

Министерство образования и науки Российской Федерации  
Ярославский государственный университет им. П. Г. Демидова  
Кафедра социального и семейного законодательства

**Н. Н. Тарусина**  
**О. Г. Миролубова**  
**О. И. Сочнева**

# **Проблемы правоприменения по гражданским делам**

Учебно-методическое пособие

Ярославль  
ЯрГУ  
2016

УДК 34:347(075)  
ББК Х629.2я73  
Т22

*Рекомендовано  
Редакционно-издательским советом университета  
в качестве учебного издания. План 2016 года*

Рецензент  
кафедра социального и семейного законодательства

**Тарусина, Надежда Николаевна.**

Т22 Проблемы правоприменения по гражданским делам : учебно-методическое пособие / Н. Н. Тарусина, О. Г. Миролюбова, О. И. Сочнева ; Яросл. гос. ун-т им. П. Г. Демидова. — Ярославль : ЯрГУ, 2016. — 48 с.

Учебно-методическое пособие предназначено для студентов, обучающихся по направлению магистратуры Юриспруденция, очной, очно-заочной и заочной форм обучения.

УДК 34:347(075)  
ББК Х629.2я73

© ЯрГУ, 2016

# 1. Правоприменение по гражданским делам.

## Общие предпосылки

Архитектонику правоприменения, с различной степенью выраженности и обязательности присутствия в каждом его проявлении, составляют: установление фактов, имеющих юридическое, в том числе доказательственное, значение, правовая квалификация ситуации, конкретизация правовых норм через толкование, субсидиарное применение правовых норм, преодоление пробелов через аналогию закона и права, разрешение коллизий, конкретизация правоотношений, а также процессуальная активность и судебное правотворчество; формирование правовой позиции; вынесение правоприменительного акта.

Отдельного внимания заслуживает вопрос о сущности судебного усмотрения как особой разновидности правоприменительной деятельности: является судебное усмотрение **правом** и/или **обязанностью**? В теории права дискутируется сама возможность одновременной принадлежности субъекту (в нашем случае – суду) права и обязанности (например, право и обязанность родителей по воспитанию ребенка). Категорическим противником допущения подобного единства является Р. Е. Гукасян. Напротив, сторонниками такой возможности (разумеется, в особых случаях) являются Г. Ф. Шершеневич, Н. И. Матузов, В. А. Рясенцев и др. С одной стороны, подобное допущение разрушает классическое соотношение конструкции «право – обязанность», с другой – отражает реальность общественной практики, которая не всегда укладывается в формальное «лоно» права.

Усмотрение «нормативировано» принципом **законности** судопроизводства и конкретными нормами процессуального и материального права, отражает их дух и содержание (либо, при своей ущербности, ошибочности, нарочитости и т. д., не отражает их). Конституционный суд РФ в постановлении от 25.01.2001 г. № 1-П отмечает: применяя общее правовое предписание (норму права) к конкретным обстоятельствам дела, судья дает собственное толкование этой нормы, принимает решение в пределах предоставленной ему законом свободы

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

Законность судебного усмотрения институциональна – в том смысле, что охвачена элементами гражданско-процессуальной формы, ориентированной в основном на суд, являющийся обязательным и властным участником всех гражданско-процессуальных правоотношений. Законность также предполагает определенный контроль по горизонтали – со стороны лиц, участвующих в деле, и по вертикали – со стороны вышестоящей судебной инстанции. Она не исключает также аналогии закона и права (трактовка принципа законности всегда сопровождалась обсуждением и этого аспекта). В широком же смысле законность судебного усмотрения с очевидностью предполагает следование и букве, и духу закона, то есть общим принципам права и специальным принципам гражданского судопроизводства – гуманизму, справедливости, равенству перед законом и судом, объективности и т. д.

Аспект **мотивированности** рассматриваемой деятельности является одним из начал международного судебного процесса. Так, Европейский суд по правам человека инициировал дополнение нормы ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод положением об обязанности суда выносить мотивированные акты. Российское процессуальное законодательство содержит подобное требование более 150 лет. Впрочем, это не означает соответствующей устойчивой тенденции и полного доктринального единства. Действующий ГПК РФ предписывает суду обязанность мотивировать и акты в целом (ст. 195, п. 1 ст. 225, п. 6 ст. 366), и «доводы, по которым суд отвергает те или иные доказательства» (ч. 1 п. 4 ст. 198). Однако и первый, и второй призывы, по мнению процессуалистов, весьма слабо исполняются, особенно в части осуществления усмотренческих правомочий (например, при уменьшении неустойки, взыскании судебных расходов, компенсации морального вреда и т. д.). Кроме общих причин ошибочности судебных

актов, это объясняется, по мнению О. А. Папковой, и двумя специальными причинами: во-первых, отсутствием норм, непосредственно указывающих на обязанность суда мотивировать применение усмотрения; во-вторых, нечеткостью формулировки приведенного нами правила ч. 1 п. 4 ст. 198 ГПК РФ [1, с. 39]. А. Т. Боннер также обращает внимание на ограниченность действия и неполноту данной нормы [2, с. 38].

На доктринальном уровне сложились два взгляда на сущность и место рассматриваемого требования. Первый сводится к тому, что мотивированность является одним из контекстов либо обоснованности, либо законности судебного решения. Второй предполагает автономное значение мотивированности. Независимо от результатов развертывания доктринальной дискуссии, по меньшей мере, необходимо скоррелировать содержание требований ГПК РФ и АПК РФ по данному вопросу.

В науке гражданского процессуального права первые фундаментальные предпосылки исследования явления судебного усмотрения создавались в 60–80-е гг. прошлого столетия. Их констатации принадлежат перу М. А. Гурвича, Н. Б. Зейдера, С. В. Курылева, К. И. Комиссарова, Д. М. Чечота, несколько позднее – А. Т. Боннера, Д. Б. Абушенко, В. И. Телятникова, О. А. Папковой и др. А. Т. Боннер, наиболее полно исследовавший сущность и формы судебного усмотрения, в принципе соглашаясь с определением, предложенным ранее К. И. Комиссаровым (правомочие «принимать, сообразуясь с конкретными условиями, такое решение по вопросам права, возможность которого вытекает из общих и лишь относительно определенных указаний закона»), и полагая это явление одной из форм правоприменения, представил его в многообразии. Кроме конкретизации, подробно автором дифференцированной, в «палитру» судебного усмотрения им включены толкование нормы и процессуальная активность суда (выход за пределы заявленных исковых требований, отступление от правила допустимости и т. д.). В то же время деятельность по преодолению пробелов в праве и субсидиарному применению норм смежных отраслей А. Т. Боннер рассматривает в качестве автономных, текстуально не связывая с судебным усмотрением, хотя контекст их содер-

жательного взаимодействия, «по умолчанию», автору, видимо, очевиден [2, с. 47].

**Субъект** судебного усмотрения, с одной стороны, очевиден, однако, с другой – нуждается в дополнительных характеристиках, так как, во-первых, дифференцирован, во-вторых, обладает особым статусом. Дело разрешается и усмотрение осуществляется единолично профессиональным судьей, коллегией судей, с подключением института присяжных заседателей (в российском гражданском судопроизводстве не применяющегося), а также осложняется особым мнением судьи. Современная оценка коллегиальности производства и принятия решения, в том числе с применением судебного усмотрения, несколько противоречива. С одной стороны, процессуальный регламент, в рамках которого реализуется кооперация судейского труда, обеспечивает появление нового качества – «комбинированного совокупного судьи», коллегиального разума, вбирающего в себя различные интеллекты и жизненные опыты, который в большей мере способен на созидательное творчество.

С другой стороны, во-первых, с уходом от персонификации юстиции нивелируется и личная ответственность каждого судьи; во-вторых, предположение законодателя о том, что в судебном процессе мнение каждого из судей чаще правильно, чем ошибочно, и сумма этих мнений повышает соответствующую вероятность, не вполне основательно: если причина ошибки в сложности дела или в каком-нибудь распространенном предрассудке, то в высшей степени вероятно влияние этих факторов и на других судей (А. В. Цихоцкий). Кроме того, как справедливо замечает Г. Л. Осокина, единоличное осуществление правосудия повышает оперативность гражданско-процессуальной формы, ускоряет движение гражданского дела и окончательный результат по нему, а также облегчает доступ к правосудию [2, с. 144]. Таким образом, оба начала имеют достоинства и недостатки. Главное – разумно гармонизировать сочетания этих начал, чтобы работали достоинства и минимизировались недостатки.

Ключевые предпосылки должны сосредотачиваться на других «фронтах» – при подготовке, отборе, специализации

и повышении квалификации судейского корпуса, а также при формировании их особой «статусности». Порядок отбора представляет собой сложную многоступенчатую процедуру (облегченную для мировых судей), а формально-юридические требования имеют достаточно жесткий характер (высшее юридическое образование, возраст, состояние здоровья, стаж по юридической профессии, подтверждение квалификации сдачей специального экзамена, безупречность биографии и репутации и т. д.), что, к сожалению, не исключает ошибок.

