Для заказа доставки данной работы воспользуйтесь поиском на сайте по ссылке: <http://www.mydisser.com/search.html>

Использование в адвокатской деятельности судебных прецедентов для обеспечения защиты прав и законных интересов доверителей

**Год:**

2009

**Автор научной работы:**

Витов, Иван Сергеевич

**Ученая cтепень:**

кандидат юридических наук

**Место защиты диссертации:**

Москва

**Код cпециальности ВАК:**

12.00.11

**Специальность:**

Судебная власть, прокурорский надзор, организация правоохранительной деятельности, адвокатура

**Количество cтраниц:**

204

## Оглавление диссертации кандидат юридических наук Витов, Иван Сергеевич

Введение.

ГЛАВА 1. Участие адвоката в создании судебных прецедентов и формирование им собственных правовых позиций.

§ 1. Соотношение права и закона, судебной практики и прецедента в странах англо — саксонской и романо — германской системы права.

§ 2. Сущность феномена судебного прецедента.

§ 3. Судебная дискреция и правовые позиции адвоката.

§ 4. Прецедентный характер актов Европейского Суда по правам человека: сущность, специфика, влияние на российскую правоприменительную практику.

§ 5. Обращение адвоката в Европейский Суд по правам человека и использование его прецедентов.

ГЛАВА 2. Общая характеристика судебных прецедентов в Российской Федерации: статус, виды, возможности использования адвокатами.

§ 1. Решения и правовые позиции Конституционного Суда России в системе источников российского права.

§ 2. Использование адвокатом правовых позиций Конституционного

Суда Российской Федерации.

§ 3. Акты Верховного Суда России: сущность и значение в адвокатской практике.

§ 4. Использование адвокатом прецедентов Высшего Арбитражного Суда России.

## Введение диссертации (часть автореферата) На тему "Использование в адвокатской деятельности судебных прецедентов для обеспечения защиты прав и законных интересов доверителей"

Актуальность диссертационного исследования. Процесс совершенствования адвокатской деятельности требует от исследователя осуществлять постоянный поиск новых направлений для использования всех ресурсов обеспечения прав, свобод и законных интересов доверителей. В последнее время адвокат все чаще сталкивается с судебными прецедентами, с явлением, которое можно охарактеризовать как судебное правотворчество. Анализ правоприменительной практики позволяет разделить мнение исследователей о том, что уже давно канули в лету те времена, когда «было даже неприличным утверждать, что судьи в процессе своей деятельности формируют право. Считалось, что они лишь «выявляют», толкуют и «декларируют» (объявляют) нормы права». 1 Ныне представители судейского корпуса все увереннее заявляют: «мы (судьи) создаем право, и иначе быть не может».

Соответствующие тенденции не обошли стороной и Российскую Федерацию, где, прежде всего, Конституционный Суд фактически претендует на реализацию нормотворческих функций. Как замечает, например, Н.В. Витрук, решения Конституционного Суда Российской Федерации и содержащиеся в них правовые позиции, «обладающие юридической силой, равной юридической силе самой Конституции (выд. - В.И.), являются источником российского права и в силу этого оказывают существенное влияние на правовую систему Российской Федерации, на развитие.всей юридической науки». В этом плане В.Д. Зорькин неоднократно отмечал, что Конституция России — это, прежде всего, модель для развития общества; по его мнению, это «не застывший на бумаге текст, а живой, развивающийся организм», приобретающий с течением времени более глубокое собственное содержание и

1 См.: Lester A. English Judges as Law Makers //Public Law. Summer. 1993. P. 269.

2 Sheldon Ch. Supreme Court. - Beverly Hills. 1970/. P. XX.

3 Витрук Н.В. Верность Конституции. - М., 2008. С. 3 одновременно раскрывающийся в реальной жизни через текущее законодательство и правоприменительные акты.4 В определенной мере аналогичные позиции можно обнаружить в работах известных российских ученых, отмечающих, что при толковании Конституции происходит «уяснение ее смысла, адаптация к новым реалиям общественного и государственного развития», позволяющая «добраться до глубин конституционных положений, еще не задействованных».5 Безусловно, адвокат не может игнорировать то обстоятельство, что в процессе вынесения решения судьи неизбежно осуществляют толкование норм права, поскольку им необходимо соотнести значение правовых норм, выраженных в текстах нормативных актов, и те обстоятельства дела, по отношению к которым должны быть применены Г данные нормы. «Официальное признание судебного правоположения прецедентного характера в качестве формирующегося источника права является объективной необходимостью, - утверждают исследователи, -поскольку факты пробелов в законодательстве, коллизии нормативных правовых актов, несоответствие законодательства требованиям общественной практики действительно нельзя исключить в принципе. В п этих условиях возрастает роль судебной практики».

