

Таким образом, можно сделать вывод о том, что на стадии установления психологического контакта с допрашиваемым осужденным важное значение имеет диагностика его личностных особенностей и информационного состояния. Следователь анализирует вербальную и невербальную информацию, исходящую от осужденного: особенности его речи, жестикуляции, мимики, татуировок. На основе полученных невербальных сигналов следователь может делать выводы о социальном статусе допрашиваемого осужденного, его месте в микросреде конкретного исправительного учреждения; особенностях личности допрашиваемого осужденного и психофизиологических и эмоциональных реакциях на отдельные, наиболее важные вопросы следователя.

ПРИМЕЧАНИЯ

¹ См.: Зорин Г.А. Психологический контакт при производстве допроса: Учеб. пособие по курсу «Криминалистика». Гродно, 1986. С. 11–12.

² См.: Там же. С. 21.

³ См.: Богинский В.Е. Рефлексивное управление при допросе: Учеб. пособие. Харьков, 1983. С. 18. Сходного мнения придерживается Е.И. Девицкая (см.: Девицкая Е.И. Основы криминалистического учения о следственном наблюдении: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 54).

⁴ См.: Богинский В.Е. Рефлексивное управление при допросе. С. 20; Логвиненко Е.А. Мысленное моделирование в тактике следственных действий: Дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2003.

⁵ Зорин Г.А. Психологический контакт при производстве допроса. С. 18.

⁶ См., напр.: Лукашевич В.Г. Тактика общения следователя с участниками отдельных следственных действий: Учеб. пособие. Киев, 1989. С. 45; Еникеев М.И., Черных Э.А. Психология допроса: Учеб. пособие. М., 1994. С. 21 и др.

⁷ В.В. Карузина рекомендует обращать внимание на контролируемые и неконтролируемые участником следст-

венного действия внешние поведенческие признаки (см.: Карузина В.В. Тактика использования данных о поведении участников уголовного процесса в ходе следственных действий: Дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 1998. С. 91–92).

⁸ См.: Девицкая Е.И. Основы криминалистического учения о следственном наблюдении. С. 55.

⁹ См.: Алферов Ю.А. Пенитенциарная социология: аудиовизуальная диагностика (татуировки, жаргон, жесты): Учеб. пособие: В 2 ч. Домодедово, 1996. Ч. 1. С. 8.

¹⁰ Следует отметить немногочисленность и трудность профессиональных источников по этой теме. См., напр.: Алферов Ю.А. Пенитенциарная социология. Особенная часть (предметно-методический аспект): Учеб. пособие: В 2 ч. Домодедово, Ч. 2. 1995; Бронников А.Г. Тайные способы связи преступников: Учеб.-метод. пособие. Пермь, 1996.

¹¹ См.: Алферов Ю.А. Пенитенциарная социология. С. 9.

¹² См.: Зорин Г.А. Психологический контакт при производстве допроса. С. 34–35.

¹³ См.: Леонтьев А.А., Шахнарович А.М., Батов В.И. Речь в криминалистике и судебной психологии. М., 1977. С. 40–41.

¹⁴ См.: Белкин Р.С. Криминалистическая энциклопедия. М., 2001. С. 69.

¹⁵ См.: Ратинов А.Р. Судебная психология для следователя. М., 2001. С. 112.

¹⁶ См.: Полстовалов О.В. Совершенствование тактических приемов криминалистики на основе современных достижений психологической науки: Дис. ... канд. юрид. наук. Уфа, 2000. С. 81.

¹⁷ См.: Алферов Ю.А. Пенитенциарная социология: аудиовизуальная диагностика (татуировки, жаргон, жесты). С. 8.

¹⁸ См.: Там же. С. 74.

¹⁹ См., напр.: Ильин У.Р., Сухов А.И. Жесты как невербальные средства общения осужденных. Рязань, 1988; Пиз А. Язык жестов. Воронеж, 1992 и др.

²⁰ См. подр.: Лютынский А.М. Тактика допроса участников уголовного судопроизводства из числа лиц, осужденных к лишению свободы: Дис. ... канд. юрид. наук. Владимир, 2006. С. 193–198.

²¹ См.: Баев О.Я. Тактика уголовного преследования и профессиональной защиты от него. Следственная тактика: Науч.-практ. пособие. М., 2003. С. 197.