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

В рамках рассматриваемого (субъектного) предела усмотрения специального внимания заслуживает институт «особого мнения» судьи. Анализируя природу особого мнения судьи Конституционного суда РФ, Д. А. Басангов отмечает, что оно: 1) является выражением правовой позиции судьи на основе принципа независимости и 2) симбиозом компетентного (профессионального) и доктринального толкования; 3) базируется на определенных ранее сформулированных конструкциях; 4) способствует совершенствованию не только доктрины, из которой хотя бы частично и выведено, но и законодательства. Последнее соображение не относится к бесспорным [2, с. 47]. Так, А. Н. Верещагин полагает, что особое мнение судьи мыслится как личное дело самого судьи; оно не воспринимается как авторитетный источник формирования доктрины, способной в будущем повлиять на судебную практику. В отличие от стран общего права, продолжает автор, «судебная практика в России – это практика судов, а не судей» [3, с. 47]. На практику, возможно, и нет, однако на доктрину, безусловно, да, так как научное мировоззрение по своей природе индивидуально. Определенное влияние особое мнение судьи оказывает и на общественное мнение: оценка единогласного судебного решения и решения

с особым мнением будет с очевидностью различной, да и сам публично объявленный факт наличия правовых дебатов в столь высоком суде для судейского сообщества и общества в целом является скорее благотворным, нежели уменьшающим авторитет судебной власти. Институт особого мнения не исключен и для коллегиальных составов судов общей юрисдикции, хотя и исключителен. Процессуальное законодательство по данному вопросу прошло путь от модели полной закрытости к моделям неопределенности и частичной доступности (кроме Конституционного суда, где мы наблюдаем модель полной открытости – через публичное размещение текстов особых мнений в Вестнике КС РФ).

Судья, понимаемый как «судья усредненный», должен стремиться к балансу количества «судейской смелости и судейского сомоограничения»; к опоре на ценности, которые разделяются членами общества, даже если они не являются его собственными (без навязывания своих субъективных представлений, если они несовместимы с первыми), то есть при «балансировке» различных ценностей по весу выбирать те, что составляют «фундаментальную концепцию общества»; к примирению своей интуиции (которая играет роль «вспышки», освещающей правильный путь) и рациональной мысли (с приоритетом последней).

М. И. Клеандров обращает наше внимание на весьма интересные примеры из современной правосудной деятельности и формирует перечень нежелательных личностных характеристик судьи: высокомерие, чванство, грубость, мнительность, ценностная ориентация на престижное положение, выгоды, обусловленные судейской должностью, небрежность, некоммуникабельность или, наоборот, развязность, эгоцентрическая направленность, склонность к стереотипному мышлению, правовой нигилизм и др. По мнению автора, например, такие украшающие человека черты характера, как отзывчивость, чувствительность, милосердие, вряд ли желательны для судьи, рассматривающего уголовные дела, – их проявление «к преступнику объективно обернется против потерпевшего, против интересов общества» [4, с. 203–212] (этот тезис спорен, так как стороны,



особенно сторона потерпевшего, нуждаются в гуманитарном подходе к оценке ситуации). «Но не нужны, – продолжает М. И. Клеандров, – и судьи – фанатичные борцы с преступностью, так как они не смогут объективно разрешать дела» [4, с. 207–208]. Автор размышляет также о значении религиозных предпочтений конкретного судьи: будет ли истово верующий судья при осуществлении правосудия в совещательной комнате ориентироваться на законодательство и лишь затем на свою главную религиозную книгу «либо, помолившись, поступит наоборот»; сможет ли такой судья сохранить психологическую внутреннюю «равноудаленность» по отношению к участникам процесса, зная, что тот или иной из них – одного с ним вероисповедания; в состоянии ли не поддаваться на уговоры (указания, советы) своего духовного пастыря по конкретному делу? Судье приходится противостоять и факторам давления – от тривиального воздействия родственников и друзей до изощренных форм [4, с. 207–208].

В субъективной стороне судебного усмотрения присутствует и гендерный контекст. Например, среди судей больше женщин – можно предположить с высокой степенью вероятности, что споры о месте проживания ребенка решаются в пользу матерей не только в силу сложившейся правоприменительной презумпции преимущественного оставления у матери малолетнего ребенка (которая, впрочем, в последнее время подвергается практическому переосмыслению, в частности, под давлением общественного авторитета и/или кошелька отца), но и гендерного судейского выбора; в иных делах, напротив, можно ожидать корректировку решения за счет «мужской солидарности» и т. д. Весьма существенное влияние оказывают или могут оказывать на судейский выбор также факторы возраста («отцы и дети» и т. п.), национальности («свой – чужой»), внешние данные сторон (в спорах личного характера), предыдущего юридического опыта судьи (работа в прокуратуре, адвокатуре, милиции-полиции; управленческих структурах), семейного положения и личного семейного опыта (в том числе неудачного) и многие другие.

## 2. Норма права как предпосылка правоприменения

С одной стороны, всякая норма есть императив, приказ (Г. Ф. Шершеневич, С. С. Алексеев, Г. В. Мальцев и др.); в любой, даже частно-правовой, диспозитивной норме наличествуют публичные «вкрапления», так как любой закон – документ публичного порядка (С. С. Алексеев). Граница частного и публичного, диспозитивного и императивного размыта.

Правовые нормы (цивилистические, особенно семейно-правовые) взаимодействуют с нормами морали: последние могут предпосылать содержание первых, получать формально-юридическое закрепление, становиться основой для размышления и толкования правоприменителя (Е. М. Ворожейкин, А. М. Нечаева, О. Ю. Косова, Н. Н. Тарусина и др.). Определенное воздействие на правоприменителя оказывают и религиозные нормы, особенно в сфере уголовного и семейного права (А. И. Бойко, Н. Н. Тарусина).

Важнейшим фактором, формирующим количество и качество судебного усмотрения, является **неопределенность** правовых норм, их **ситуационный** характер. Речь идет о паре «абсолютно определенные и относительно определенные нормы». Одни характеризуются исчерпывающей конкретностью и полнотой при сообщении исполнителю или правоприменителю об условиях своего действия, правах и обязанностях адресатов и последствиях злоупотребления первыми или неисполнения вторых. Другие, напротив, не содержат достаточно полных, исчерпывающих указаний об означенных композициях и предоставляют возможность принять решение с учетом конкретных обстоятельств. Эти нормы также подвергаются дальнейшей классификации в зависимости от установленных пределов усмотрения. В первой группе сосредоточиваются **альтернативные** нормы, где заложены два и более точно обозначенных варианта. Во второй – **факультативные** нормы, в которых, наряду с главным вариантом, применяемым по общему правилу, содержится дополнительный вариант – на замену первого. Третью группу составляют нормы **ситуационного** типа, предусматри-

вающие возможность прямого конкретизирующего регулирования актом применения отдельного казуса. Если в гражданско-правовой сфере больше альтернативности и факультативности, то семейно-правовая весьма богата именно ситуационным контекстом неопределенности, сопровождаемым массой оценочных понятий.

Весьма богатую основу для усмотрения составляют **нормы-принципы** (нормативные предписания) и **нормы-дефиниции** (нестандартные предписания). Они не соответствуют классической конструкции правовой нормы; как правило, содержат оценочные понятия («всесторонне и объективно исследовать материалы дела»; «с целью создания семьи»; «доказательства, с достоверностью подтверждающие...» и т. д.). При этом часть принципов отрасли права и отрасли законодательства не сконструированы в формулу – их содержательные элементы приходится собирать, вычленять из «россыпи» норм либо выводить путем систематического, филологического, логического и других видов толкования. Также обстоит и с дефинициями: они могут строиться с использованием понятий, не получивших законодательного закрепления и/или трактуемых в правоприменительной практике вариативно, неопределенно. Кроме того, дефиниции нередко и вовсе отсутствуют в законодательстве. Ярким примером подобного рода является Семейный кодекс РФ, где отсутствуют определения почти всех ключевых понятий – брака, семьи, члена семьи, родства, свойства, усыновления и т. д. В настоящее время Комитетом по вопросам семьи, женщин и детей с участием экспертного сообщества разработана Концепция совершенствования семейного законодательства (см. статьи Н. Н. Тарусиной в научных журналах «Социально-юридическая тетрадь» и «Вестник ЯрГУ им. П. Г. Демидова. Серия Гуманитарные науки» 2016 года).

### **3. Конкретизация как компонента правоприменения**

Явление конкретизации исследовалось с начала XX в. (Н. А. Гредескул и др.), но наиболее системно с 1960–1980-х гг. (К. И. Комиссаров, С. В. Курылев, А. Т. Боннер и др.). В теории

права подчеркивается, что конкретизация обусловлена неопределенностью правовых норм, в том числе и их ситуационностью, является необходимым видом деятельности при принятии почти всех юридических актов, тем более судебных решений и постановлений по гражданским делам и приговоров по делам уголовным. А. К. Кац, выводя явление конкретизации, как и другие процессуалисты, из ситуационных норм, обращала внимание на «правоотношения с частично не урегулированным содержанием», причина явленности нам которых состоит в исключительном разнообразии жизненных ситуаций («одетых» в юридическую форму указанных правоотношений), не поддающихся однотипному и исчерпывающему конструированию в императивном и даже диспозитивном порядке. «Выход из этого положения, – подчеркивала автор, – только один – предоставление суду ... правомочия конкретизировать самому подобные правоотношения». [2, с. 120]

Однако понятийная конструкция «частичной неурегулированности» не вполне точна в нашем случае, а даже будучи уточненной, его далеко не исчерпывает. В действительности речь идет не о «частичной неурегулированности», а о своеобразном «дефинитивном» способе правового регулирования тех отношений, которые по своей специфике и не могут быть «опутаны» жесткой и детальной сетью формально-определенных юридических элементов. Соответствующие предписания могут быть нормами-принципами, нормами общих начал, нормами с относительно определенным или альтернативным содержанием (нередко их именуют «ситуационными», или «дискреционными», или казуистическими).

В. В. Бутнев отмечает, что конкретизирующее воздействие судебного решения проявляется практически в каждом гражданском деле: обязанность правонарушителя возместить убытки возникает в момент совершения правонарушения, а конкретный размер возмещения определяется судом; суд вправе определить способ возмещения ущерба, уменьшить размер ответственности должника с учетом вины кредитора (ст. 404 ГК РФ), уменьшить неустойку (ст. 339 ГК РФ) и т. д. Автор также уточняет, что следует различать понятия конкретизации нормы права и конкре-

тизации правоотношения (чего, например, не делает М. А. Гурвич): «конкретизация» нормы – это уяснение ее смысла, то есть толкование, а конкретизация правоотношения – практическая, решающая деятельность суда [5, с. 74].