Однако в юридической литературе практически не исследован вопрос о тех негативных последствиях, в том числе, в сфере обеспечения адвокатом прав, свобод и законных интересов своих доверителей, которые может повлечь за собой фактическое полное отрицание необходимости уважения закона, подмена этого принципа расширением возможностей судейского усмотрения. Крайне редким

4 См. подробнее: Зорькин В.Д. Россия и Конституция в XXI веке. Взгляд с Ильинки. -М., 2007. С. 39-40.

5 См.: Хабриева Т.Я., Чиркин В.Е. Теория современной конституции. — М., 2005. С. 101-102.

6 См.: Годик В.Е. Толкование норм права в судебных решениях в Российской Федерации: Дисс.канд. юрид. наук. -М., 2006. С. 8.

7 См.: Раслин B.JI. Правообразующая роль органов судебной власти в Российской Федерации: Автореф. дисс.канд. юрид. наук. — М., 2007. С.7. исключением здесь являются позиции тех ученых, которые полагают, что деятельность Конституционного Суда России носит «спонтанный характер и ее импульсом являются незапланированные обращения, а его о решения для правовой системы случайны». По мнению А.Д. Бойкова, для законодателя решения Конституционного Суда Российской Федерации должны иметь преимущественно рекомендательный характер, иначе «не удастся провести грань между законодательной и судебной властью, и норма о разделении властей приобрела бы характер очередного лозунга, не отражающего действительность».9

Таким образом, актуализируется потребность в научных исследованиях не только судебного прецедента, но, главное, пределов судейской дискреции, возможности и целесообразности контроля за ней со стороны гражданского общества, включая институт адвокатуры. Кроме того, автор диссертационного исследования считает целесообразным постановку и научный анализ вопроса о формировании института «адвокатских правовых позиций», усиления их влияния в правоприменительной практике.

Имеет место и потребность в анализе соотношения прецедентов наднациональных и отечественных судебных инстанций, а также тех противоречий и взаимного игнорирования правовых позиций, которые можно констатировать в Российской Федерации. Безусловно, со вступлением в Совет Европы и ратификацией Конвенции о защите прав человека и основных свобод Российская Федерация, как совершенно справедливо замечал Ю.И. Стецовский, должна обрести новое измерение: европейское. 10 В этом плане все более своевременным становится исследование сущности актов Европейского Суда по правам человека, возможности рассмотрения его решений как прецедентов, о

См.: Бойков А.Д. Третья власть в России. Книга вторая — продолжение реформ. — М., 2002. С. 134.

9 Бойков А.Д. Указ. соч. С. 134.

10 См.: Стецовский Ю.И. Европейский суд по правам человека и адвокатура //Адвокат.- М., 2006. № 4. С. 23. обязательных для России не в отношении конкретного казуса, но и, в целом, для правоприменительной практики. Между тем, если национальные суды отказываются рассматривать аргументы, основанные на Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г., то это само по себе это обстоятельство может трактоваться как нарушение данной Конвенции. 11 Однако многие исследователи, нередко, отожествляют возможности разрешения этой проблемы только с расширением полномочий судейского корпуса, игнорируя ту роль, которую выполняет здесь российская адвокатура.

Вышеизложенное, как думается, свидетельствует об актуальности специального комплексного исследования не только судебного прецедента как такового, но и, в целом, института его применения, включая уяснение роли и значения отечественной адвокатуры в его создании и последующем использовании в процессе защиты прав, свобод и законных интересов человека и гражданина.

Основная цель диссертационного исследования заключается в характеристике сущности судебного прецедента, адвокатских правовых позиций, научном анализе их содержания и специфики применительно к российским условиям, а также возможности и целесообразности его использования адвокатом судебных прецедентов для обеспечения защиты прав и законных интересов своих доверителей.

Для достижения указанной цели в диссертационном исследовании поставлены следующие взаимосвязанные задачи:

- охарактеризовать роль адвокатуры в процессе создания судебных прецедентов в Российской Федерации и их использовании для обеспечения защиты прав и законных интересов доверителей;

11 Холинер Д. Ведение дел в российских судах в расчете на разбирательство в Страсбурге //Обращение в Европейский суд по правам человека. - М., 2006. С. 5.

- осуществить научный анализ соотношения судебной практики и судебного прецедента, как в России, так и в зарубежных странах на различных исторических этапах;

- феномен судебного прецедента подвергнуть научному анализу в контексте актуальных проблем развития российского государства и права, а также теории адвокатуры;

- изучить теоретические и прикладные аспекты соотношения судейской дискреции и правовых позиций адвоката; сформулировать научные рекомендации тактического и стратегического характера по использованию адвокатом прецедентов

Европейского Суда по правам человека, Конституционного, Верховного и Высшего Арбитражного судов Российской Федерации.

Объектом диссертационного исследования являются общественные отношения, складывающиеся в процессе создания и использования представителями адвокатского корпуса судебных прецедентов в судах Российской Федерации и наднациональных судебных инстанций для обеспечения зашиты прав и законных интересов своих доверителей.

