных правоотношений
11. Объект и предмет гражданских процессуальных правоотношений

Глава V

1. Место юридических фактов в механизме правового регулирования
2. Специфика юридических фактов в гражданском процессуальном праве
3. Юридические факты и фактические составы
4. Действия и события как юридические факты гражданского процессуального права
5. Правовые состояния и их роль в динамике гражданских процессуальных правоотношений
6. Обращение в суд как юридический факт гражданского процессуального права
7. Предпосылки права на обращение в суд
8. Условия реализации права на обращение в суд
9. Судебное решение как юридический факт материального и процессуального права
10. Место судебного решения в механизме судебной защиты субъективных гражданских прав и законных интересов

Глава VI

1. Значение правового спора для гражданского процесса
2. Материально-правовая концепция правового спора
3. Процессуальная концепция правового спора
4. Спор о праве как организационно-охранительное правоотношение
5. Спор о праве и предмет судебной деятельности в гражданском процессе
6. Влияние правового спора на порядок рассмотрения дел искового производства

7. Правовой спор и производство по делам, возникающим из публичных правоотношений
8. Правовой спор и особое производство
9. Правовой спор и приказное производство
10. Правовой спор и заочное производство
11. Проблема рассмотрения судами бесспорных дел
12. Третейские суды как организационно-правовая форма разрешения правовых споров
13. Урегулирование разногласий между сторонами спора с помощью процедуры медиации

Глава VII

1. Исчерпывается ли судебное правотворчество судебным прецедентом?
2. Является ли нормативно-доктринальная сущность актов Конституционного Суда РФ прецедентной?
3. Судебное правотворчество и прямое применение Конституции РФ.

Глава VIII

1. Причины тенденции ослабления процессуальной активности суда в российском гражданском судопроизводстве.
2. В каких принципах гражданского процессуального права «растворена» судебная активность?
3. Всегда ли формулировки «суд вправе» означают возможность, а не долженствование?

Библиографический список

Нормативные правовые акты и практика их применения

1. Определение Верховного Суда РФ от 10.05.2011 №5 – В11 – 46 // Система КонсультантПлюс. Решения высших судов.
2. Постановление Конституционного Суда РФ № 1 – П от 23.01.2007 // Российская газета. 2007. 2 февр.
3. Постановление Конституционного суда РФ от 21 апреля 2010 г. № 10–П.
4. Приказ министра путей сообщения РФ от 27.09.2001 г. № 2511 «Об утверждении Правил предъявления и рассмотрения претензий, связанных с перевозкой грузов на железнодорожном транспорте» // Российская газета. 2001. 22 февр.

Специальная литература

1. Александров, Н. Г. Законность и правоотношения в советском обществе / Н. Г. Александров. – М., 1955.
2. Алексеев, С. С. Общая теория права / С. С. Алексеев. – М., 1981. – Т. 1.
3. Алексеев, С. С. Общая теория права / С. С. Алексеев. – М., 1982. – Т. 2.
4. Алексеев, С. С. Общая теория права / С. С. Алексеев. – М. : Проспект, 2008.
5. Алексеев, С. С. Общая теория права: в 2 т. Т. 2 / С. С. Алексеев. – М.: Юридическая литература, 1982.
6. Антокольская, М. В. Семейное право / М. В. Антокольская. – М. : Норма, 2010.
7. Афанасьев, С. Ф. Право на справедливое судебное разбирательство и его реализация в российском гражданском судопроизводстве / С. Ф. Афанасьев. – М. : Юрлитинформ, 2009.
8. Бернэм, У. Судебная реформа: проблемы гражданской юрисдикции / У. Бернэм, И. В. Решетникова, В. В. Ярков. Екатеринбург, 1996.
9. Бондарь, Н. Власть и свобода на весах Конституционного правосудия / Н. Бондарь. – М. : Юстицинформ, 2005.
10. Бондарь, Н. Нормативно-доктринальная природа решений Конституционного Суда РФ как источников права / Н. Бондарь // Журнал российского права. – 2007. – № 4.

11. Бондарь, Н. С. Конвенциональная юрисдикция Европейского Суда по правам человека в соотношении с компетенцией Конституционного Суда РФ / Н. Бондарь // Журнал российского права. – 2006. – № 6.

13. Боннер, А. Т. Соотношение властности и диспозитивности в развитии гражданских процессуальных правоотношений / А. Т. Боннер // Актуальные проблемы защиты субъективных прав граждан и организаций. – М. 1985.