Необходимо уточнить, что в принципе конкретизация не есть только доля правоприменителя. В. М. Баранов, В. В. Лазарев и другие ученые видят ее предназначение и на уровне правотворчества – конкретизация Конституции отраслевым законодательством (в необходимое дополнение к ее прямому действию); расшифровка общих начал отрасли на институциональном уровне; создание прецедента высшими судебными инстанциями и т. д. В этих двух сферах юридического промысла конкретизация, отмечают авторы, различна и качественно и количественно, но при этом на «нижнем этаже» юридического здания, в практикующей юриспруденции, она более всего себя обнаруживает и более всего востребована [2, с. 123].

Весьма детально различные ее аспекты применительно к гражданскому процессу раскрыты А. Т. Боннером. Автор, в зависимости от характера применяемых судом норм, дифференцирует деятельность по конкретизации по следующим проявлениям: первое (самое очевидное, «лежащее на поверхности») – выбор альтернативы и нескольких равнозначных вариантов; второе – применение факультативных норм; третье – определение объема субъективных прав и обязанностей (например, размера алиментов в твердой денежной сумме); четвертое – применение норм, в которых законодатель придает юридическое значение индивидуальным особенностям дела не путем их типизации в виде юридических фактов, а посредством указания их общей характеристики в гипотезе нормы, то есть обращается к оценочным признакам или понятиям – «уважительные причины» («неуважительные причины»), «разумный срок», «злоупотребление спиртными напитками или наркотическими веществами», «стечение тяжелых обстоятельств», «бесхозяйственное содержание» и т. д. [2, с.124].

## 4. Толкование как элемент правоприменения

Явление толкования в теории права исследовано достаточно детально (К. М. Коркунов, Е. В. Васьковский, Г. Ф. Шершеневич, С. С. Алексеев, А. Ф. Черданцев, В. Н. Карташов, А. Т. Боннер и т. д.) как с точки зрения его предпосылок и сущности, так и в плане его видового разнообразия. Во многих случаях толкование содержания правовой нормы является частью деятельности по ее конкретизации, в некоторых – автономным процессом уяснения нормативного смысла.

Во всех сферах опыта, замечает Г. Л. А. Харт, в том числе и среди нормативных правил (сообщаемых нам как посредством авторитетного примера – прецедента, так и посредством общего языка – законодательства), «существует предел, заложенный в природе языка», ясные, но часто и неясные случаи; каноны «интерпретации» не могут до конца элиминировать эти неопределенности (хотя могут их уменьшить), ибо «эти каноны сами являются общими правилами по использованию языка и пользуются общими терминами, которые также требуют интерпретации» [2, с. 142]. Конечно, каждый раз этот «круг» так или иначе размыкается, но, поскольку этих «кругов» бесконечно много, интерпретационная деятельность (как часть правоприменения) весьма напоминает «хождение по лужам под дождем», когда, вступая в одну из них, видишь перспективу намочить ноги если не в ней, то в последующих.

Одной из центральных в толковании (герменевтике), отмечает В. Н. Карташов, является понятийная конструкция так называемого «герменевтического круга»: интерпретатор должен иметь в виду взаимосвязь целого и частей, когда целое познается через его части и наоборот; идея этого «круга» связывает процессы понимания и объяснения: чтобы понять, необходимо объяснить, но, чтобы объяснить, нужно понять [6, с. 129] Важное значение в герменевтике в процессе хождения по этому «кругу» и нахождения выходов и переходов в перекрещивающиеся пространства придается идее о понимании и объяснении как реконструкции текста и о его логическом преобразовании (это позволяет использовать и современные информационные технологии).

Особое значение как предмет толкования имеют оценочные понятия. Они помогают праву, ввиду емкости своего содержания, не только приблизить его к повседневной жизни, но и приспособить к будущим проявлениям этой жизни. Предметами оценки могут выступать: базисные характеристики («интересы ребенка», «интересы семьи» и т. п.), ситуации и состояния (материальное положение, «физическое и нравственное развитие детей», фактическое воспитание, «раздельное проживание при прекращении семейных отношений», «недостойное поведение» и т. п.); действия (систематические, публичные); мотивы («неуважительные причины», «без намерения создать семью»), временные интервалы («непродолжительное пребывание в браке»), вещи («предметы роскоши»), сами субъекты правоотношений («нуждающийся супруг», «добросовестный супруг», «нравственные и иные качества опекуна» и т. д.).

На основе обобщений взглядов своих коллег Е. В. Кобзева предлагает несколько основных идей (принципов) формирования правовых норм, содержащих оценочные признаки:

1) максимально возможная дефинированность последних (что не означает необходимости создания точных и исчерпывающих дефиниций);

2) предпочтительное использование оценочных признаков в сфере дифференциации и индивидуализации ответственности (добавим – или применения иных мер оперативного воздействия);

3) предупреждение «каучуковости» норм – стремление к максимальной достаточности признаков, конкретизирующих ситуацию;

4) определенность и единство терминологии, предельная выдержанность оценочной лексики (унификация лексических единиц, словесно обозначающих оценочные признаки, искоренение «неряшливости языка»;

5) максимальная беспробельность [2, с. 128–130].

Е. В. Васьковский писал: «При отсутствии обязательного разъяснения юристу приходится самостоятельно заняться исследованием смысла нормы, подвергнув ее толкованию, которое в отличие от легального именуется научным (доктринальным)

или судебным, потому что его применяют юристы-теоретики при изучении права и судебные учреждения при разрешении дела» [2, с. 145]. А. Ф. Черданцев подчеркивает, что толкование правовых установлений является неизбежным спутником правового регулирования, обслуживая не только языковую функцию нормативного сообщения, но и все правовые связи людей, в том числе и индивидуализированные, то есть «почти весь механизм правового регулирования». Под толкованием автор понимает и мыслительный процесс, «направленный на объяснение знаковой системы», и «результат этого процесса, выраженный в совокупности высказываний естественного языка, придающих указанной системе определенное значение (смысл)» [2, с.145]. В содержание этого процесса входят: объяснение спектра значений законодательных слов и их сочетаний, реконструкция содержания норм на основе лексических единиц языка, конкретизация смысла текста, доказательства и опровержение соответствующих тезисов других специалистов и госучреждений (как «коллективных» толкователей), итоговые оценки. Ученый формулирует 11 правил только языкового толкования текста закона, к коим мы и адресуем читателя; констатирует причины интерпретации в праве: 1) необходимость конкретизации содержательных элементов норм, перевода абстрактности права в конкретику индивидуальной ситуации; 2) объективная потребность любого языка в интерпретации, несводимость логических норм к грамматическим; богатство, полисемичность его красок; 3) неодинаковость прочтения смысла словесных конструкций разными людьми; 4) использование оценочных правовых понятий, требующих более трудоемкой расшифровки; 5) разноплановость и повествовательность законодательного стиля; 6) системная связанность содержания норм и др. [2, с. 145 –146].

С помощью систематического толкования правоприменитель вынужден по «сусекам» собирать признаки используемых в законодательстве понятий или раскрывать содержание конкретного правила. Историческое толкование позволяет точнее понять подоплеку того или иного указания закона (например, предписание суду выносить решение по делу об установлении



отцовства на основе достоверных доказательств – ст. 49 СК РФ). И т. д. Примеры логического, филологического и других видов толкования легко обнаруживаемы во всяком нормативном акте, а в цивилистике – особенно.

## **5. Применение правовых норм по аналогии**

Еще Н. А. Гредескул отмечал, что даже тогда, когда толкованием нормы можно довести ее до надлежащей ясности, для ее конкретизации и принятия усмотренческого решения приходится прибегать и к другим видам интеллектуальной юридической деятельности, в том числе и к использованию технологии аналогии права и/или закона: «Жизнь постоянно удаляется, "убегает" от нормы, и при применении права мы наталкиваемся на новые факты, которые законодатель не предвидел; но он высказался о многих других, им относительно подобных, поэтому следует к ним обратиться, взвесить их на сходство и использовать по аналогии имеющуюся норму – желательно с "ближайшего пункта"». «Когда его не оказывается, – продолжал автор, – приходится привлекать к рассмотрению принцип, широкий круг принципов, а иногда и все законодательство – с точки зрения его общего духа» [2, с. 159]. При этом автор уточнял, что факты могут быть не только «новыми», но и «старыми», так как упущения законодателя неизбежны и в настоящем времени из-за разнообразия жизни.

Пробельность законодательства не следует путать с его «квалифицированным молчанием», когда тот или иной вопрос намеренно оставляется им открытым (В. В. Лазарев). Это позволяет решить дело на стыке с нормами морали, обычаями, корпоративными и даже религиозными нормами (В. М. Баранов) [2, с. 161]. Для правильного применения аналогии (прежде всего закона) недостаточно условий, отмечает В. Н. Карташов, вытекающих из ее логической природы. Необходим набор условий специально-юридического типа: 1) пробел является действительным, а не мнимым; 2) отношения в принципе находятся в сфере правового регулирования (по своим существенным характеристикам); 3) в законодательстве имеется предписание, ре-

гулирующее сходное отношение (ситуацию), совпадающее с «клиентом» по указанным характеристикам; 4) использование аналогии не разрушает идеал законности, следует в русле отрасли права, принципов национального права, признанных норм и принципов международного права, а также основополагающих нравственных ценностей; 5) образец не является правилом – исключением; 6) решение не ущемит законных прав и интересов третьих лиц; 7) правоприменитель ознакомился с соответствующей судебной практикой и 8) доказал неизбежность аналогии; 9) аналогия в данной отрасли не запрещена [2, с. 163–164].