Предметом диссертационного исследования являются нормативные правовые акты, устанавливающие статус судебных органов, адвокатуры, а также конкретные судебные прецеденты, исследованные в контексте выявления роли и значения адвокатуры в процессах их создания и последующего использования.

Степень разработанности темы и круг источников. К указанной тематике обращались в начале XX века отечественные юристы и исследователи: Е.В. Васьковский, С.Е. Десницкий, Н.М.

Коркунов, И.В. Михайловский, С.А. Муромцев, Л.И. Петражицкий, Ф.В.

12

Тарановский, Е.Н. Трубецкой, Г.Ф. Шершеневич, Т.М. Яблочков,

12 См., напр.: Васьковский Е.В. Руководство к толкованию и применению законов. Для начинающих юристов (по изданию 1903 г.) - М., 1967; Коркунов Н.М. Лекции 8 исследователи советского и постсоветского периода: А.В. Аверин, С.С. Алексеев, В.И. Анишина, Д.Н. Бахрах, Н.А. Богданова, И.Ю. Богдановская, А.Д. Бойков, С.Ю. Бодров, А.Т. Бонарь, С.В. Бошно, С.Н. Братусь, А.Б. Венгеров, Н.Н. Вопленко, Г.А. Гаджиев, А.А. Глашев, H.JI. Гранат, П.А. Гук, В.В. Ершов, С.К. Загайнова, C.JI. Зивс, В.Д. Зорькин, М.В. Кучин, Р.З. Лившиц, С.В. Лозовская, Г.В. Мальцев, М.Н. Марченко, Г.Б. Мирзоев, Н.А. Колоколов, О.Е. Кутафин, B.C. Нерсесянц, С.В. Ображиев, О.А. Папкова, С.В. Полеина, Б. П. Спасов, Б.Н. Сонькин, Ю.И. Стецовский, В.В. Тарасова, Т.Я. Хабриева, М.Д. Шаргородский,

13

В.Ф. Яковлев, а также зарубежные исследователи: А. Барак, Р. Кросс, М. Кормик, X. Нильсен, А.Нусбергер и многие другие.14

Можно отметить и значительное число соответствующих диссертационных исследований (в частности, это труды таких ученых как: С.Ю. Бодров, А.В. Гринева, В.Е. Годик, С.Г. Голубицкая, О.Н. Коростелкина, С.В. Лозовская, С.В. Маркин, Е.Н. Палагина, М.Н. Придворнова, B.J1. Раслин, Е.В. Семьянов, В.Ю. Соловьев, А.С. Таран, А.В. Теребков, З.М. Хаткова и др.).15

Диссертант не может не разделить мнение М.Н. Марченко о том, что в юридической литературе традиционно значительное внимание по общей теории права (по изданию 1898 г.). - СПб, 2004; Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности — СПб, 1907; Тарановский Ф.В. Учебник энциклопедии права. - Юрьев, 1917; ТрубецкойЕ.Н. Энциклопедия права (Издано по запискам студентов. Киев, 1906). - СПб, 1998; Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). - М., 1995.

13 См., напр.: А.В. Аверин. Истина и судебная достоверность (Постановка проблемы). - СПБ, 2007; Вопленко Н.Н. Источники и формы права. - Волгоград, 2004; Гук П.А. Судебный прецедент как источник права. - Пенза, 2004; Зивс C.JT. Источники права. - М., 1981 и др.

14 См., напр.: Барак А. Судейское усмотрение. - М., 1999; Me Cormick D. and Summers(ed.). Interpreting Precedents. Ashgate. Aldersho, 1997. P. 1; Kpocc P. Прецедент в английском праве //Под ред. Ф.М. Решетникова. — М., 1985.

15 См., напр.: Богдановская И.Ю. Источники права на современном этапе развития общего права: Дисс.докт. юрид. наук. - М., 2007; Гринева А.В. Понятие и виды судебных правовых позиций (вопросы теории): Дисс.канд. юрид. наук. -М., 2008 и др. уделяют вопросам общей теории форм, или источников права. 16 Безусловно, имеют место работы, в которых в той или иной форме

17 затрагиваются проблемы судебного правотворчества. Однако практически отсутствуют труды, посвященные научному анализу проблем использования этих источников российскими адвокатами для обеспечения прав, свобод и законных интересов доверителей. Нормативную основу исследования составляют:

- Конституция Российской Федерации;

- международные акты, в том числе; Международный пакт о гражданских и политических правах от 19 декабря 1966 года; Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г.;

- российские нормативные правовые акты и, прежде всего, Федеральный конституционный закон от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации», Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации», Федеральный закон от 31 мая 2002 г. № 63-Ф3 «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», а также другие нормативные правовые акты и документы.

С целью разрешения задач диссертационного исследования изучена соответствующая практика Конституционного Суда Российской Федерации и федеральных судов общей юрисдикции, а также осуществлен анализ судебной практики международных правоприменительных структур.