²² См.: Там же. С. 198.

²³ См.: Там же.

Понятие судебной практики как источника и формы российского права

С.А. СОФРОНОВА – начальник кафедры государственно-правовых дисциплин ВИПЭ ФСИН России, кандидат юридических наук, доцент

Рене Давид, раскрывая сущность подходов к источникам советского права, отмечал, что «если спросить советского юриста, какова роль судебной практики в Советском Союзе, он убежденно ответит, что эта роль значительна. Если же спросить его, является ли судебная практика источником права, то последует незамедлительный и четкий отрицательный ответ»¹.

Официальная концепция советского права считала аксиомой положение о том, что судебная практика не может рассматриваться в качестве источника права, «поскольку это ассоции-

ровалось: а) с разрушением социалистической законности; б) с возможным судебным произволом; в) с подрывом правотворческой деятельности законодательных органов»². Однако, в действительности, по мнению западной юридической науки, судебная практика фактически являлась источником дореволюционного российского и советского права³.

Русский правовед Н.М. Коркунов признавал судебную практику самостоятельным источником права, но при этом отмечал: «Мы должны оговориться, что это не следует понимать так,

чтобы раз принятое судом решение какого-нибудь спорного вопроса, безусловно, связывало суд на будущее время»⁴.

Е.Н. Трубечкой писал, что в России судебная практика имеет значение самостоятельного источника права, но это значение за ней было официально признано только со времени подписания Судебных уставов 1864 г.⁵ В соответствии со ст. 10 Устава гражданского судопроизводства «суд обязан решить дело по разуму существующих законов, не останавливая решения под предлогом неполноты, неясности или противоречия в оных»⁶. Более того, в Уставе уголовного судопроизводства была предусмотрена ответственность для судей: «Воспрещается останавливать решение дела под предлогом неполноты, неясности или противоречия законов. За нарушение сего правила виновные подвергаются ответственности как за противозаконное бездействие власти»⁷.

В то же время, как отмечал К.П. Победоносцев, «суд, в коем производится дело, требующее решения, вполне свободен и не зависит от воззрений и мнений высшей инстанции во всем, что относится до обсуждения спорного предмета по существу оно»⁸. Следовательно, фактически отрицалось значение судебного прецедента для гражданского судопроизводства, но признавалось правотворчество судов на основе закона, а не на основе ранее принятых вышестоящими судами решений.

В истории Советского государства был период, связанный с активным правотворчеством судов, – это первый период существования новой власти, когда только создавалось советское законодательство и советская судебная система. Декрет о суде № 3 (15 декабря 1917 г.) предоставил местным народным судам право при назначении наказаний руководствоваться «революционным правосознанием»⁹.

Отрицание судебной практики в качестве источника права в советской правовой доктрине не соответствовало действительности. Пленумам Верховного Суда СССР и Верховных судов республик было предоставлено право давать в пределах имеющейся у них компетенции руководящие разъяснения по вопросам правильного и единообразного применения законодательства, обязательные для нижестоящих судов. Опубликование решений данных судебных инстанций по конкретным гражданским и уголовным делам в юридической периодике позволяло «заинтересованным лицам добиваться сходных решений в сходных случаях по всем аналогичным категориям дел, рассматривавшихся нижестоящими судами»¹⁰.

Термин «судебная практика», который в настоящее время часто употребляется в литературе по общей теории права и по отраслевому юридическим наукам, а также активно используется законодателем, не имеет единого определения ни в нормативных правовых актах, ни в доктрине. В ст. 126 Конституции Российской Федерации и ст. 19 ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» говорится о том, что Верховный Суд Российской Федерации дает разъяснения

по вопросам судебной практики¹¹. Аналогичные положения содержатся в ст. 127 Конституции Российской Федерации и ст. 23 названного закона по отношению к Высшему Арбитражному суду Российской Федерации. Соответственно, в ст. 39 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» закреплено правило, в силу которого Генеральный прокурор Российской Федерации вправе обращаться в Пленум Верховного Суда Российской Федерации, Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации с представлениями о даче судам разъяснений по вопросам судебной практики по гражданским, арбитражным, уголовным, административным делам¹². Характерно, что в указанных нормативных положениях термин «судебная практика» не имеет какой-либо специальной дефиниции, то есть рассматривается законодателем как общеизвестный и в определении не нуждающийся¹³.