Большинство теоретиков права полагает, что из всех отраслей права аналогия исключена только для права уголовного. Однако и в этом вопросе нет полного единства. Л. Л. Кругликов, например, отмечает, что подходов к пробелам в уголовном законе должно быть два: аналогию нельзя использовать для провозглашения непроступного поведения преступным, но она возможна, когда состав преступления налицо, а не урегулированы относительно частные вопросы – при условии закрепления таковой возможности в законе [2, с. 165]. Напрямую не разрешена аналогия в уголовно-процессуальном законодательстве, но практически существует. Так, еще Н. Н. Полянский отмечал: аналогия уголовного права таит в себе серьезную угрозу законным правам и интересам граждан; иначе обстоит дело при разрешении процессуальных вопросов – суд оказался бы в безвыходном или в затруднительном положении, если бы, имея цель отыскания материальной истины и не имея частной подсказки непосредственно в УПК, он не мог бы обращаться к общим началам процесса [2, с. 166–167]. И. Л. Петрухин, несмотря на утверждение о системности уголовно-процессуального права, обеспечиваемой его внутренней согласованностью и беспробельностью, далее все же делает оговорку о допустимости аналогии закона [2, с. 166]. В. М. Жуйков остроумно замечает: отсутствие законодательного закрепления в УПК РФ прямого разрешения на применение аналогии само по себе является пробелом в процессуальном праве [2, с. 166].

В теории права высказаны и иные предположения о недопущении или же существенном ограничении применения аналогии, кроме уже отмеченных случаев, касающихся сферы установления санкций репрессивно-карательного характера: 1) конституционно-правовое пространство; 2) установление, введение и взимание налогов, сборов и иных фискальных платежей; 3) значительные пласты области публичного права в целом, где регулирование осуществляется императивным методом, а возникновение субъективных прав и юридических обязанностей обусловлено наличием норм права конкретного содержания.

Цивилистика, напротив, представляет собой весьма богатое «поле» для применения самых различных технологий аналогии: это предполагается широтой и разнообразием регулируемых ею отношений, изменчивостью экономического оборота и потребности граждан, ограниченными возможностями законодателя по вмешательству в частную жизнь, особенно семейную, и др. факторами.

## **6. Субсидиарное применение норм**

Технологию субсидиарного применения норм многие авторы отождествляют с межотраслевой аналогией (В. Н. Карташов и др.). Однако это спорная точка зрения. При внешнем сходстве с последней она решает несколько иные задачи: 1) экономию текстологического законодательного материала; 2) достижение единства понятийного аппарата родственных отраслей права (иногда – и не родственных). А. Т. Боннер под субсидиарным применением законодательства понимает ситуацию, когда суд (или другой правоприменитель) исходит из конкретных предписаний смежного правового института либо смежной (родственной) отрасли права, то есть востребуется в дополнительном порядке. При этом основным поводом для запуска такой схемы автор полагает отнюдь не «лакуну» (пробел), а необходимость разумного и экономичного расположения нормативного материала: «дублирование тождественных или аналогичных норм в различных отраслях права нерационально, лишено смысла» [2, с. 174]. Например, понятия «сделка», «договор»,

«давность», «вина», «обязательство» в целом одинаковы; по мнению автора, трактуются в трех смежных отраслях, но исторически и генетически именно в гражданском праве им посвящается комплекс норм – два других члена цивилистики (трудовое и семейное право) этим могут воспользоваться. К субсидиарности, продолжает автор, либо призывает сам законодатель, либо высшие судебные инстанции в своих разъяснениях, либо правоприменителю самому приходится изыскивать эту возможность. Среди условий субсидиарного применения нормы А. Т. Боннер выделяет, как и многие другие авторы, сходство (родство) отраслей, в том числе их методологии, и непротиворечивость (при общем сходстве) нормативной идеи – кандидата конкретному правовому институту другой отрасли (его целевым установкам и принципам) [2, с. 176].

Г. М. Свердлов отмечал, что гражданское и семейное право (при самостоятельности последнего) вполне могут взаимодействовать на нормативном уровне, так как их изоляция невозможна, а заимствование отдельных норм целесообразно, по крайней мере, для некоторых имущественных семейных отношений (например, алиментных) [2, с. 176]. На это же указывает С. В. Поленина: субсидиарность прежде всего применима в «пограничных» правовых институтах, тяготеющих к гражданскому праву и неизбежно обладающих рядом общих понятий [2, с. 176].

В то же время не исключается и обратное заимствование тех или иных понятий материнской (профилирующей) отрасли. Так, в историческом плане интересен подобный анализ, осуществленный Я. Р. Веберсом. Отмечая разноречивость в употреблении в гражданских кодексах понятий «родители» и «дети» (с одной стороны) и «усыновители» и «усыновленные» (с другой), автор приходит к выводу, что во всех случаях, когда в ГК упоминается только первая пара понятий, с учетом природы правоотношений по усыновлению (их семейно-правовую приравненность к родительству), следует подразумевать и вторую пару [2, с. 180].

Таким образом, неопределенность квалификации деятельности по разряду субсидиарности или аналогии существует, хо-

тя в семейном законодательстве им посвящены самостоятельные нормы – ст. 4 и ст. 5 СК РФ, предусматривающие, впрочем, и для первой и для второй один и тот же критерий – соответствие существу семейных отношений. Если бы мы к первому виду деятельности применяли в качестве дополнительного критерий разумной экономии размещения нормативного материала, а для второй – пробельность в регулировании отношений, то граница между ними стала бы четче.

## **7. Проблема коллизионности правовых норм**

Термин «коллизия» в теории и практике применяется для обозначения различных юридических явлений: 1) коллизионная норма в международном частном праве, позволяющая состыковать две разные национальные правовые системы по тому или иному вопросу; 2) коллизия как конфликт в общественном отношении; 3) коллизия как противоречивость норм внутри одной отрасли или между смежными (как правило) отраслями. Именно последний контекст является компонентой усмотренческой деятельности правоприменителя.

М. Н. Марченко предлагает выделить следующие признаки конкуренции (коллизии) норм и законов: 1) различия, противостояния, которые могут «перейти» из одной стадии противоречия в другую; 2) состязательный характер этих норм (законов); 3) нахождение их с точки зрения юридической силы на одном уровне; 4) отличие их по объему, степени конкретизации, времени издания и т. п.; 5) направленность на одни и те же общественные отношения; 6) применение в конечном итоге из всей совокупности лишь одной (одного) из них. Для решения «конкурентных» проблем, продолжает автор, оптимальным было бы принятие специального федерального закона о нормативно-правовых актах, однако поскольку «ни один состав парламента нашей страны никак не решится его принять» (Ю. А. Тихомиров), то приходится опираться на систему коллизионных приоритетных принципов, сложившихся в правоприменении. Они, по мнению М. Н. Марченко, составляют условную иерархию и сводятся к следующим:

1. приоритет кодекса по отношению к неcodифицированному акту;
2. преимущество специального закона перед общим;
3. приоритет более позднего закона (нормативно-правового акта) по отношению к ранее изданному;
4. при конкуренции норм различных отраслей приоритет той из них, непосредственным предметом которой является данный вид общественных отношений [6, с. 159].

Традиционными образцами коллизий в семейном законодательстве являются содержащиеся там гражданско-процессуальные нормы специализированного типа. Еще Н. А. Чечина (применительно к КоБС РСФСР) отмечала, что последние часто не являются неотъемлемой составной частью материального правила, к которому «привязаны», и к тому же изложены с нарушением принципов гражданского процессуального права, противоречат содержанию основных процессуальных институтов, а в отдельных случаях фиксируют правила, противоположные нормативным постулатам ГПК РСФСР [2, с. 186].

## **8. Судебное правотворчество и судебное усмотрение**

Дискуссия о том, допускает ли континентальный тип правовой системы, к которому предположительно относится и российская, судебное правотворчество, длится достаточно давно. Обе стороны представляют яркие теоретики права и процессуалисты, а аргументация вполне убедительна. При определении позиции следует учитывать несколько обстоятельств. Во-первых, российская правовая система относится к смешанному типу с элементами самобытности (Д. Я. Малешин) [2, с. 206]. Одним из таковых является процессуальная активность суда в познавательной-доказательственной деятельности. Во-вторых, судебное правотворчество не сводится к судебному прецеденту. В настоящее время, кроме обобщающих актов высших судебных инстанций (которые нередко содержали и содержат положения, составляющие некое новое правило поведения, а не только толкование и/или аналогию), получила признание конструкция «правовая позиция суда», «архитектором» которой

является Конституционный суд РФ. Акты данного Суда имеют сложную нормативно-доктринальную природу (Н. С. Бондарь) [7, с. 75].

Г. В. Мальцев дифференцирует прецедентную конструкцию на классический (англо-саксонский) и неклассический типы. Так, вследствие «судейской дискреции и усмотрения судей, применяющих нормы закона при рассмотрении аналогичных конкретных дел, – пишет 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» [2, с. 199–200]. Судебный же прецедент в его классическом смысле, по мнению Г. В. Мальцева, во-первых, не соответствует исконным, историческим тенденциям и традициям европейского континентального права, строящегося на идее верховенства закона. Во-вторых, объективно, безотносительно к этим традициям, имеет массу недостатков, которые неизбежно присовокупятся к уже в нашей системе имеющимся: 1) процедура формирования прецедента не является ни демократической, ни детализированной (подробно регламентированной); 2) совмещение двух задач – разрешать дела и создавать прецеденты – бремя ответственности, часто судьям непосильное, о чем свидетельствуют дискуссии американских и английских юристов; 3) обязательность прецедентной нормы не опирается на механизмы субординационных и координационных связей между органами государственной власти; в силу доктрины «принудительного прецедента» на судью возлагается обязанность следования нормативному решению суда, хотя сам он может быть убежден в необходимости применить другие нормы; 4) процесс создания и действия законодательства

опирается на институты социального контроля и социальной корректировки, пусть и не всегда эффективно срабатывающие; относительно прецедентного права о такой системе говорить не приходится (создание прецедентной нормы ограничено деятельностью независимого суда, которая к тому же затрагивает личные интересы участников процесса, а значит, исключает широкое общественное вмешательство); 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 парламентом [2, с. 199–200].