14. Боннер, А. Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе / А. Т. Боннер. – М. : Юридическая литература, 1980.

15. Боннер, А. Т. Судебный прецедент в российской правовой системе / А. Т. Боннер // Избранные труды по гражданскому процессу. – СПб.: СПбГУ, 2005.

16. Борисова, Е. А. Проверка судебных актов по гражданским делам / Е. А. Борисова. – М., 2006.

17. Братусь, С. Н. Предмет и система советского гражданского права / С. Н. Братусь. – М., 1963.

18. Братусь, С. Н. Юридическая ответственность и законность / С. Н. Братусь. – М., 1976.

19. Бутнев, В. В. Гражданский процесс как одна из форм реализации юридической ответственности в эпоху развитого социализма: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В. В. Бутнев. – Л., 1981.

20. Бутнев, В. В. Краткая характеристика механизма реализации юридической ответственности (общетеоретический аспект) / В. В. Бутнев // Юридические записки Ярославского государственного университета им. П. Г. Демидова. – Ярославль, 2004. – Вып. 8.

21. Бутнев, В. В. Метод гражданского процессуального права и гражданская процессуальная ответственность / В. В. Бутнев // Юридические записки Ярославского государственного университета им. П. Г. Демидова. – Ярославль, 1997. – Вып. 1.

22. Бутнев, В. В. Механизм реализации гражданской процессуальной ответственности / В. В. Бутнев // Проблемы защиты субъективных гражданских прав. – Ярославль, 2001.

23. Бутнев, В. В. Механизм судебной защиты субъективных прав и охраняемых законом интересов / В. В. Бутнев // Юридические записки Ярославского государственного университета им. П. Г. Демидова. – Ярославль, 2000. – Вып. 4.

24. Бутнев, В. В. Некоторые актуальные проблемы совершенствования гражданского судопроизводства как формы защиты субъективных прав граждан / В. В. Бутнев // Проблема совершенствования законодательства о защите субъективных гражданских прав. – Ярославль, 1988.

25. Бутнев, В. В. Некоторые замечания к законопроекту Кодекса административного судопроизводства РФ / В. В. Бутнев // Проблемы защиты субъективных гражданских прав. – Ярославль, 2005. – Вып. 6.
26. Бутнев, В. В. Организационные правоотношения и гражданский процесс / В. В. Бутнев // Юридические записки Ярославского государственного университета им. П. Г. Демидова. – Вып. 14: Актуальные проблемы юридического процесса. Ярославль, 2010.
27. Бутнев, В. В. Понятие механизма защиты субъективных гражданских прав / В. В. Бутнев // Механизм защиты субъективных гражданских прав. – Ярославль, 1990.
28. Бутнев, В. В. Понятие предмета процессуальной деятельности в суде и арбитраже / В. В. Бутнев // Предмет процессуальной деятельности в суде и арбитраже. – Ярославль, 1985.
29. Бутнев, В. В. Правовой спор и принцип состязательности гражданского процессуального права / В. В. Бутнев // Тенденции развития гражданского процессуального права России. – СПб., 2008.
30. Бутнев, В. В. Реализация юридической ответственности в гражданском процессе / В. В. Бутнев. – Ярославль, 1985.
31. Бутнев, В. В. Роль суда в механизме защиты субъективных гражданских прав и законных интересов / В. В. Бутнев // Проблемы защиты субъективных гражданских прав. – Ярославль, 2009. – Вып. 10, 11.
32. Бутнев, В. В. Роль судебного решения в правовом регулировании / В. В. Бутнев // Проблемы защиты субъективных гражданских прав. – Ярославль, 2004. – Вып. 5.
33. Бутнев, В. В. Спор о праве – организационно-охранительное правоотношение / В. В. Бутнев // Проблемы защиты субъективных прав и советское гражданское судопроизводство. – Ярославль, 1981.
34. Бутнев, В. В. Спор о праве и гражданское судопроизводство / В. В. Бутнев // Юридические записки Ярославского государственного университета им. П. Г. Демидова. – Ярославль, 2001. – Вып. 5.
35. Бутнев, В. В. Спор о праве и порядок рассмотрения дел искового производства / В. В. Бутнев // Материально-правовые и процессуальные проблемы защиты субъективных прав. – Ярославль, 1983.
36. Бутнев, В. В. Сущность и порядок реализации гражданской процессуальной ответственности / В. В. Бутнев. – Ярославль, 1989.
37. Васьковский, Е. В. Учебник гражданского процесса / Е. В. Васьковский. – М., 1914.
38. Васьковский, Е. В. Руководство к толкованию и применению законов: для начинающих юристов / Е. В. Васьковский. – М., 1913.