В науке также нет единого понимания судебной практики: ее отождествляют то с понятием прецедента, то с постановлениями пленумов высших судов, то с любым судебным решением вообще.

Согласно точке зрения, высказывавшейся еще в 40-х гг. прошлого столетия, о судебной практике можно говорить лишь по истечении нескольких лет, когда по определенной категории дел имеется более или менее установившееся положение. При таком понимании судебная практика определяется как установившаяся и определившаяся практика, наличие определенной линии в деятельности судебных органов в отношении того или иного вопроса¹⁴.

В современной юридической науке принято рассматривать данное понятие в двух плоскостях. В широком смысле судебная практика – синоним судебной деятельности. В узком значении, по мнению С.В. Боботова, судебная практика – это «выработанные в ходе судебной деятельности правовые положения, определенная дефиниции, правила, указания, которые обладают определенной степенью общности, общепризнанностью и обязательностью»¹⁵.

Иной подход к судебной практике в узком смысле предлагает С.С. Алексеев. По его мнению, судебная практика – это «опыт применения юридических норм к конкретным жизненным случаям», который выходит за рамки простого применения права¹⁶.

В научной литературе встречается и интегрированный подход к понятию судебной практики как к единству судебной деятельности по осуществлению правосудия и итога (опыта) этой деятельности¹⁷. В данном случае судебная практика рассматривается в двух основных формах:

- первичная, объективированная в форме судебных решений по конкретным делам, вступивших в законную силу;

- вторичная, являющаяся итогом рассмотрения пленумами или президиумами высших судов вопросов по применению закона и выраженная в документах (постановлениях, обзорах и др.), ориентирующих суды на правильное и единообразное применение закона¹⁸. Подобную

форму судебной практики принято именовать в науке судебной доктриной¹⁹.

Судебная доктрина – это совокупность прецедентных подходов к решению правовых ситуаций, позволяющих комплексно оценить деятельность субъекта правоотношений, выявить фактическое и волевое содержание его действий как субъекта отношений, структурированного отношениями правовыми²⁰. Судебная доктрина в наши дни составляет очень важный и весьма жизненный источник права. Ее роль проявляется в том, что в рамках доктрины формируются дефиниции, которые потом использует законодатель. Важна роль доктрины в установлении приемов и методов толкования законов. Кроме того, доктрина влияет на законодателя, который часто лишь выражает те тенденции, которые устанавливает доктрина²¹.

Разрешение вопроса о статусе судебной практики невозможно без уяснения следующих положений:

– под источником права в материальном смысле в российской юридической науке понимается «то, откуда берется право: сложившийся порядок общественных отношений, идеи, потребности общества»²². В данном аспекте судебная практика в различных ее проявлениях может рассматриваться как важный источник современного российского права;

– под источником права в юридическом смысле (именуется формой права) понимается форма выражения, объективизации государственной воли²³. В данном проявлении вопрос о статусе судебной практики применительно к российской правовой системе возможно решить следующим образом: судебный прецедент как способ внешнего выражения норм права формой российского права не является. В качестве формы права можно рассматривать судебную практику, выраженную в документах (постановлениях, обзорах и др.), ориентирующих суды на правильное и единообразное применение закона и составляющую судебные правовоположения.

Судебные правовоположения, рассматриваемые как дополнительная форма права, основываются на решениях судов по конкретным делам на различных научных концепциях, нормах отраслевого законодательства, правовых позициях высших судов. Они оказывают влияние как на процесс правоприменения, так и на формирование правосознания субъектов правоотношений.

При анализе понятия судебной практики как источника права исследователи основное внимание обращают на его сравнение с понятием судебного прецедента. Следует отметить, что данные понятия неидентичны. В термин «судебная практика» в юридической литературе по теории права и отдельным отраслевым дисциплинам вкладывается различное содержание, обязательно связанное с правоприменительной функцией суда, а «судебный прецедент» признается основной формой судебного правотворчества²⁴. Судебный прецедент предполагает создание новой нормы права, а судебная практика – конкретизацию уже существующих норм. Кроме того, исходя из функций и роли судебной

го прецедента в англо-американской правовой семье исследователи классифицируют его как основной источник права²⁵.