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 судейской волей при принятии решения и т. д. Кроме того, 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 и других международных судов эти зачатки существенно модифицируются и раздвигают границы своего присутствия.

А. Н. Верещагин полагает, что в качестве аргумента «contra прецедент» (нередко высказываемого в юридической науке) 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 перво-



степенной задачи», последнее является лишь «побочным результатом» разрешения спора между сторонами. Было бы также, продолжает автор, по меньшей мере, самообманом предполагать, что высшие судебные инстанции, вынося такое решение, не учитывают его будущего общего эффекта по аналогичным делам; напротив, судьям этих инстанций прекрасно известно, что их решения внимательно изучают и «возьмут на вооружение» в силу как жесткой иерархичности российской судебной системы, так и принципа единообразия судебной практики, составляющего одну из гарантий равенства граждан перед законом и судом; отказ воспринимать позиции, фиксированные в индивидуальных актах, в качестве руководства к действию есть аномалия и основание к пересмотру дела [8, с. 139].

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.), с другой – констатирует общую тенденцию фактического усиления ее роли. Относя российскую гражданско-процессуальную систему к смешанному культурологическому типу, автор полагает, что судебный прецедент официальным источником не станет, но фактически в качестве источника права используется [2, с. 205]. 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 [2, с. 206]. 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 последнего в той или иной форме. Не лишены разнообразия предпочтений

и семейноведы. Они либо нейтральны (большинство), либо настроены негативно (Л. М. Пчелинцева и др.), либо приветствуют его или, по меньшей мере, не исключают (М. В. Антокольская, Н. Н. Тарусина и др.).

В развитие идеи о многообразии прецедентных контекстов А. Н. Верещагин обращает наше внимание на активизацию в современном правосудии практики прямого применения Конституции РФ, поощренную соответствующим Постановлением Верховного суда РФ. Автор полагает, что оно создало новую основу для судебного правотворчества. На первый взгляд, пишет он, этот вывод может показаться сомнительным, поскольку в акте ПВС РФ содержится «инструкция» о прямом применении Конституции РФ и ни слова не упоминается, каким образом судам на основе ее норм и в ситуации отказа от норм конкретного законодательства устанавливать некие новые правовые стандарты. Однако, замечает автор, существует взаимосвязь между полномочиями судов на прямое применение Конституции и прецедентным значением подобных решений, ибо суд нередко сталкивается с дефицитом правового регулирования, которое необходимо восполнить. В то же время это не значит, что всякое судебное решение, основанное на прямом действии, станет прецедентом (конкретный закон продолжает действовать). Оно станет таковым, если приобретет качество образца для будущих судебных решений [8, с. 211].

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 наоборот. Чаще всего, отмечает автор, КС РФ обращается к практике ЕСПЧ в рамках конституционного истолкования норм текущего законодательства [2, с. 214]. Российским судам, подчеркивает В. Д. Зорькин, необходимо учитывать в своей деятельности прецедентную практику ЕСПЧ, опираясь на соответствующий опыт КС РФ [2, с. 214]. К сожалению, приведенная позиция В. Д. Зорькина существенно (если не принципиально) расходится с его же точ-

кой 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.

В связи с расхождением позиций указанных судов, попытками ЕСПЧ толковать положения Конституции РФ, квалифицировать их в качестве коллидирующих конвенционным положениям Конституционным судом РФ было принято постановление № 21–п от 14.07.2015 года, а в федеральный конституционный закон «О Конституционном суде Российской Федерации» 14.12.2015 года (№7-ФКЗ) были внесены изменения, касающиеся исполнения решений ЕСПЧ, не соответствующих Конституции РФ.

## **9. Процессуальная активность суда**

Следует различать процессуальную активность суда и судебный активизм.

Судебный активизм предполагает прежде всего прецедентную деятельность юстиции (в классическом значении) и реализацию судом функции социального контроля законодательства, что составляет англо-саксонскую (американскую) традицию и лишь частично – континентальную, в том числе российскую, в рамках преимущественно конституционного правосудия. 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 актов. Понимаемая в широком смысле, она простирает свои

«щупальца» в область конкретизации, толкования, применения норм по правилам субсидиарности и аналогии, разрешения коллизий, а также и прецедентную (некоторая «взвесь» которой присутствует в пространстве российской юстиции), обеспечивая главный результат процесса – постановление справедливого, обоснованного, адекватного обстоятельствам дела судебного акта. И следовательно, имманентно и «тотально» присуща судебному усмотрению, и наоборот, а также, как мы уже отметили, состоит в партнерстве с судебным активизмом. В собственном же, традиционном, смысле процессуальная активность составляет содержание одного или нескольких (в зависимости от точки зрения) принципов гражданского судопроизводства, взаимодействуя с принципами диспозитивности и состязательности. В такой композиции не все ее элементы формируют содержание судебного усмотрения, так как часть гражданско-процессуальных норм обязывает суд к процессуальной активности, выбора не предлагая.

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 прикладной гражданско-процессуальной науке это проявляется в подходе к отдельным элементам служебного начала (процессуальной активности суда) как к исключениям из правила о диспозитивности гражданского судопроизводства либо как к одной из основных идей. Последствия выбора очевидны: исключений не должно быть много – они, как известно, призваны лишь подтверждать правило, основная же идея должна находиться в системном состоянии, развиваться, суверенно взаимодействовать с другими основными идеями, внедряться в законодательство.

Е. В. Васьковский воссоединял идею о процессуальной свободе тяжущихся с принципом судейского формального ру-

ководства процессом, так как суд является органом государственной власти и именно ему предстоит постановить правильное решение, и с принципом материального руководства процессом, то есть добавлением «некоторой дозы следственного начала», дабы устранить «вредное влияние неравносильности сторон» путем исполнения судом «роли помощника и советника сторон» [2, с. 237]. Эти последние соображения автора придают его позиции определенное компромиссное начало, вполне созвучное с современной процессуалистикой, притом что судебная подведомственность с тех пор расширилась до публичного производства гражданского процесса.

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. Гармоничное сочетание их может быть найдено только путем опыта» [2, с. 238–239].

Что касается практической процессуалистики, то, как отмечает Д. Я. Малешин, хотя впоследствии и развилась собственная процессуальная доктрина (которую суженно, в рамках цели нашего исследования, мы представили), но первоначально она была преимущественно «переводной» (французской и немецкой) и Устав гражданского судопроизводства «заложил своеобразный вектор развития отечественного гражданского процессуального права», имевшего «отчетливое континентальное направление», а среди его компонентов – и активность суда в собирании доказательств [2, с. 241].

В советской российской процессуалистике наиболее настойчиво идея о принципе процессуальной активности проводится в работах В. М. Семенова. 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 решения [2, с. 244].

Изменение гражданско-процессуального законодательства лишь несколько ослабило позицию «судебной процессуальной активности» и, соответственно, теоретические позиции его сторонников. 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 — полностью возлагается на суд. Например, суд вообще не связан, продолжает автор, поведением указанных лиц по вопросам определения, наличия или отсутствия сведений, составляющих государственную тайну, фактов подведомственности и подсудности дела, пропуска процессуальных сроков, наличия или отсутствия обстоятельств, обязывающих приостановить или прекратить производство по делу, а также оставить заявление без рассмотрения и др. [2, с. 248–249]. Остался и один из самых ярких элементов судебной активности — право суда выйти

за пределы заявленных требований. Конкретизируя правило п. 3 ст. 196 ГПК РФ, В. М. Жуйков и М. К. Треушников 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), 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.[2, с. 248–249]. Е. С. Чесовский как процессуальную активность суда квалифицирует действие в рамках ст. 19 (об отводах), ст. 21 (о передаче дела другому судье), ст. 23 (о передаче дела из мирового в районный суд), п. 3 и 4 ст. 37 (в части привлечения в процесс несовершеннолетних от 14 до 18 лет), ст. 40, 47 (о привлечении соответчика, органа государственного управления и др.), ст. 87 (о назначении дополнительной или повторной экспертизы), ст. 144, 151 (об отмене обеспечения иска; о соединении, разъединении исковых требований), ст. 200, 201 (об исправлении опечаток или ошибок, вынесении дополнительного решения) и др. [2, с. 249].

### **Ссылки**

1. Папкова О. А. Усмотрение суда. М.: Статут, 2005. 413 с.
2. Тарусина Н. Н. О судебном усмотрении: заметки семейноведа. Ярославль, 2011. 288 с.
3. Басангов Д. А. Юридическая природа особого мнения судьи Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. № 2. С.24–34.
4. Клеандров М. И. Статус судьи. Правовой и смежный компоненты. М.: Норма, 2008. 446 с.
5. Бутнев В. В. Юридические факты в гражданском процессуальном праве // Юридические записки ЯрГУ им. П. Г. Демидова. Вып.13: Юридические факты. Ярославль, 2009. С.67–79.

6. Карташов В. Н. Теория правовой системы общества. Т.1. Ярославль, 2005. 547 с.
7. Марченко М. Н. Источники права. М.: Проспект, 2011. 760 с.
8. Верещагин А. Н. Судебное правотворчество в России. М.: Международные отношения, 2004. 344 с.

### **Вопросы для теоретической дискуссии**

1. Как соотносятся правоприменение, административное и судебное усмотрение?
2. Какие гражданские дела исключают усмотренческую деятельность правоприменителя?
3. Почему особое мнение судьи не является публичным актом (кроме особого мнения судьи Конституционного суда РФ)?
4. Какие правовые нормы могут и должны быть определенными?
5. В чем смысл и причина дифференциации конструкций «конкретизация правовой нормы» и «конкретизация правоотношения»?
6. Следует ли большинство оценочных понятий истолковывать в самом тексте нормативного правового акта?
7. Аналогия закона или права – мера неизбежная?
8. Каковы критерии определения сходного правоотношения в целях применения норм закона по аналогии?
9. Почему происходит смешение понятий «аналогия» и «субсидиарное применение закона»?
10. В чем причины коллизионности законодательства? Пути ее преодоления?
11. Исчерпывается ли судебное правотворчество судебным прецедентом?
12. Является ли нормативно-правовая сущность актов Конституционного суда РФ прецедентной?
13. В чем причины ослабления процессуальной активности суда в гражданском процессе?
14. Всегда ли формулировка «суд вправе» означает возможность, а не долженствование?