39. Васьковский, Е. В. Учебник гражданского процесса / Е. В. Васьковский. – М., 1917.
40. Верещагин, А. Заметки о судебном нормотворчестве / А. Верещагин // Сравнительное конституционное обозрение. – 2007. – № 2.
41. Верещагин, А. Н. Особые мнения в российских судах / А. Н. Верещагин // Государство и право. – 2008. – № 2.
42. Верещагин, А. Н. Судебное правотворчество в России: Сравнительно-правовые аспекты / А. Н. Верещагин. – М. : Международные отношения, 2004.
43. Вилкут, М. А. Природа права на судебную защиту и гражданское судопроизводство / М. А. Вилкут // Теория и практика права на судебную защиту и ее реализация в гражданском процессе. – Саратов, 1991.
44. Витрук, Н. В. Конституционное правосудие в России (1991–2001 гг.): Очерки теории и практики / Н. В. Витрук. – М., 2001.
45. Воробьев, М. К. Природа производства арбитража и место норм, регулирующих его, в системе советского права / М. К. Воробьев // Вопросы теории советского права. – Новосибирск, 1966.
46. Гаджиев, Г. А. *Ratio decidendi* в постановлениях Конституционного Суда Российской Федерации / Г. А. Гаджиев // Конституционное правосудие. – 1999. – № 2.
47. Гольмстен, А. Х. Учебник русского гражданского судопроизводства / Гольмстен А. Х.; под ред. М. К. Треушникова и Ю. А. Поповой – Краснодар, 2004.
48. Горшенёв, В. М. Нетипичные нормативные предписания в праве / В. М. Горшенёв // Советское государство и право. – 1978. – № 3.
49. Горшенёв, В. М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе / В. М. Горшенёв. – М., 1972.
50. Гражданское право: учебник / под ред. А. П. Сергеева. – М., 2008. – Т. 1.
51. Гражданское процессуальное право: учебник / под ред. М. С. Шакарян. – М., 2004.
52. Гук, П. А. Судебный прецедент: теория и практика / П. А. Гук. – М.: Юрлитинформ, 2009.
53. Гурвич, М. А. Гражданские процессуальные правоотношения и процессуальные действия / М. А. Гурвич // Тр. ВЮЗИ. – М., 1965. – Т. 3.
54. Гурвич, М. А. Гражданские процессуальные правоотношения и процессуальные действия / М. А. Гурвич // Тр. ВЮЗИ. – 1965. – Т. 4.
55. Гурвич, М. А. К вопросу о предмете науки советского гражданского процесса / М. А. Гурвич // Ученые записки ВЮОН. – М., 1955. – Вып. 4.

56. Гурвич, М. А. Лекции по советскому гражданскому процессу / М. А. Гурвич. – М., 1950.
57. Гурвич, М. А. О применении советским судом гражданских законов / М. А. Гурвич // Учен. зап. ВЮЗИ. – М., 1969. – Вып. 16.
58. Гурвич, М. А. Основные черты гражданского процессуального правоотношения / М. А. Гурвич // Советское государство и право. – 1972. – № 2.
59. Гурвич, М. А. Право на иск: учеб. пособие / М. А. Гурвич. – М., 1978.
60. Гурвич, М. А. Судебное решение: Теоретические проблемы / М. А. Гурвич. – М., 1976.
61. Давид, Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид. – М., 1998.
62. Джалилов, Д. Р. Гражданское процессуальное правоотношение и процессуальные действия / Д. Р. Джалилов // Тр. ВЮЗИ: Вопросы гражданского процессуального, гражданского и трудового права. – М., 1965. – Т. 3.
63. Евстифеева Т. И. Гражданские процессуальные правоотношения: автореф. дис... канд. юрид. наук / Т. И. Евстифеева. – Саратов, 2001.
64. Елисейкин, П. Ф. Гипотезы процессуальных норм / П. Ф. Елисейкин // Актуальные проблемы юридического процесса в общеправовом государстве. – Ярославль, 1979.
65. Елисейкин, П. Ф. Гражданские процессуальные правоотношения / П. Ф. Елисейкин. – Ярославль, 1975.
66. Елисейкин, П. Ф. О понятии и месте охранительных отношений в механизме правового регулирования / П. Ф. Елисейкин // Юридические гарантии применения права и режим социалистической законности в СССР. – Ярославль, 1975.
67. Елисейкин, П. Ф. Понятие и содержание гражданского дела / П. Ф. Елисейкин // Вопросы теории и практики гражданского процесса. – Саратов, 1976. – Вып. 1.
68. Елисейкин, П. Ф. Понятие иска как процессуального средства защиты прав и интересов / П. Ф. Елисейкин // Проблема защиты субъективных прав и советское гражданское судопроизводство. – Ярославль, 1976.
69. Елисейкин, П. Ф. Понятие, виды и структура советских гражданских процессуальных норм / П. Ф. Елисейкин // Юридические гарантии применения права и режим законности. – Ярославль, 1976.
70. Елисейкин, П. Ф. Предмет и принципы советского гражданского процессуального права / П. Ф. Елисейкин. – учеб. пособие. – Ярославль, 1974.