Признавая судебную практику специфической формой судебного правотворчества – правоустановительной деятельностью, исследователи выделяют существенные признаки, отличающие ее от парламентского правотворчества:

– судебное правотворчество (правоустановление) всегда есть «побочный продукт правосудия», оно не самостоятельно в том смысле, что привязано к основной функции судебной власти – осуществлению правосудия²⁶;

– оно осуществляется в рамках закона и на основе закона, исходящего от высшей законодательной власти страны, то есть на основе «имеющихся норм и принципов, а не на основе своей субъективной воли (что характерно для прецедента)»²⁷;

– правотворчество суда в значительной мере связано с толкованием (конкретизацией) права и восполнением пробелов в праве²⁸.

Акты судебной власти имеют статус вторичных форм права, так как их содержание является интерпретацией первичного источника. Первичные источники права – это правовые тексты, в которых формулируются нормы, официально признаваемые нормами действующего права. Вторичными источниками права являются производные от первичных официальные тексты, в которых интерпретируется содержание первичных источников права, уточняется смысл первичных правовоположений и, таким образом, формулируются вторичные правовоположения (вторичные нормы)²⁹.

Вторичные правовые тексты воздействуют на поведение субъектов права, во всяком случае, не меньше, чем первичные. Де-факто они нередко формулируют новые правовоположения – вторичные нормы, которые не очевидны при простом прочтении первичного текста и возможность которых не вытекает однозначно из первичного содержания. Вторичный источник права – интерпретация первичных норм права – реально действует, порождает правовые последствия, и для того чтобы признать эту интерпретацию неправомерной и недействительной, нужно официально объявить ее противоречащей первичному источнику права, например пересмотреть нормативно-правовую позицию Конституционного Суда.

Таким образом, акты судебного правотворчества (правоустановления) – это вторичные (дополнительные) формы права, правовые тексты, которые являются результатом официальной интерпретации первичных правовых норм и которые де-факто формулируют правовоположения, однозначно не вытекающие из содержания первичных форм права.

Исходя из оценки значимости судебной практики для развития национальной правовой системы, можно утверждать, что суды являются полноправным субъектом правотворческой деятельности, так как в перспективе судебные решения могут инициировать процедуру внесения изменений в действующее законода-

тельство. Кроме этого, судебные органы в силу своей основной правоприменительной деятельности имеют информацию о пробелах в праве. Они обладают квалифицированным аппаратом, способным к подготовке качественных законопроектов, а высшие судебные органы – правом законодательной инициативы. В общем виде судебные акты оказывают существенное влияние на применение законодательства³⁰.

Таким образом, краткий анализ существующих в российской юридической науке подходов к понятию и роли судебной практики в системе источников российского права позволяет сделать ряд выводов:

– судебная практика в различных ее проявлениях является материальным источником современного права и активно используется в процессе законотворчества;

– судебная практика как форма права – это особый вид санкционированного правотворчества (правоустановления), предполагающий создание в ходе судебной деятельности правовых положений, дефиниций, правил, указаний, которые обладают определенной степенью обобщенности, общепризнанностью, в целях достижения правильного и единообразного применения закона;

– в качестве дополнительной (доктринальной) формы права следует рассматривать не все проявления судебной практики, а только правоположения, выработанные высшими судами и нашедшие свое формальное выражение в официальных актах – постановлениях, обзорах и др.;

– правоположения, содержащиеся в судебных актах, являющихся результатом интерпретации первичных норм права, следует рассматривать в качестве «вторичных норм права»;

– с точки зрения разделения властей правоустановительная деятельность судебной власти допустима только в случаях осуществления ее специфической юрисдикционной функции – функции разрешения споров о нарушенном праве. Судебная власть в лице высших судов может принимать правоустановительные решения, не подменяя при этом законодателя и оставаясь в пределах судебных юрисдикционных задач³¹.

Единого подхода к понятию судебной практики, несмотря на активное изучение данного вопроса современной наукой, не сложилось. Объяснение этому только одно – до сих пор нет единого понимания сущности права, поэтому и вопрос об источниках и формах права остается не решенным.