Эмпирической базой диссертационного исследования послужили материалы обобщения правоприменительной практики и, в

16 См.: Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судейское право. - М., 2007. С. 84.

17 См.: Мирзоев Г.Б. Презумпция справедливости. - М., 2008; Стецовский Ю.И. Адвокатура и государство. - М., 2007; Мельниченко Р.Г. Поверенное право: курс лекций. - Элиста, 2005 и др. том числе, результаты изучения автором уголовных, гражданских и административных дел, при рассмотрении которых имела место необходимость в научной оценке роли адвокатуры в создании судебных прецедентов в Российской Федерации. В процессе исследования было проведено анкетирование адвокатов, проходивших обучение в Российской академии адвокатуры и нотариата, а также граждан, обратившихся за квалифицированной правовой помощью в адвокатские структуры г. Москвы.

Методологической основой диссертации явилось применение общенаучных методов диалектики, анализа и синтеза, обобщения и аналогии. Использовались также специальные и частные методы: сравнительно-правовой, формально-логический, исторический и другие.

Научная новизна исследования заключается в том, что:

- представлена авторская концепция понимания сущности и специфики судебных прецедентов в Российской Федерации, а также роли и значения отечественной адвокатуры как в процессе их создания, так и использовании для обеспечения защиты законных прав и интересов доверителей; аргументирована целесообразность использования в теории адвокатуры понятия «правые позиции адвоката», выявлены и охарактеризованы их конструктивные признаки, функции, задачи;

- на основе изучения практики использования судебного прецедента в странах англо — саксонской и романно — германской системы права, с учетом тенденций глобализации и их определенной универсализации, а также российской правоприменительной практики, соответствующих научных трудов сформулировано и аргументировано суждение относительно необходимости как использования судебного прецедента адвокатами, так и формирования ими собственных правовых позиций по каждому конкретному делу;

- осуществлен научный анализ института судебной дискреции, которая практически не регламентирована российским законодателем и нуждается в контроле со стороны адвокатского сообщества;

- акты Конституционного Суда Российской Федерации и ряда других судебных инстанций охарактеризованы как источники отечественного права и изучены в контексте понимания их как одного из оснований формирования адвокатской позиции; сформулированы конкретные стратегические и тактические рекомендации, преследующие цель оптимизации процесса использования российскими адвокатами судебных прецедентов в целях защиты прав, свобод и законных интересов человека и гражданина в национальных и международных судебных (правоприменительных) органах, в том числе, в Европейском Суде по правам человека.

На защиту выносятся следующие основные положения и выводы диссертационного исследования, обладающие элементами научной новизны:

1. Объективным фактором современной российской действительности стало расширение возможностей судебного усмотрения и, в целом, использования судебных прецедентов. Адвокатское сообщество заинтересовано в официальном признании судебного прецедента в качестве источника права, поскольку сама деятельность адвокатов дает им возможность влиять на их создание, а в последующем активно использовать в интересах защиты прав, свобод и законных интересов своих доверителей. Признание судебного прецедента будет способствовать повышению статуса адвокатуры как института, активно влияющего на государственную (судебную) власть.

2. В Российской Федерации фактическим источником права являются прецеденты Конституционного, Верховного и Высшего Арбитражного судов Российской Федерации, иных судебных инстанций. Вместе с тем, только правовые позиции Конституционного Суда Российской

Федерации и постановления пленумов Верховного и Высшего Арбитражного судов Российской Федерации могут быть охарактеризованы как судебные прецеденты, общеобязательные регуляторы общественных отношений, формирующиеся на основе норм права, судебного усмотрения (дискреции), анализа правоприменительной практики и позиций лиц, в том числе, правовых позиций адвоката, участвующих в разбирательстве конкретного юридического казуса.

3. Создать условия для оптимального соотношения (баланса) закона и судебного прецедента, обеспечивающего возможность при правовом регулировании конкретных общественных отношений восполнить законодательные пробелы и, вместе с тем, минимизировать различного рода злоупотребления со стороны представителей судейского корпуса, позволит процесс усиления роли и значения адвокатуры в создании судебных прецедентов. Этому будет способствовать как формирование адвокатом правовой позиции по каждому делу, в котором он принимает участие, так и закрепление в российском процессуальном законодательстве требования об обязательном ее анализе в каждом судебном акте.

4. На современном историческом этапе использование адвокатом, в первую очередь, судебных прецедентов Конституционного Суда Российской Федерации, фактически значительно более авторитетных даже по сравнению с актами наднациональных судебных инстанций, способствует эффективной деятельности по обеспечению прав и свобод человека и гражданина. Несмотря на то обстоятельство, что решения Конституционного Суда Российской Федерации окончательны и обжалованию не подлежат, у адвоката имеется также юридическая возможность добиваться изменения правовой позиции данного органа на основании ст. 73 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», где установлена обязательность рассмотрения дела не в заседании Палаты, а в Пленарном заседании в случае трансформации соответствующей правовой позиции. Аргументировать необходимость таких действий адвокат может, в том числе, путем предварительного обращения в Европейский Суд по правам человека и получения положительного для его доверителя решения наднациональной судебной инстанции.