15. Какие компоненты/технологии правоприменения являются обязательными, а какие – ситуационными?

16. На основе норм действующего законодательства, а также судебной практики приведите примеры нормативного признания и фактического существования прецедентного права в правоприменительной практике Российской Федерации.

## **Индивидуальные и коллективные задания для практических занятий**

### **Задание № 1**

*Анализ дела «К. Маркин против России»:*

1. Ознакомиться с постановлением ЕСПЧ от 07.10.2010 г. /по жалобе № 30078/06/ и определением КС РФ от 15.01.2009 г. № 187-0-0.

2. Проанализировать индивидуальную правовую позицию председателя КС РФ В. Д. Зорькина, изложенную в статье «Предел уступчивости» (Российская газета. 2010. 29 окт.).

3. Проанализировать постановление КС РФ № 21-п от 14.07.2015 г. в увязке с конкретным делом.

Сформировать две команды из 2-3 чел., которые будут отстаивать противоположные позиции. Кратко изложить аргументацию в письменном виде. Доложить свою правовую позицию, показав свободное владение материалом.

Участникам занятия оценить аргументацию сторон и форму ее презентации, высказать собственные соображения по вопросу или, мотивировав, присоединиться к позиции одной из сторон.

### **Задание № 2**

*Применение аналогии закона/права*

Два варианта заданий:

1) по теме диссертации представить образец применения нормы/норм по аналогии – в рамках той же отрасли права либо смежной (например, для семейных, трудовых отношений – норм гражданского законодательства);

2) конкретное задание: анализ применения по аналогии норм ст. 51 и др. при регистрации ребенка, рожденного по программе

суррогатного материнства, когда заказчиком выступает мужчина (первичный материал для размышления см.: Ильина О. Ю. Применение аналогии закона и аналогии права при регулировании отношений в сфере регистрации рождения детей // Вестник ТвГУ. Серия «Право». 2014. № 3. С. 38–45).

*Примечание:* поиск осуществляется через систему e-library.

Позиция оформляется в письменном виде и в свободной форме докладывается на практическом занятии. Далее следует дискуссия.

### **Задание № 3**

#### *Аналогия закона/права*

Суть задания: проанализировать дело «Эванс против Соединенного Королевства» (Прецеденты Большой Палаты Европейского суда по правам человека по странам – членам Совета Европы. 2007. № 10) и в исследовательских целях применить по аналогии нормы семейного, гражданского и медицинского законодательства России – для решения подобных казусов в российской правоприменительной практике.

Позиция излагается в письменной форме и докладывается участникам практического занятия.

*Примечание:* при подготовке можно использовать позицию Е. Е. Богдановой (см.: Защита интересов граждан при конфликте их личных неимущественных прав // Журнал российского права. 2013. № 12. С. 75–85).

### **Задание № 4**

#### *Субсидиарное применение норм права*

*Вариант 1:* примените гражданско-правовую конструкцию «заблуждение» (для сделок) к институту недействительности брака; приведите конкретные примеры заблуждения, которые являются юридически значимыми для брачного правоотношения; изложите позицию в письменной форме и доложите участникам практического занятия. Примите участие в последующей дискуссии по Вашей позиции.

*Вариант 2:* сформулируйте правовую позицию по вопросу о допустимости субсидиарного применения /или по аналогии

положений гражданского законодательства о недействительности сделки к институту трудового договора; изложите позицию в письменной форме и доложите участникам практического занятия. Примите участие в последующей дискуссии по Вашей позиции.

### **Задание № 5**

*Толкование как способ конкретизации правовой нормы и правоотношения, одна из технологий судебного / правоприменительного усмотрения.*

*Вариант 1:* осуществить трактовку понятия «повторность» при пересдаче государственного итогового экзамена. Использовать следующие источники: ФЗ «Об образовании», Временное положение о государственной итоговой аттестации выпускников от 27.04.2015 № 347 (ЯрГУ), приказ МО и Н РФ от 29.06.2015 № 636. Ключевые вопросы: повторно – единожды, или дважды, или несколько раз в течение 5 лет? можно ли применить по аналогии норму ФЗ «Об образовании» о пересдаче текущего экзамена (дважды)?

Позиция излагается в письменной форме и докладывается участникам практического занятия. Далее – обсуждается.

*Вариант 2:* В соответствии с ФЗ «Об образовании» преподаватель имеет право 1 раз в три года пройти повышение квалификации. Одновременно он обязан повышать свою квалификацию. ТК РФ также предусматривает повышение квалификации. Вопрос: на каком основании контролирующие органы требуют, чтобы преподаватель в обязательном порядке проходил повышение квалификации (с получением соответствующего сертификата) 1 раз в 3 года?

Позиция излагается в письменной форме и докладывается участникам практического занятия. Далее следует обсуждение.

### **Задание № 6**

*Особое мнение судьи*

1. Анализ нормативных источников. В качестве дополнительного источника можно использовать монографию Н. Н. Тарусиной «Семейное право: в «оркестровке» суверенности и су-

дебного усмотрения» (М.: Проспект, 2014) или «Судебное усмотрение: заметки семейноведа» (Ярославль, 2011). Обе книги имеются в читальном зале факультета.

2. Анализ особого мнения судьи Конституционного суда РФ Г. А. Гаджиева по жалобе В. В. Чадаевой (постановление КС РФ № 13-пп от 08.07.2010).

3. Анализ определения Конституционного суда РФ от 15 мая 2012 г. № 880-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Ч. П. и Ч. Ю. на нарушение их конституционных прав положениями пункта 4 статьи 5 Семейного кодекса Российской Федерации и пункта 5 статьи 16 федерального закона «Об актах гражданского состояния». Основное внимание необходимо сосредоточить на правовых позициях судей С. Д. Князева и Г. А. Гаджиева, изложенных в особых мнениях.

Позиция оформляется в письменном виде и докладывается участникам практического занятия. Далее следует дискуссия.

### **Задание № 7**

#### *Правовые позиции Конституционного суда РФ*

Анализ определений об отказе в приеме жалобы к рассмотрению: 1) № 226-0 от 20.06.2006 г. – по жалобе И. Л. Шульгиной; 2) № 496-0 от 16.11.2006 г. – по жалобе Э. Мурзина; 3) № 851-0-0 от 18.12.2007 г. – по жалобе Н. Г. Рязанова.

Задачи: проанализировать аргументацию Суда, выстроить собственную правовую позицию, включая обоснование в контексте духа и буквы закона, справедливости, принципа равенства. Согласие либо несогласие с позицией Суда должно быть аргументировано как с нормативно-правовой, так и общегуманитарной точек зрения, в том числе в контексте основных прав и свобод.

Позиция оформляется в письменном виде и докладывается участникам практического занятия. Далее следует дискуссия.

### **Задание № 8**

#### *Коллизия нормативно-правовых актов*

Исследовать коллизию норм ст. 24 СК РФ и ст. 4 ГПК РФ. Проанализировать версию судебной практики и гражданско-процессуальной доктрины о возможности толкования правил ст. 24

СК РФ (об обязанностях суда; независимо от заявления соответствующих требований сторонами принять решение по вопросам, не вытекающим из сущности иска о расторжении брака), в том числе позицию Верховного суда РФ (см. постановление «О судебном решении»).

Проанализировать судебную практику, согласно которой мировые судьи предлагают сторонам по делу о расторжении брака зафиксировать в заявлении об отсутствии спора о детях и алиментах – без проверки соглашения о месте проживания ребенка и взыскании алиментов и, соответственно, без передачи дела о расторжении брака, обремененного вопросом о защите интересов детей, в юрисдикцию районного суда.

Выстроить свою правовую позицию. Оформить ее в письменном виде. Доложить участникам практического занятия. Принять участие в дискуссии.

### **Задание № 9**

Обсудите информацию Центрального банка РФ от 27 января 2014 года «Об использовании при совершении сделок «виртуальных валют», а также информационное сообщение Федеральной службы по финансовому мониторингу «Об использовании криптовалют».

*Вопросы:* могут ли данные платежные средства использоваться при расчетах по внешнеторговым сделкам – в рамках специальной оговорки и при условии открытия соответствующего счета в стране сделки, в которой хождение данной валюты разрешено?

### **Задание № 10**

Разрешите коллизию правовых позиций Верховного суда РФ (определение от 23.09.2014 г. № 4-КГ) и Высшего арбитражного суда РФ (постановление Пленума № 51 от 30.06.2011 г.) в части действия презумпции общности имущества при определении конкурсной массы по делу о банкротстве гражданина (физического лица).

### **Задание № 11**

*Практика ЕСПЧ, особое мнение судьи*

1. Изучите Постановление ЕСПЧ от 04.07.2013 «Дело «Балакин (Balakin) против Российской Федерации» (жалоба № 21788/06) и Особое мнение Л.-А. Сисилианоса и Д. Дедова.

2. Оцените указанное Постановление с точки зрения его соответствия положениям Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Письменно мотивируйте свою позицию.

3. Попытайтесь найти в практике российских судов правоприменительные акты по аналогичным спорам.

4. Разрешите спор гр. Балакина по существу на основании действующего (и действовавшего на момент возникновения спорного правоотношения) жилищного законодательства с учетом имеющейся судебной практики. Письменно мотивируйте свое решение.