ПРИМЕЧАНИЯ

¹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1999. С. 170.

² Марченко М.Н. Источники права. М., 2005. С. 379.

³ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. С. 182–185.

⁴ Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права (по изд. 1914 г.). СПб., 2004. С. 361.

⁵ См.: Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. СПб., 1998. С. 132.

⁶ Устав гражданского судопроизводства 1864 г. // <http://civil.consultant.ru/reprint/books/115/3>

⁷ Устав уголовного судопроизводства 1864 г. // Российское законодательство X–XX вв. М., 1991. Т. 8. С. 121. Наказанием за отказ от рассмотрения судебного дела на основании пробела в законодательстве или коллизии могли быть отрешение от должности, штраф, выговор и др. (см.: Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. // Российское законодательство X–XX вв. М., 1988. Т. 6. С. 272).

⁸ Победоносцев К.П. Судебное руководство. М., 2004. С. 102.

⁹ Декрет о суде № 3 от 15 декабря 1917 г. // Декреты советской власти. М., 1957. Т. 1. С. 124. См. также: Пашенцев Д.А. История государства и права России. М., 2007. С. 219.

¹⁰ Мартынич Е., Колоколова Э. Прецедентное право: от советской идеологии к международной практике // Российская юстиция. 1994. № 12. С. 20.

¹¹ См.: Федеральный конституционный закон от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» (ред. от 05.04.2005) // СЗ РФ. 1997. № 1. Ст. 1; 2005. № 14. Ст. 1274.

¹² Федеральный закон от 17 января 1992 г. № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации» (ред. от 25.12.2008) // СЗ РФ. 1995. № 47. Ст. 4472; 2008. № 52 (Ч. 1). Ст. 6235.

¹³ См.: Соловьев В.Ю. Судебная практика в российской правовой системе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 7.

¹⁴ См.: Новицкий И.Б. Источники советского гражданского права. М., 1959. С. 125; Ануфриева Л.П. Об источниках международного частного права (некоторые вопросы теории) // Международное частное право. 1994. № 4. С. 64–65.

¹⁵ Боботов С.В. Конституционная юстиция (сравнительный анализ). М., 1994. С. 108.

¹⁶ См.: Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 117.

¹⁷ См.: Соловьев В.Ю. Судебная практика в российской правовой системе. С. 4.

¹⁸ См.: Там же. С. 8.

¹⁹ См.: Гаджиев Г.А. Конституционные принципы рыночной экономики (развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда РФ). М., 2002. С. 98.

²⁰ См.: Загайнова С.К. Судебный прецедент: проблемы правоприменения. М., 2002. С. 3.

²¹ См.: Карнаухов М.В. Недобросовестность налогоплательщика как судебная доктрина. Кострома, 2006. С. 34.

²² Бошно С.В. Соотношение понятий «форма» и «источник права» // Юрист. 2001. № 10. С. 15–23.

²³ См.: Баранов В.М. Формы (источники права) // Общая теория права / Под ред. В.К. Бабаева. Н. Новгород, 1993. С. 249.

²⁴ См.: Керимов В.А. Понятие судебного прецедента // www.yurclub.ru/docs/arbitration/article52/html

²⁵ См.: Бошно С.В. Доктринальные и другие нетрадиционные формы права // Журнал российского права. 2003. № 1. С. 7.

²⁶ См.: Барак А. Судейское усмотрение. М., 1999. С. 121.

²⁷ См.: Ершов Е. Восполнение судами пробелов в трудовом законодательстве // Российская юстиция. 1993. № 24. С. 22.

²⁸ См.: Марченко М.Н. Источники права: Учеб. пособие. М., 2008. С. 395.

²⁹ См.: Евстигнеева Г.Б., Четвернин В.А. Судебная правоустановительная деятельность и судебные источники права // Российское право в Интернете. 2007. № 4 // <http://www.rpi.msal.ru/prints/200704theory1.html/>

³⁰ См.: Морозова Л.А. Еще раз о судебной практике как источнике права // Государство и право. 2004. № 1. С. 23; Бошно С.В. Влияние судебной практики на законотворчество // Государство и право. 2004. № 8. С. 22.

³¹ См.: Зорькин В.Д. Россия и Конституция в XXI веке. М., 2007. С. 83.