5. Российский законодатель констатирует наличие правовой позиции адвоката лишь в процессе предъявления обвинения (ч. 3 ст. 335 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации), либо вовсе игнорирует факт ее существования (например, в ст. 196 Гражданского процессуального Кодекса Российской Федерации). Вместе с тем, установление судом всех юридически — значимых обстоятельств дела и, соответственно, вынесение законного, обоснованного и справедливого судебного акта возможно лишь при наличии и диалектическом единстве правовой позиции суда и правовых позиций сторон и их адвокатов. В кодифицированном процессуальном законодательстве следует закрепить положение о том, что суд должен учитывать и аргументировать свое согласие (несогласие) с правовыми позициями сторон и их адвокатов, которые фиксируются в протоколе судебного заседания или в приобщенных к делу письменных заявлениях.

6. Конституционный Суд Российской Федерации, правовые позиции которого имеют наиболее авторитетный в правоприменительной практике характер, не вправе, согласно действующему законодательству, рассмотреть вопрос о правомерности применения нормативного правового акта соответствующего отечественной Конституции. В этом случае адвокатунеобходимо использовать возможности по обращению в международные судебные органы и, в частности, в Европейский Суд по правам человека, где такая практика не отрицается. Причем, если постановление Европейского Суда по правам человека было принято в период действия Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г., то на основании ч. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации, адвокат вправе требовать пересмотра любого из вынесенных с момента присоединения России к Конвенции аналогичных судебных решений в соответствии с этим постановлением.

7. Возможность использования текстов Европейского Суда без их перевода на русский язык актуализирует проблему их доступности и с этих позиций представляются обоснованными предложения юристов по созданию находящегося в свободном доступе сайта, содержащего официальные переводы постановлений Европейского Суда по правам человека и принятию федерального закона «О порядке опубликования в Российской Федерации постановлений Европейского Суда по правам человека». Однако видится необходимым сформировать механизм обеспечения адвокатов аутентичными текстами решений Европейского суда и их переводами на русский язык уже в ближайшей перспективе. Для этого ч. 3 ст. 37 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» целесообразно дополнить положением следующего содержания: «Совет Федеральной палаты адвокатов. обеспечивает систематическое получение адвокатскими палатами субъектов Российской Федерации текстов решений Европейского Суда по правам человека и их переводами на русский язык».

Теоретическая и практическая значимость диссертационного исследования. Сформулированные в работе выводы и предложения могут быть использованы в научной и прикладной деятельности, направленной на усиление роли и значения российской адвокатуры в процессе создания судебных прецедентов и их последующего использования для обеспечения защиты прав, свобод и законных интересов доверителей, а также в учебном процессе для преподавания учебных дисциплин общепрофессиональной и специальной подготовки по специальности «юриспруденция», а также для разработки спецкурсов и семинаров по адвокатуре.

Апробация результатов исследования. Основные выводы и положения диссертации изложены в опубликованных автором работах, отражены в тезисах и выступлениях на научно-практических конференциях, в том числе, на международной научно-практической конференции «Российская государственность и право: современное состояние и перспективы развития» (М., МЭСИ, 2009 г.) и др.

Материалы диссертационного исследования использовались автором при чтении спецкурсов «Правовые позиции суда и адвоката», «Использование судебных прецедентов адвокатом для обеспечения прав и свобод доверителей» в Российской академии адвокатуры и нотариата.

Структура диссертации определена целью и задачами исследования. Диссертация состоит из введения, двух глав, объединяющих девять параграфов, заключения и библиографии.

## Заключение диссертации по теме "Судебная власть, прокурорский надзор, организация правоохранительной деятельности, адвокатура", Витов, Иван Сергеевич

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Диссертанту видится аксиоматичным утверждение о том, что адвокат в современных российских реалиях обязан ориентироваться уже не только в действующем законодательстве, но и, в целом, в системе источников права, включая международные. В современном «общем праве» расширяется практика обращения к судебным прецедентам («убедительным прецедентам»), установленным зарубежными судами в рамках правовой семьи, а также судебным решениям стран континентальной Европы. Она активно способствует единообразному развитию «общего права», а также его конвергенции с романо-германской правовой семьей.316

В этом плане представляется уместным отметить, что такой своеобразный политико-правовой «компромисс» можно наблюдать и в Российской Федерации. С одной стороны, ни в одном нормативном правовом акте не установлен статус судебного прецедента, с другой — оно все более и более активно начинает использоваться и, думается, применительно к актамКонституционного Суда Росси — даже, зачастую, «доминировать» над законом. Более того, аналогичную «деятельность», хотя, конечно, и не в сопоставимых масштабах осуществляют и арбитражные суды, а также суды общей юрисдикции. В частности, исследователи обращают внимание на обязанности суда вынести решение и дать ответ по любому возникшему на практике вопросу, не дожидаясь, пока законодатель примет в соответствии с Конституцией России необходимые законы, устранив тем самым противоречия и пробелы в праве.317

316 См.: Богдановская И.Ю. Источники права на современном этапе развития общего права: Дисс.докт. юрид. наук. -М., 2007. С. 10.