71. Елисейкин, П. Ф. Предмет судебной деятельности в советском гражданском процессе (его понятие, место и значение): автореф. дис... д-ра. юрид. наук / П. Ф. Елисейкин. – Л., 1974.
72. Елисейкин, П. Ф. Процессуальная норма и ее диспозиция / П. Ф. Елисейкин // Проблемы защиты субъективных прав и советское гражданское судопроизводство. – Ярославль, 1979.
73. Жеруолис, И. А. Сущность советского гражданского процесса / И. А. Жеруолис. – Вильнюс, 1969.
74. Жилин, Г. А. Правосудие по гражданским делам: актуальные вопросы / Г. А. Жилин. – М., 2010.
75. Жилин, Г. А. Правосудие по гражданским делам: Актуальные вопросы / Г. А. Жилин. – М.: Проспект, 2010.
76. Жуйков, В. М. Некоторые проблемы гражданско-процессуального права и судебная практика / В. М. Жуйков // Государство и право на рубеже веков: гражданское право, гражданский процесс: материалы всероссийской конференции. – М. 2001.
77. Жуйков, В. М. ГПК РФ и другие источники гражданского процессуального права / В. М. Жуйков // Российская юстиция. – 2003. – № 4.
78. Загайнова, К. Судебные акты в механизме реализации судебной власти в гражданском и арбитражном процессе / К. Загайнова. – М., 2007.
79. Зайцев, И. М. Сущность хозяйственных споров / И. М. Зайцев. – Саратов, 1974.
80. Зейдер, Н. Б. Судебное решение по гражданскому делу / Н. Б. Зейдер. – М., 1966.
81. Зейдер, Н. Б. Гражданские процессуальные правоотношения / Н. Б. Зейдер. – М., 1966.
82. Зорькин, В. Д. Предел уступчивости / В. Д. Зорькин // Российская газета. – 2010. – 29 окт.
83. Зорькин, В. Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации / В. Д. Зорькин // Журнал российского права. – 2004. – № 12.
84. Ивакин, В. Н. О некоторых особенностях гражданских процессуальных правоотношений / В. Н. Ивакин // Актуальные проблемы защиты субъективных прав граждан и организаций. – М., 1985.
85. Иванов, О. В. Право на судебную защиту / О. В. Иванов // Советское государство и право. – 1970. – № 7.
86. Иванов, О. В. Принцип объективной истины в советском гражданском процессе / О. В. Иванов. – М., 1964.