## **Задание № 12**

### *Толкование закона, применение закона по аналогии*

1. Проанализируйте ч. 4 ст. 31 ЖК РФ и ст. 19 ФЗ от 29.12.2004 № 189-ФЗ «О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации» и ответьте на следующие вопросы:

– определена ли в ст. 19 Вводного закона юридическая природа права пользования, предоставленного бывшему члену семьи собственника приватизированного жилого помещения, при условии, что на момент приватизации он имел равные права в отношении жилого помещения с лицом, его приватизировавшим?

– определены ли в законе срок существования данного права, порядок его осуществления, основания прекращения, механизм защиты прав третьих лиц (приобретателей жилого помещения, обремененного указанным правом), в том числе механизм их информирования о существовании такого права?

– какова сфера применения указанной нормы, исходя из ее буквального толкования (в частности, является ли она исключением из правил п. 2 ст. 292 ГК РФ и ч. 5 ст. 31 ЖК РФ, т.е. сохраняется ли указанное право пользования после перехода права собственности на жилое помещение к другому лицу)?

– как Вы оцениваете данную норму с точки зрения ее определенности?

2. Проанализируйте п. 18 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 02.07.2009 № 14 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при применении ЖК РФ». Какое толкование нормы ст. 19 ФЗ «О введении в действие ЖК РФ» дает Пленум Верховного суда? Устраняет ли данное толкование неопределенность нормы закона (с учетом вопросов, указанных в п. 1)?

3. Изучите Постановление Конституционного Суда РФ от 24.03.2015 № 5-П (по жалобе гр. Богатырева А. М.) и Особые мнения судей КС РФ Г. А. Гаджиева и В. Г. Ярославцева.

Ответьте на следующие вопросы:

– регулируется ли действующим жилищным законодательством порядок осуществления права пользования жилым помещением члена семьи (бывшего члена семьи) собственника жилого помещения в кооперативном доме?

– предусмотрено ли действующим законодательством сохранение указанного права пользования жилым помещением в случае перехода права собственности на жилое помещение к другому лицу?

– правомерно ли, по Вашему мнению, применение судами к указанному правоотношению нормы ст. 19 ФЗ «О введении в действие ЖК РФ» по аналогии? Какая позиция представляется Вам более правильной – изложенная в Постановлении или в Особом мнении В. Г. Ярославцева? Письменно аргументируйте свою точку зрения;

– какие изменения необходимо внести в действующее законодательство согласно выводам Конституционного суда и по Вашему мнению? Оцените целесообразность этих изменений. Письменно изложите формулировку предлагаемых изменений.

### **Задание № 13**

#### *Судебное правотворчество*

1. Проанализируйте нормы п. 2 ст. 292 ГК РФ, ч. 4 и 5 ст. 31 ЖК РФ. Предусмотрено ли действующим законодательством сохранение права пользования жилым помещением члена семьи (бывшего члена семьи) собственника жилого по-

мещения в кооперативном доме в случае перехода права собственности на жилое помещение к другому лицу?

2. Изучите Определение СК по гражданским делам Верховного Суда РФ от 29.05.2012 № 11-КГ12-2.

– Какое решение приняла коллегия?

– Какие нормы жилищного законодательства были применены?

– Какое толкование нормы ч. 4 ст. 31 ЖК РФ применила коллегия?

– Вправе ли суд в отсутствие соответствующей нормы в отраслевом законодательстве вынести решение о признании за членом семьи жилищного кооператива бессрочного права пользования жилым помещением и о сохранении указанного права после отчуждения жилого помещения. Аргументируйте свою позицию. Для подготовки используйте Постановление КС РФ от 24.03.2015 № 5-П и Особое мнение Г. А. Гаджиева, статью А. М. Эрделевского «Права бывших членов семьи собственника жилого помещения в практике Конституционного Суда РФ» (СПС КонсультантПлюс).

#### **Задание № 14**

##### *Коллизия норм и правоприменительных актов*

1. Изучите следующие правоприменительные акты:

Определение Верховного Суда от 24.10.2006 № 56-В06-17,

Определение Конституционного Суда РФ от 07.02.2008 № 242-О-О (по жалобе А. А. Сангаджиева и О. А. Сидорова)

2. Сформируйте две команды по 3 участника, которые будут отстаивать противоположные позиции ВС РФ и КС РФ. Каждой команде необходимо письменно в виде тезисов изложить аргументы для доказывания своей точки зрения. Остальным участникам дискуссии – задавать вопросы, оценивать аргументы каждой команды. Цель – установить правильную позицию (исходя из буквального толкования норм права и из принципа справедливости), выявить и разрешить коллизию норм, возможные пробелы в законодательстве и варианты их устранения.

Для подготовки используйте учебное пособие О. Г. Миролюбовой «Право семьи на жилище» (глава 5).



## Задание № 15

### *Правовые позиции Конституционного суда РФ*

Изучите Постановление Конституционного Суда РФ от 08.07.2014 № 21-п (по жалобе гр. Е. А. Дурягиной).

Раскройте конституционно-правовой смысл пп. «г» п. 18 Правил предоставления молодым семьям социальных выплат на приобретение (строительство) жилья и их использования (приложение № 3 к подпрограмме «Обеспечение жильем молодых семей» федеральной целевой программы «Жилище» на 2011–2015 годы, утвержденной Постановлением Правительства РФ от 17.12.2010 № 1050).

Почему КС РФ пришел к выводу, что данная норма не противоречит Конституции РФ?

## Задание № 16

Оцените приведенные ниже резолютивные части судебных решений с точки зрения их соответствия требованию определенности судебного решения. Предложите правильную, на Ваш взгляд, формулировку. Назовите основные нормативные акты и акты правоприменительной практики, которыми определяются требования к содержанию судебных решений по данной категории дел:

1. «Установить следующий порядок встреч отца Ч. А. А. с несовершеннолетней дочерью Ч. Л. А. <г.р.>: каждый понедельник месяца в 17.30 час. и каждую субботу месяца в 16.00 час. Ч. А. А. (отец) приходит по месту жительства Ч. О. А. (матери) и их несовершеннолетней дочери Ч. Л. А. по адресу: <\_>, общается с дочерью, находясь в квартире по месту жительства Ч. О. А. и их несовершеннолетней дочери Ч. Л. А. по адресу: <\_>, либо гуляя с ребенком на улице, совершая прогулки на свежем воздухе, и возвращает данного ребенка до 19.00 час. того же дня по месту жительства Ч. О. А. и их несовершеннолетней дочери Ч. Л. А. по адресу: <\_>».

2. «Определить следующий порядок общения Щ. Е. С. (отца) с несовершеннолетним Щ. И. С. <г.р.>: вторая и четвертая суббота месяца в период с 09.00 час. до 20.00 час. по согласованию с матерью несовершеннолетнего – Щ. М. Е. в месте фактического проживания несовершеннолетнего в г. Ярославле

до достижения ребенком 10-летнего возраста. По достижении несовершеннолетним Щ. И. С. 10-летнего возраста, определить указанный порядок общения с учетом мнения ребенка».

3. «Установить следующий порядок встреч отца Н. А. А. с несовершеннолетним Н. М. А. <г.р.>: еженедельно вторник, четверг с 17-00 час. до 20-00 час., суббота в период с 10-00 час. до 12-00 час.».

### **Задание № 17**

Изучите тексты Декларации прав ребенка (от 20.11.1959 г.) и Конвенции о правах ребенка (от 20.11.1989 г.).

1. Какие положения указанных документов восполняют пробелы в правовом регулировании отношений с участием ребенка в российском законодательстве?

2. В каких изменениях, по Вашему мнению, нуждается российское семейное законодательство для наиболее полного обеспечения прав и интересов ребенка в соответствии с требованиями Декларации прав ребенка и Конвенции о правах ребенка? Обоснуйте свое мнение.

### **Задание № 18**

Отменяя в кассационном порядке судебные акты, вынесенные при рассмотрении конкретного гражданского дела, Верховный суд РФ свою позицию в части применения к требованиям о признании недействительным брачного договора исковой давности обосновал следующим образом:

«В соответствии с п. 1 ст. 9 СК РФ на требования, вытекающие из семейных отношений, исковая давность не распространяется, за исключением случаев, если срок для защиты нарушенного права установлен названным кодексом.

Семейным кодексом РФ срок исковой давности для требований об оспаривании брачного договора не установлен.

Однако по своей природе брачный договор является разновидностью двусторонней сделки, но имеющей свою специфику, обусловленную основными началами (принципами) семейного законодательства. Поскольку для требования супруга по п. 2 ст. 44 СК РФ о признании брачного договора недействительным этим кодексом срок исковой давности не установлен, то к требованию супруга, исходя из положений ст. 4 СК РФ в целях ста-

бильности и правовой определенности гражданского оборота применяется срок исковой давности, предусмотренный ст. 181 ГК РФ, по требованиям о признании сделки недействительной». (Определение Верховного Суда РФ от 20.01.2015 г. № 5-КГ14-144).

1. Какие приемы для устранения правовой определенности нормы ст. 44 СК РФ использовал Верховный суд РФ (толкование, аналогия, субсидиарное применение законодательства)? Поясните свой ответ.

2. Насколько оправдано их применение в данном случае?

3. Должны ли суды при рассмотрении аналогичных дел руководствоваться данной позицией Верховного суда РФ?

### **Вопросы для подготовки к зачету/экзамену**

1. Понятие и формы/технологии правоприменения.
2. Понятие судебного усмотрения.
3. Пределы судебного усмотрения.
4. Особое мнение судьи: статус и особенности института.
5. Отличие конкретизации правовых норм от конкретизации правоотношений.
6. Нормы цивилистики как предпосылки административного и судебного усмотрения.
7. Семейно-правовые, гражданско-правовые и гражданско-процессуальные нормы в контексте судебного усмотрения.
8. Неопределенность в сфере цивилистики как предпосылка судебного усмотрения.
9. Особенности толкования.
10. Особенности применения цивилистических норм на субсидиарной основе.
11. Соотношение межотраслевой аналогии и субсидиарного применения цивилистических норм.
12. Коллизия и коллизионная норма.
13. Коллизионность материально-правового и гражданско-процессуального законодательства.
14. Процессуальная активность суда: стратегические и тактические аспекты.