317 См.: Спектор Е.И. Судебный прецедент как источник права //Журн. рос. права. 2003. №5.

В литературе имеют место высказывания о том, что российская «континентальная правовая традиция» всегда будет оставлять место для выводов о «незаконности» прецедента при бесспорной реальности его существования. «Мы не можем пойти по предлагаемому в качестве примера английскому пути, когда необязательно законодательное закрепление прецедента - важна «реальность права», признаваемая

318 всеми. Позитивная сторона строгой иерархии прецедентов, на которой и основана эта «реальность», по мнению исследователей, дезавуируется гибкостью судей, уходящих от прецедентов, не только изыскивая различия в фактических обстоятельствах дела и признавая прецеденты некорректными, но и просто игнорируя их наличие, что у нас не будет

319 прямо противоречить закону. Как известно, и в Союзе ССР господствовало мнение, что судебная практика не может и не должна создавать новых норм права, новых законов, она должна укреплять действующие законы.320

И, тем не менее, все чаще исследователи утверждают, что судебная власть должна быть наделена не только правоприменительными и надзорными, но и правотворческими функциями.321 Как замечает С.К. Загайнова, «.когда между правом как социальной ценностью, справедливостью и законодательными нормами, которые являются формами выражения такого права, возникает противоречие, именно судебная практика может привнести стабильность и упорядочить существующие общественные отношения с помощью прецедентной

318 См.: Таран А.С. Международно-правовые нормы и судебная практика как источники уголовно-процессуального права России: Дисс.канд. юрид. наук. Самара, 2000. С. 8.

319 См.: Чекмышев K.II. Судебный прецедент в налоговом праве и его региональная составляющая //Финансовое право. - М., 2006. № 1. С. 22.

320 См., напр.: Нерсесянц B.C. О правоприменительной практике судебных органов //Судебная практика как источник права. М., 1997. С.34.

321 См. подробнее: Лебедев В.М. Судебная власть в современной России: проблемы становления и развития. - СПб, 2001. практики». " Хотя судебная практика и не является официальным источником права, она фактически используется как дополнительный источник права для преодоления пробелов действующего законодательства и правильного понимания и применения норм права. Судебные правоположения действующую правовую норму не изменяют и не должны заменять на другую, в то же время они нередко наполняют ее конкретным содержанием, в частности, уточняя механизм ее реализации или устанавливая границы ее действия. Преодолевая

323 коллизии, высшие суды разрешают юридически тупиковые ситуации.

Суд не освобождается от вынесения решения по делу, ссылаясь на неполноту, неясность и противоречивость закона, а разрешает спор и преодолевает противоречия, пробелы в правовом регулировании. Данная позиция зафиксирована, к примеру, в ч.З ст.11 ГПК, содержащей положение, что в случае отсутствия закона, регулирующего спорное отношение, суд применяет закон, регулирующий сходные отношения, а при отсутствии такого закона исходит из общих начал и смысла гражданского законодательства. Аналогичная норма содержится и в ст.6 ГК РФ. Соответственно, вопрос о том, является ли судебный прецедент источником права становится все более актуальным для российских адвокатов.

Как отмечалось диссертантом, адвокату необходимо учитывать и использовать в своей практике международные судебные прецеденты. В этом плане Европейская конвенция о правах человека подразумевает не только защиту индивидуальных прав человека, но и служит, как указывает Европейский Суд по правам человека в многочисленных решениях, построению и сохранению правового государства в странах

322 См.: Загайнова С.К. Место судебной практики среди источников российского права: историографический анализ //Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. - М., 2005. № 4. С. 231.

3 3 См.: Клейменова Е.С. Роль прецедентной практики высших судебных инстанций в регулировании изъятия земельных участков для государственных и муниципальных нужд //Арбитражный и гражданский процесс. - М., 2007. № 6. С. 22.

164 участницах.324 Как крайне важные элементы правового государства Суд в своих решениях о России выделяет запрет злоупотребления правами в отличных от Конвенции целях (ст. 18 Конвенции), запрет вторжения в основные права и права человека граждан без соответствующей законной легитимизации и принцип правовой безопасности.325 Поэтому, говоря о введении Конвенции во внутреннее право страны и взаимодействии между международным и национальном правом, следует иметь в виду внедрение принципа правового государства. Адвокатам приходится в этом плане фактически самостоятельно разрабатывать методику использования судебных прецедентов наднациональных судебных инстанций. К примеру, по мнению некоторых ученых, если постановление Европейского Суда по правам человека было принято в период действия Конвенции для России, то с учетом ч. 4 ст. 15 Конституции России необходимо приводить все вынесенные (с момента присоединения России к Конвенции) аналогичные судебные решения в соответствие с этим постановлением, и для этого должна быть разработана специальная процедура. " Вместе с тем, эта позиция не всегда разделяется российскими судами и адвокат вынужден фактически лавировать между международными и национальными судебными позициями.