87. Ильинская, И. М. Участие третьих лиц в советском гражданском процессе: автореф. дис... канд. юрид. наук / И. М. Ильинская. – Л., 1952.
88. Иоффе, О. С. Обязательственное право / О. С. Иоффе. – М., 1975.
89. Иоффе, О. С. Советское гражданское право: курс лекций / О. С. Иоффе. – Л., 1958.
90. Иоффе, О. С. Вопросы теории права / О. С. Иоффе, М. Д. Шаргородский. – М., 1961.
91. Керимов, Д. А. Философские проблемы права / Д. А. Керимов. – М., 1972.
92. Клеандров, М. И. Статус судьи: Правовой и смежные компоненты / М. И. Клеандров. – М.: Норма, 2008.
93. Клейнман, Н. Ф. Советский гражданский процесс / Н. Ф. Клейнман. – М. 1954.
94. Комаров В. В. Правовое положение субъектов в гражданском процессуальном правоотношении / В. В. Комаров // Проблемы правоведения. – Киев, 1979. – Вып. 40.
95. Концепция судебной реформы в РФ. – М., 1992.
96. Кострова, Н. М. Значение спора в исковом производстве как предпосылки права на судебную защиту / Н. М. Кострова // Учен. зап. Сарат. юрид. ин-та. – Саратов, 1968. – Вып. 18, ч. 2.
97. Красавчиков, О. А. Гражданские организационно-правовые отношения / О. А. Красавчиков // Советское государство и право. – 1966. – № 10.
98. Крашенинников, Е. А. О праве на предъявление иска / Е. А. Крашенинников // Регламентация защиты субъективных прав в Основах гражданского законодательства. – Ярославль, 1992.
99. Крашенинников, Е. А. Этюды о природе юридических фактов / Е. А. Крашенинников // Методологические проблемы теории юридических фактов: Тез. V обл. науч.-практ. конф. молодых ученых и специалистов, 3–6 февр. 1988 г. – Ярославль, 1988.
100. Крашенинников, Е. А. Юридические факты в гражданском процессуальном праве / Е. А. Крашенинников // Предмет процессуальной деятельности в суде и арбитраже. – Ярославль, 1985.
101. Крашенинников, Е. А. Конституционное право граждан на судебную защиту / Е. А. Крашенинников // Проблема защиты субъективных прав и советское гражданское судопроизводство. – Ярославль, 1981.
102. Крашенинников, Е. А. О содержании и форме гражданского процессуального правоотношения / Е. А. Крашенинников // Проблема защиты субъективных прав и советское гражданское судопроизводство. – Ярославль, 1976. – Вып. 1.

103. Крашенинников Е. А. Природа норм гражданского процессуального права: автореф. дис....канд. юрид. наук / Е. А. Крашенинников. – Л., 1983.
104. Курс советского гражданского процессуального права / под ред. А. А. Мельникова. – М., 1981. – Т. 1.
105. Курылев, С. В. Формы защиты и принудительного осуществления субъективных прав и право на иск / С. В. Курылев // Тр. Иркут. ун-та. Сер. юрид. – 1957. – Т. 22, вып. 3.
106. Лазарев, С. В. Мировое соглашение в гражданском судопроизводстве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / С. В. Лазарев. – Екатеринбург., 2006.
107. Лившиц, Р. З. Судебная практика как источник права / Р. З. Лившиц // Судебная практика как источник права / отв. ред. Б. Н. Топорнин. – М., 1997.
108. Малешин, Д. Я. «Ограниченная активность» суда в процессе собирания доказательств / Д. Я. Малешин // Законодательство. – 2009. – № 2.
109. Малешин, Д. Я. Гражданский процесс России: романогерманский, англосаксонский или смешанный тип? / Д. Я. Малешин // Журнал российского права. – 2010. – № 12.
110. Малешин, Д. Я. Методология гражданского процессуального права / Д. Я. Малешин. – М.: Статут, 2011.
111. Малешин, Д. Я. Судебный прецедент в России: социокультурные особенности / Д. Я. Малешин // Закон. – 2010. – № 11.
112. Мальцев, Г. В. Социальные основания права / Г. В. Мальцев. – М.: Норма, 2007.
113. Маркс, К. Соч. / К. Маркс, Ф. Энгельс. – Т. 2.
114. Марксистско-ленинская общая теория государства и права: Социалистическое право. – М., 1973.
115. Марченко, М. Н. Судебное правотворчество и судебское право / М. Н. Марченко. – М., 2011.
116. Марченко, М. Н. Проблемы общей теории государства и права: в 2 т. Т. 2 / М. Н. Марченко. – М.: Проспект, 2007.
117. Марченко, М. Н. Судебное правотворчество и судебское право / М. Н. Марченко. – М.: Проспект, 2009.
118. Матиевский, М. Д. Спор о праве в советском гражданском процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / М. Д. Матиевский. – М., 1978.
119. Матузов, Н. И. Правовая система и личность / Н. И. Матузов. – Саратов, 1978.
120. Мельников, А. А. Правовое положение личности в советском гражданском процессе / А. А. Мельников. – М., 1969.