15. Акты Конституционного суда РФ: природа и значение.
16. Судебные правовые позиции.
17. Постановления Верховного суда РФ обобщающего характера: природа и значение.
18. О возможности прецедентного значения судебных решений по конкретным делам.
19. Понятие и значение судебной практики.

### **Темы рефератов**

1. Судья как субъект усмотрения.
2. Судебное усмотрение: право или обязанность?
3. Особое мнение судьи: благо или зло?
4. Конкретизация правовой нормы и правового отношения.
5. Дефиниции и оценочные понятия как инструменты правоприменения. Внутренняя коллизийность нормативно-правового акта.
6. Аналогия и субсидиарное применение норм права: зона взаимности.
7. Процессуальная активность суда: императив и усмотрение.
8. Акты КС РФ и судебный прецедент.
9. Акты ВС РФ: юридическая природа.
10. Судебный прецедент в России: имеются ли законодательные предпосылки?
11. Судебный прецедент как элемент судебного усмотрения.

### **Список литературы**

1. Алексеев, С. С. Общая теория права : в 2 т. / С. С. Алексеев. – М.: Юридическая литература, 1982. – Т. 2. – 360 с.
2. Антокольская, М. В. Семейное право / М. В. Антокольская. – М.: Норма, 2010. – 431 с.
5. Афанасьев, С. Ф. Право на справедливое судебное разбирательство и его реализация в российском гражданском судопроизводстве / С. Ф. Афанасьев. – М. : Юрлитинформ, 2009. – 296 с.
6. Барак, А. Судейское усмотрение / А. Барак. – М. : Норма, 1999. – 376 с.
7. Бондарь, Н. Власть и свобода на весах Конституционного правосудия / Н. Бондарь. – М.: Юстицинформ, 2005. – 588 с.

8. Боннер, А. Т. Судебный прецедент в российской правовой системе / А. Т. Боннер // Избранные труды по гражданскому процессу. – СПб. : СПбГУ, 2005. – С. 417–430 с.
9. Верещагин, А. Н. Особые мнения в российских судах / А. Н. Верещагин // Государство и право. – 2008. – № 2. – С.13–23.
10. Гук, П. А. Судебный прецедент: теория и практика / П. А. Гук. – М. : Юрлитинформ, 2009. – 128 с.
11. Жилин, Г. А. Правосудие по гражданским делам: Актуальные вопросы / Г. А. Жилин. – М. : Проспект, 2010. – 576 с.
12. Зорькин, В. Д. Предел уступчивости / В. Д. Зорькин // Российская газета. – 2010. – 29 окт.
13. Зорькин, В. Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации / В. Д. Зорькин // Журнал российского права. – 2004. – № 12. – С. 3–9.
14. Лазарев, В. В. Пробелы в праве и их пути устранения / В. В. Лазарев. – М., 1974. – 184 с.
15. Мальцев, Г. В. Социальные основания права / Г. В. Мальцев. – М. : Норма, 2007. – 800 с.
16. Марченко, М. Н. Проблемы общей теории государства и права : в 2 т. / М. Н. Марченко. – М. : Проспект, 2007. – Т. 2. – 656 с.
17. Марченко, М. Н. Судебное правотворчество и судебское право / М. Н. Марченко. – М. : Проспект, 2009. – 510 с.
18. Миролюбова, О. Г. Право семьи на жилище: учебное пособие / О. Г. Миролюбова. – М. : Проспект, 2016. – 144 с.
19. Нечаева, А. М. Семейное право: Актуальные проблемы теории и практики / А. М. Нечаева. – М., 2007. – 280 с.
20. Сочнева, О. И. Определенность судебного решения как гарантия обеспечения прав и интересов ребенка // Социально-юридическая тетрадь. – 2015. – № 5. – С. 66–86.
21. Тарусина, Н. Н. Семейное право: Очерки из классики и модерна / Н. Н. Тарусина. – Ярославль : ЯрГУ, 2009. – 616 с.
22. Тарусина, Н. Н. Семейное право: в «оркестровке» суверенности и судебного усмотрения / Н. Н.Тарусина. – М. : Проспект, 2014. – 288 с.

## **Нормативно-правовые акты и юридическая практика**

1. Конституция РФ (принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г.) // Собрание законодательства РФ, 04.08.2014, N 31, ст. 4398.
2. Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Заключена в г. Риме 04.11.1950) // Собрание законодательства РФ, 18.05.1998, № 20, ст. 2143.

3. Конвенция о правах ребенка (одобрена Генеральной Ассамблеей ООН 20.11.1989) // Справочная правовая система «Консультант Плюс».
4. Декларация прав ребенка (Принята 20.11.1959 Резолюцией 1386 (XIV) на 841-ом пленарном заседании Генеральной Ассамблеи ООН) // Справочная правовая система «Консультант Плюс».
5. Семейный кодекс РФ от 29.12.1995 № 223-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 1996. – N 1, ст. 16.
6. Гражданский кодекс РФ (часть 1) от 30.11.1994 № 51-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 1994. – № 32, ст. 3301.
7. Гражданский кодекс РФ (часть 3) от 26.11.2001 // Собрание законодательства РФ. – 2001. – N 49, ст. 4552.
8. Гражданский процессуальный кодекс РФ от 14.11.2002 № 138-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 2002. – № 46, ст. 4532.
9. Жилищный кодекс РФ от 29.12.2004 № 188-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 2005. – № 1, ч. 1, ст. 14.
10. Федеральный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» от 21.07.1994 № 1-ФКЗ (с изм. и доп.) // Собрание законодательства РФ. – 1994. – № 13, ст. 1447.
11. Федеральный конституционный закон «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О конституционном суде Российской Федерации» от 14.12.2015 № 7-ФКЗ // Справочная правовая система «Консультант Плюс».
12. Федеральный закон «Об исполнительном производстве» № 229-ФЗ от 02.10.2007 // Собрание законодательства РФ. – 2007. № 41, ст. 4849.
13. Постановление Конституционного Суда РФ от 24 марта 2015 г. № 5-П // Справочная правовая система «Консультант Плюс».
14. Постановление Конституционного Суда РФ от 08 июля 2014 г. № 21-П // Справочная правовая система «Консультант Плюс».
15. Постановление Конституционного Суда РФ от 14.07.2015 г. № 21-п // Справочная правовая система «Консультант Плюс».
16. Определение КС РФ от 22 января 2004 г. № 14-0 // Справочная правовая система «Консультант Плюс».
17. Определение КС РФ от 19 февраля 2004 г. № 58-0 // Справочная правовая система «Консультант Плюс».
18. Определение КС РФ от 23 июня 2005 г. № 228-0 // Справочная правовая система «Консультант Плюс».
19. Определение Конституционного Суда РФ от 19.11.2015 г. № 2603-О // Справочная правовая система «Консультант Плюс».
20. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 05.11.1998 № 15 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел о расторжении брака» (с изм. и доп.) // Российская газета, N 219, 18.11.1998.

21. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27.05.1998 № 10 «О применении судами законодательства при разрешении споров, связанных с воспитанием детей» (с изм. и доп.) // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 1998. – № 7.

22. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 20.04.2006 № 8 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел об усыновлении (удочерении) детей» // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2006. – № 6.

23. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 25.10.1996 № 9 «О применении судами Семейного кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел об установлении отцовства и о взыскании алиментов» // Российская газета. – 1996. – 5 нояб., № 212.

24. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 02.07.2009 № 14 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при применении Жилищного кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2009. – № 9.

25. Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 23 от 19.12.2003 г. «О судебном решении» // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2004. – № 2.

26. Постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 15/18 от 15.11.2001 г. «О некоторых вопросах, связанных с применением норм гражданского кодекса РФ об исковой давности» // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2002. – № 1.

27. Обзор практики разрешения судами споров, связанных с воспитанием детей (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 20.07.2011 г.) // Справочная правовая система «Консультант Плюс».

28. Обзор судебной практики по делам, связанным со взысканием алиментов на несовершеннолетних детей, а также на нетрудоспособных совершеннолетних детей (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 13.05.2015 года) // Справочная правовая система «Консультант Плюс».

# Оглавление

1. Правоприменение по гражданским делам. Общие предпосылки .....	3
2. Норма права как предпосылка правоприменения .....	10
3. Конкретизация как компонента правоприменения .....	11
4. Толкование как элемент правоприменения .....	14
5. Применение правовых норм по аналогии .....	17
6. Субсидиарное применение норм .....	19
7. Проблема коллизионности правовых норм .....	21
8. Судебное правотворчество и судебное усмотрение .....	22
9. Процессуальная активность суда .....	27
Вопросы для теоретической дискуссии .....	32
Индивидуальные и коллективные задания для практических занятий .....	33
Вопросы для подготовки к зачету/экзамену .....	43
Темы рефератов .....	44
Список литературы .....	44
Нормативно-правовые акты и юридическая практика .....	45

---

Учебное издание

**Тарусина** Надежда Николаевна  
**Миролюбова** Ольга Германовна  
**Сочнева** Ольга Игоревна

**Проблемы правоприменения  
по гражданским делам**

*Учебно-методическое пособие*

Редактор, корректор Л. Н. Селиванова  
Верстка Л. Н. Селивановой

Подписано в печать 20.09.16. Формат 60×84 1/16.  
Усл. печ. л. 2,79. Уч.-изд. л. 2,3. Тираж 9 экз. Заказ

Оригинал-макет подготовлен  
в редакционно-издательском отделе ЯрГУ

Ярославский государственный университет  
им. П. Г. Демидова.  
150000, Ярославль, ул. Советская, 14.