Завершая данное исследование, хочется отметить, что принцип верховенства права, хорошо известный как правовой лозунг в международных и иных политических декларациях, еще далеко не всегда и не во всех странах является аргументом конкретных судебных

324 См.: Нусбергер А. Развитие прецедентного права Европейского Суда по правам человека на основе решений о России //Право и политика. - М., 2005. № 10. С. 35.

325 Дело Гусинский против России (жалоба N 70276/01 от 19 мая 2004 г.); дело Фризен против России (жалоба N 58254/00 от 24 марта 2005 г.); дело Рябых против России (жалоба N 52854/99 от 24 июля 2003 г.).

326 См.: Ершов В.В. Актуальные теоретические и практические вопросы Конституции России и Тырновской Конституции Болгарии //Рос. юстиция. - М., 2004. №6. С. 15. дел. 327 Поэтому Международная ассоциация юристов (МАЮ), объединяющая свыше двух миллионов юристов из 190 стран (членом МАЮ стала и Адвокатская палата г. Москвы), и ее президентФрэнсис Нит положили начало нынешнему движению «За верховенство права во всем мире», опубликовав в сентябре 2005 г. Резолюцию МАЮ «О верховенстве права», принятую на ежегодном заседании Ассоциации в Праге. Международная ассоциация юристов (МАЮ), представляющая юристов мира, выражает озабоченность повсеместно продолжающейся эрозией значения принципа верховенства права. МАЮ приветствует принятые в некоторых странах решения судов, которые восстанавливают значение принципа верховенства права.

Итак, как уже отмечалось, объективным фактором современной российской действительности стало расширение возможностей судебного усмотрения и, в целом, использование судебных прецедентов. Адвокатское сообщество заинтересовано в признании судебного прецедента в качестве источника права, поскольку сама деятельность адвокатов дает им возможность влиять на их создание. Признание судебного прецедента будет способствовать повышению статуса адвокатуры как института, активно влияющего на государственную (судебную) власть.

327 См.: Холли Нильсен. Адвокатура и всемирный проект «Верховенство права» //Адвокат. - М., 2008. № 6. С. 22.

## Список литературы диссертационного исследования кандидат юридических наук Витов, Иван Сергеевич, 2009 год

1.1. Austin J. The Province of Jurisprudence Determined. L., 1832. P. 134.

2. Beaston J. The Role of Statute in the Development of Common Law 6.3. 6.4. Doctrine //The Law Quarterly Review. 2001. Vol. 117. P. 247 -250.

3. Beaudoin G. (ed.) The Supreme Court of Canada. Proceedings of the October 1985 Conference. Toronto, 1986. P. 379.

4. German O. Prajudizien als Rechtsquelle. Stockholm, 1960. S. 11.

5. Goldstein L. (ed.) Precedent in Law. Oxford, 1987.

6. Gomard B. Programme of Legal Policy on Judge — made Law //Scandinavian Studies in Law. 1988. Vol. 32. P. 14.

7. Lester A. English Judges as Law Makers //Public Law. Summer.1993. P. 269.

8. Harris J. Legal Philosophies. Dublin, 1997. P. 31.

9. Hay P. Law of the United States. Mnich, 2002. P. 1-9.

10. Heck R. Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue //Interessenjurisprudenz. S. 35.

11. Caldarone R. Precedent in Operation: A Comparison of the Judicial House of Lords and the US Supreme Court //Public Law. Winter. 2004.

12. Me Cormick D. and Summers(ed-). Interpreting Precedents. Ashgate. Aldersho, 1997. P. 1.

13. Rosenkranz N. Federal Rules of Statutory Interpretation //Harvard Law Review. 2002. No. 8. P. 2086-2088.

14. Siltala R. A Theory of Precedent. Oxford, 2000.

15. Sheldon Ch. Supreme Court. Beverly Hills. 1970. P. XX.

16. Smith J. Comparing Federal Judicial Review of Administrative Court Decisions in the United States and Canada // Temple Law Review. 2000. №2. P. 511 -514.

17. The Swiss Civil Code. English Version. Zirich, 1976. Art. 1.

18. Symeonides S. Choice of Law in the American Courts in 2003: Seventeenth Annual Survey //The American Journal of Comparative Law. 2004. No. l.P. 72-75.