121. Мозолин, В. П. Гражданско-процессуальные правоотношения по советскому праву: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В. П. Мозолин. – М., 1954.
122. Мозолин, В. П. О гражданско-процессуальном правоотношении / В. П. Мозолин // Советское государство и право. – 1955. – № 6.
123. Нерсисянц, В. С. У российских судов нет правотворческих полномочий / В. С. Нерсисянц // Судебная практика как источник права. – М.: Юрист, 2000.
124. Нохрин, Д. Г. Государственное принуждение в гражданском судопроизводстве: дис. ... канд. юрид. наук / Д. Г. Нохринг. – М., 2006.
125. Осокина, Г. Л. Право на защиту в исковом судопроизводстве / Г. Л. Осокина. – Томск, 1990.
126. Панова, И. В. Судопроизводство в контексте российской правовой культуры / И. В. Панова // Вестник Высшего арбитражного Суда РФ. – 2012. – № 1. – С. 77.
127. Папкина, О. А. Усмотрение суда / О. А. Папкина. – М.: Статут, 2005.
128. Пилехина, Е. В. Мирное соглашение в практике арбитражного суда и суде общей юрисдикции: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Е. В. Пилехина. – СПб. 2001.
129. Протасов, В. Н. Гражданский процесс с позиции системного подхода (методологический аспект): автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В. Н. Протасов. – Саратов., 1979.
130. Протасов, В. Н. Правоотношение как система / В. Н. Протасов. – М., 1991.
131. Российская газета. – 2001. – 8 дек.
132. Российская юстиция. – 2004. – № 3.
133. Сабо, И. Социалистическое право / И. Сабо. – М., 1964.
134. Семенов, В. М. Конституционные принципы гражданского судопроизводства / В. М. Семенов. – М., 1982.
135. Сергун, А. К. Некоторые итоги развития теории охранительных правоотношений / А. К. Сергун // Проблемы защиты субъективных прав КПСС. – М., 1988.
136. Система советского права и перспектив ее развития: «Круглый стол» журнала «Советское государство и право» // Советское государство и право. – 1982. – № 6.
137. Советский гражданский процесс / под ред. М. А. Гурвича. – М., 1967.
138. Строгович, М. С. Курс советского уголовного процесса / М. С. Строгович. – М., 1968. – Т. 1.

139. Тарусина, Н. Н. О судебном усмотрении: заметки семейноведа / Н. Н. Тарусина. – Ярославль, 2011.
140. Тарусина Н. Н. О теоретических предпосылках исследования понятия «спор о праве» / Н. Н. Тарусина // Проблемы защиты субъективных прав и советское гражданское судопроизводство. Ярославль, 1981.
141. Тарусина, Н. Н. Семейное право: Очерки из классики и модерна / Н. Н. Тарусина. – Ярославль: ЯрГУ, 2009.
142. Тархов, В. А. Ответственность по советскому гражданскому праву / В. А. Тархов. – Саратов, 1973.
143. Теория права и государства / под ред. В. С. Нерсисянца. – М., 2002.
144. Ткаченко, Ю. Г. Методологические вопросы теории правоотношений / Ю. Г. Ткаченко. – М., 1980.
145. Толстой, Ю. К. К теории правоотношения / Ю. К. Толстой. – Л., 1959.
146. Туманова, Л. В. Защита семейных прав в Европейском Суде по правам человека / Л. В. Туманова, И. А. Владимирова. – М.: Городец, 2007.
147. Халфина, Р. О. общие учения о правоотношении / Р. О. Халфина. – М., 1974.
148. 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.
149. Чечина, Н. А. Гражданские процессуальные отношения / Н. А. Чечина // Чечина Н. А. Избранные труды по гражданскому процессу. – СПб., 2004.
150. Чечина, Н. А. Гражданские процессуальные отношения / Н. А. Чечина. – М., 1962.
151. Чечина, Н. А. Избранные труды по гражданскому процессу / Н. А. Чечина. – СПб., 2004.
152. Чечина, Н. А. Норма права и судебное решение / Н. А. Чечина. – Л., 1961.
153. Чечина, Н. А. Принципы советского гражданского процессуального права / Н. А. Чечина // Правоведение. –1960. – № 3.
154. Чечина, Н. А. Принципы советского гражданского процессуального права и их нормативное закрепление / Н. А. Чечина // Чечина Н. А. Избранные труды по гражданскому процессу. – СПб., 2004.
155. Чечот, Д. М. Субъективное право и формы его защиты / Д. М. Чечот. – Л., 1968.