19. Patching H., Kralih W. (Hrsg.). Festschrift fur H. Schima. Viena, 1969. S. 249.

20. ДЛЯ ПРОВЕДЕНИЯ ИССЛЕДОВАНИЯ НА ТЕМУ «ИСПОЛЬЗОВАНИЕ В АДВОКАТСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ СУДЕБНЫХ ПРЕЦЕДЕНТОВ ДЛЯ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ЗАЩИТЫ ПРАВ И ЗАКОННЫХ ИНТЕРЕСОВ ДОВЕРИТЕЛЕЙ» ПРОСИМ ВАС ОТВЕТИТЬ НА ПРЕДЛОЖЕННЫЕ НИЖЕ ВОПРОСЫ.1. АНКЕТА

21. Тема: «Использование в адвокатской деятельности судебных прецедентов для обеспечения защиты прав и законных интересовдоверителей»

22. Специализация (категории дел, направления деятельности)

23. Консультирование граждан Административные дела Конституционный Суд РФ

24. Уголовные дела Сопровождение сделок Европейский Суд по правам человека

25. Гражданские дела Сопровождение деятельности организаций Иное

26. Арбитражные дела Налоговое консультирование организаций

27. Данные граждан, обратившихся квалифицированной правовой помощью в адвокатские структуры г. Москвы.

28. Возраст Характер обращения за юридической помощью (разновидность дел).

29. ДО 30 30-40 4050 5060 Уголовные дела Гражданско-правовые споры Семейные споры Общеправовые консультации20 15 60 15 20 38 29 23кол. чел.)

30. Ответы респондентов на вопросы анкеты (ненужное зачеркнуть или заполнить):

31. Сталкивались ли вы в своей профессиональной деятельности с фактами использования судебными органами судебных прецедентов?

32. Да Нет Затрудняюсь ответить

33. Адвокаты со стажем работы до 5 лет 42% 38 % 20%

34. Адвокаты со стажем работы до 15 лет 37 % 27 % 36%

35. Адвокаты со стажем работы свыше 15 лет 55% 14 % 31 %

36. Как по-вашему, какое влияние оказывает судебный прецедент на правоприменительную деятельность?

37. Высокое влияние. Незначительное влияние. Влияние прецедента отсутствует как таковое. Затрудняюсь ответить.

38. Адвокаты со стажем работы до 5 лет 29 % 31 % 25 % 15 %

39. Адвокаты со стажем работы до 15 лет 61 % 18 % 12% 9%

40. Адвокаты со стажем работы свыше 15 лет 72% 16 % 6% 6%

41. Как по-вашему, будет влиять законное признание судебного прецедента в качестве источника права?

42. Положительно Отрицательно Новация такого рода неприменима в Российской Федерации Затрудняюсь ответить.

43. Адвокаты со стажем работы до 5 лет 41 % 33 % 19 % 7 %

44. Адвокаты со стажем работы до 15 лет 50% 24% 15 % 11%

45. Адвокаты со стажем работы свыше 15 лет 59% 16% 16% 9%

46. Граждане, обратившиеся за квалифицирова нной правовой помощью в адвокатские структуры г. Москвы 65% 15% 20% 0%

47. Какое, по вашему мнению, влияние на судебную систему и адвокатское сообщество будет иметь узаконение обязанности судов рассматривать и анализировать правовые позиции адвоката по каждому конкретному делу?

48. Сугубо положительное. Сугубо отрицательное. Новация такого рода неприменима на практике (по разного рода причинам например, перегруженность судов) Затрудняюсь ответить

49. Адвокаты со стажем работы до 5 лет 78 % 5 % 11 % 6 %

50. Адвокаты со стажем работы до 15 лет 55% 6% 29 % 10%

51. Адвокаты со стажем работы свыше 15 лет 61 % 4% 26% 9%

52. Граждане, обратившиеся за квалифицированной правовой помощью в адвокатские структуры г. Москвы 74% 10% 6% 4%

53. Считаете ли вы необходимым создание общедоступного сайта с официальными переводами постановлений Европейского суда по правам человека?

54. Да Нет Затрудняюсь ответить

55. Адвокаты со стажем работы до 5 лет 80% 20% 0%

56. Адвокаты со стажем работы до 15 лет 88 % 12% 0%

57. Адвокаты со стажем работы свыше 15 лет 92% 8 % 0%

58. Граждане, обратившиеся за квалифицированной правовой помощью в адвокатские структуры г. Москвы 90% 3% 7%

59. Считаете ли вы целесообразным введение в функции Советов адвокатских палат обязанности систематически обеспечивать адвокатов аутентичными текстами решений Европейского суда по правам человека? (до создания интернет-сайта)

60. Да Нет Затрудняюсь ответить

61. Адвокаты со стажем работы до 5 лет 95 % 5 % 0 %

62. Адвокаты со стажем работы до 15 лет 91 % 9% 0 %

63. Адвокаты со стажем работы свыше 15 лет 93 % 7 % 0%

Для заказа доставки данной работы воспользуйтесь поиском на сайте по ссылке: <http://www.mydisser.com/search.html>