156. Чечот, Д. М. Судебная защита субъективных прав и интересов / Д. М. Чечот // Советское государство и право. – 1967. – № 8.
157. Шакарян, М. С. Субъекты советского гражданского процессуального права / М. С. Шакарян. – М., 1970.
158. Шершеневич, Г. Ф. Общая теория права / Г. Ф. Шершеневич. – М., 1912. – Вып. 3.
159. Щеглов, В. Н. Вопросы теории гражданского процесса в свете нового законодательства / В. Н. Щеглов // Вопросы теории и практики гражданско-правового регулирования. – Томск, 1985.
160. Щеглов В. Н. Иск о судебной защите гражданского права / В. Н. Щеглов. – Томск, 1987.
161. Щеглов, В. Н. Советское гражданское процессуальное право: лекции для студентов / В. Н. Щеглов. – Томск., 1976.
162. Щеглов, В. Н. Спор о праве гражданском как предмет судебного решения / В. Н. Щеглов // Вопросы советского государства и права в период развитого социализма. – Томск, 1977.
163. Элькинд, П. С. Сущность советского уголовного процессуального права / П. С. Элькинд. – Л., 1963.
164. Энгельман, И. Е. Учебник русского гражданского судопроизводства / И. Е. Энгельман. – Юрьев, 1904.
165. Юдин, А. В. Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве / А. В. Юдин. – СПб., 2005.
166. Яблочков, Т. М. К учению об основных принципах гражданского процесса / Т. М. Яблочков // Сб. статей по гражданскому и торговому праву: Памяти профессора Габриэля Феликсовича Шершеневича. – М., 2005.
167. Явич, Л. С. Общая теория права / Л. С. Явич. – Л., 1976.
168. Ярков, В. В. Юридические факты в механизме реализации норм гражданского процессуального права: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / В. В. Ярков. – Екатеринбург, 1992.
169. Ярков, В. В. Юридические факты в механизме реализации норм гражданского процессуального права / В. В. Ярков. – Екатеринбург, 1992.
170. Ярков, В. В. Судебная власть и защита личности в гражданском процессе / В. В. Ярков // Правоведение. – 1992. – № 1.

Приложения

Приложение 1

Рекомендуемая тематика курсовых работ (к разделам I, II, III, IV, V, VI)

1. Понятие защиты субъективных прав и законных интересов
2. Способы и организационно правовые формы защиты субъективных гражданских прав
3. Правосудие в Российской Федерации (понятие, признаки, формы)
4. Судебный прецедент в системе источников права
5. Основные направления судебной реформы в Российской Федерации
6. Административная юстиция: проблемы становления в Российской Федерации
7. Механизм защиты субъективных гражданских прав и законных интересов
8. Охранительные правоотношения (понятие, предпосылки, структура)
9. Субъектный состав охранительных правоотношений
10. Динамика охранительных правоотношений
11. Организационно-правовые формы реализации охранительных правоотношений
12. Предмет судебной деятельности в гражданском процессе
13. Понятие и значение принципов гражданского процессуального права
14. Судебностроительные принципы гражданского процессуального права
15. Принцип законности гражданского процессуального права
16. Установление истины в гражданском процессе
17. Принцип диспозитивности гражданского процессуального права
18. Принцип состязательности гражданского процессуального права
19. Гражданские процессуальные правоотношения
20. Предпосылки гражданских процессуальных правоотношений
21. Юридические факты в гражданском процессуальном праве
22. Право на обращение в суд (понятие, предпосылки и условия реализации)
23. Сущность судебного решения в гражданском процессе
24. Правовой спор и его место в механизме защиты субъективных прав и интересов

25. Правовой спор и порядок рассмотрения гражданских дел искового производства
26. Правовой спор и неисковые производства
27. Рассмотрение гражданско-правовых споров третейскими судами
28. Актуальные проблемы процедуры медиации

Рекомендуемая тематика курсовых работ (к разделам VII, VIII)

1. Место судебного прецедента в системе источников гражданского процессуального права
2. Природа судебного прецедента
3. Судебный прецедент и судебная практика
4. Правовая позиция Конституционного Суда РФ: сущность и значение
5. Правовая позиция ЕСПЧ: соотношение с российским законодательством
6. Акты Верховного Суда РФ и судебный прецедент
7. Правовая позиция Конституционного Суда РФ по семейным делам
8. Практика ЕСПЧ по семейным делам.
9. Принцип процессуальной активности: понятие и место в системе
10. Принцип процессуальной активности: истоки проблемы
11. Соотношение принципов объективной истины, состязательности и процессуальной активности
12. Вопросы проявления процессуальной активности при рассмотрении семейных дел
13. Особенности проявления процессуальной активности прокурора и органов государственного управления как участников гражданского процесса

**Рекомендуемая тематика выпускных
квалификационных работ
(к разделам I, II, III, IV, V, VI)**

1. Гражданское судопроизводство и правовое государство
2. Актуальные проблемы правосудия в РФ
3. Актуальные проблемы совершенствования судебной системы Российской Федерации
4. Суд в системе государственной власти РФ
5. Способы и формы защиты субъективных гражданских прав
6. Роль судебного прецедента в современной системе права РФ
7. Роль и значение принципов гражданского процессуального права в механизме правового регулирования
8. Актуальные проблемы совершенствования судеустройственных принципов гражданского процессуального права
9. Актуальные проблемы реализации принципа диспозитивности гражданского процессуального права
10. Актуальные проблемы реализации принципа состязательности гражданского процессуального права
11. Современные проблемы административной юстиции
12. Механизм защиты субъективных гражданских прав
13. Охранительные правоотношения и их место в механизме защиты субъективных прав
14. Предмет судебной деятельности в гражданском процессе
15. Гражданские процессуальные правоотношения
16. Предпосылки гражданских процессуальных правоотношений
17. Гражданская процессуальная правоспособность и дееспособность
18. Объект и предмет гражданских процессуальных правоотношений
19. Юридические факты в гражданском процессуальном праве
20. Судебное решение и его место в механизме судебной защиты субъективных прав
21. Актуальные проблемы реализации права на обращение в суд за защитой
22. Правовой спор и исковое производство
23. Правовой спор и неисковое производство
24. Правовой спор и подведомственность гражданских дел
25. Спор о праве и предмет судебной деятельности в гражданском процессе

26. Актуальные проблемы разрешения правовых споров третейскими судами
27. Актуальные проблемы медиации

Рекомендуемая тематика выпускных квалификационных работ (к разделам VII, VIII)

1. Судебный прецедент: сущность и место в системе источников российского права
2. Правовая позиция Конституционного Суда РФ: сущность и значение
3. Правовые позиции ЕСПЧ: сущность и значение
4. Проблемы соотношения ЕСПЧ и Конституционного Суда РФ
5. Правовые позиции ЕСПЧ по семейным делам и тенденции российского семейного законодательства и судебной практики
6. Процессуальная активность – одно из движущих начал российского гражданского судопроизводства
7. Процессуальная активность и защита интересов семьи
8. Принципы диспозитивности и процессуальной активности как два противоположных начала гражданского судопроизводства
9. Судебное правотворчество, судебный прецедент и процессуальная активность

Оглавление

Предисловие	3
Глава I. Суд как субъект современного российского права.....	4
Глава II. Роль суда в механизме защиты субъективных гражданских прав и законных интересов.....	17
Глава III. Понятие и значение принципов гражданского процессуального права.....	35
Глава IV. Гражданские процессуальные правоотношения.....	40
Глава V. Юридические факты в гражданском процессуальном праве.....	58
Глава VI. Правовой спор и гражданское судопроизводство	70
Глава VII. Судебный прецедент, правовая позиция и судебное правотворчество	86
Глава VIII. О принципе процессуальной активности суда.....	120
Заключение	138
Контрольные вопросы	139
Библиографический список	143
Нормативные правовые акты и практика их применения...	143
Специальная литература	143
Приложения.....	154

Учебное издание

Бутнев Виктор Вадимович
Тарусина Надежда Николаевна

**Актуальные проблемы
гражданского
процессуального права**

Учебное пособие

Редактор, корректор Л. Н. Селиванова
Верстка И. Н. Иванова

Подписано в печать 25.06.11. Формат 60×84 1/16.
Бум. офсетная. Гарнитура «Times New Roman».
Усл. печ. л. 9,30. Уч.-изд. л. 7,9.
Тираж 50 экз. Заказ

Оригинал-макет подготовлен в редакционно-издательском отделе
Ярославского государственного университета им. П. Г. Демидова.
150000, Ярославль, ул. Советская, 14.

Отпечатано

ООО «Ремдер» ЛР ИД № 06151 от 26.10.2001.
г. Ярославль, пр. Октября, 94, оф. 37
тел. (4852) 73-35-03, 58-03-48, факс 58-03-49.

