

© 2017 г.

В.В. ГРЕБЕННИКОВ

ПРАВООЗАЩИТНАЯ ФУНКЦИЯ СУДА И СУДЕБНОЕ ПРАВОТВОРЧЕСТВО В РОССИИ

Гребенников Валерий Васильевич — доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ, эксперт РАН, член Научно-консультативного совета при Федеральной палате адвокатов РФ, заведующий кафедрой судебной власти, правоохранительной и правозащитной деятельности Юридического института Российского университета дружбы народов (Москва, Россия) (E-mail: grebval@yandex.ru).

Grebennikov Valery V. — Doctor of Law, Professor, honored lawyer of the Russian Federation, expert of the Russian Academy of Sciences, member of the Scientific Advisory Council of the Federal chamber of lawyers of the Russian Federation, head of the department of judicial authority, law-enforcement and human rights activities of the Law Institute of the Russian University of peoples friendship (Moscow, Russia) (E-mail: grebval@yandex.ru).

Аннотация: правозащитная функция суда (и судебной системы в целом) в России определяется правовой природой судебной власти и сущностью судебной деятельности, главная цель которой — правовая защита нарушенных прав и свобод, их восстановление с помощью принимаемого судом решения на основе применяемых (трактующих) судьей норм закона с использованием аналогии закона или аналогии права. Принятое таким образом судебное решение, являющееся итогом реализации правозащитной функции суда, нельзя приравнивать к законотворчеству хотя бы потому, что такое понимание нарушило бы конституционный принцип разделения властей.

Abstract: human rights function of the court (and judiciary in General) in Russia define the legal nature of the judiciary and the essence of judicial activity, whose main goal — legal protection of violated rights and freedoms, restore the keyboard accepted by the court on the basis used (interpreted) by the judge of the law using the analogy of law or analogy of law. Taken in this way, the court decision resulting from implementation of the remedial function of the court, cannot be equated with lawmaking, at least because such an understanding would violate the constitutional principle of separation of powers.

Ключевые слова: суд, судебное правотворчество, правозащита, аналогия закона, аналогия права, судебная система, правосудие.

Key words: court, judicial law making, human rights, analogy of law, analogy of law, judicial system, justice.

Судебная власть — самостоятельная ветвь государственной власти, один из стержневых институтов развития правового демократического государства и гражданского общества. Субъект осуществления судебной власти — судебные органы, обладающие исключительной компетенцией разрешения судебных споров. Природа судебной власти, ее структура и система во многом вытекают и обуславливаются функцией правосудия (осуществления судебной власти в системе разделения властей) как важнейшего вида правоприменения. Только суд, основываясь на трактовке и анализе норм законодательства (аналогия закона) и права (аналогия права) дает итоговое заключение, которое по юридической силе и необходимости его исполнения путем применения механизмов государственного принуждения может быть приравнено к закону. Именно принудительность его исполнения, обеспечиваемая исключительно государством в лице уполномоченных органов и лиц (например, приставов-исполнителей), дает основание утверждать, что судебное решение (приговор), вступившее

в законную силу, имеет силу закона, но только в отношении ограниченного круга лиц, указанных в судебном решении (приговоре).

Если уместна такая аналогия, то судебная власть построена (если представить ее идеальной моделью) по иерархическому принципу саморегулируемой пирамиды, основание которой образуют мировые судьи, далее — суды первой инстанции, затем — вышестоящие инстанции (апелляция, кассация), вершина которой — Верховный Суд РФ.

Отличием предписания судебного решения (приговора), вступившего в законную силу, от нормы закона является: во-первых, существовавшая до определенного момента возможность его обжалования; во-вторых, распространение действия судебного решения на строго определенный круг лиц; в-третьих, отсутствие в настоящее время в России системы прецедентного права, при которой судебное решение могло по аналогии применяться судами в отношении аналогичных (схожих) дел полностью или в части. В судебном решении “проявляется” действующая норма

права, что приводит к необходимости перманентного признания обязательности судебного решения и его приравнивания к императивной норме права.

Важная особенность судебной власти, наделяющая ее исключительностью (по сравнению с законодательной и исполнительной властями), заключается в возможности исправления ошибки — отмены незаконного судебного решения вышестоящей инстанцией. Иными словами, само решение принимается в “основании пирамиды” — мировым судьей или судом первой инстанции. Его пересмотр возможен вышестоящим судом и Верховным Судом РФ. Это означает, что найденная в системе и системой ошибка (вынесенное с нарушением норм материального и/или процессуального права судебное решение) исправляется не звеном, вынесшим это решение, а другим — вышестоящим — звеном системы.

Из этой теоретической конструкции несколько выбиваются суды общей юрисдикции, когда на практике возможны ситуации отмены председателем районного суда решения судьи этого же суда, т.е. принцип пересмотра судебного решения вышестоящей инстанцией (другим судом) нарушается. Именно поэтому необходимо искоренение этой порочной практики и в целом — реформирование судов общей юрисдикции.

Правосудие как функциональная особенность системы судебной власти (толкование права) определяет, с одной стороны, особую природу судебной власти, с другой — результаты работы системы правосудия (судебные акты). Суд является популяризатором императивных норм права, при необходимости разъясняющим мотивы и основания принимаемого судебного решения¹.

Изменение процессуального законодательства современной России без соответствующих преобразований системы судов общей юрисдикции привело к тому, что суды субъектов Федерации одновременно осуществляют правосудие на уровне первой, апелляционной и кассационной инстанций, что нарушает конституционное право на судебную защиту и принцип независимости судей, увеличивает коррупционные риски.

Верховный Суд РФ имеет особый правовой статус в структуре судебной системы, основанный на исключительной компетенции рассмотрения специфических дел в качестве суда первой инстанции. Вместе с тем пирамидальный принцип

построения судебной власти системы судов общей юрисдикции и арбитражных судов (Верховный Суд РФ — вершина пирамиды, нижестоящие звенья — ее основание) “включает” законы управления и контроля, когда исключительные полномочия вышестоящего органа не должны “клонироваться” нижестоящими органами, иначе будет потеряна исключительность (особая природа и сущность) управляющего пирамидальной системой органа (субъекта управления). Представляется, что при сохранении исключительных полномочий и вытекающего из них особого правового статуса Верховного Суда РФ нижестоящие суды не должны быть одновременно разными инстанциями, выступая в роли то субъекта управления (по отношению к нижестоящим судам), то объекта управления (по отношению к вышестоящим судам) в судебной системе.

Требуется также решительная, но продуманная реорганизация судебной системы путем создания единых судов, включающих арбитражные суды и суды общей юрисдикции, функционирующих на следующих началах: внедрение передовых принципов, форм и методов работы арбитражных судов в существующую, доступную для населения систему (сеть) судов общей юрисдикции, принципы, формы и методы работы которых во многом требуют переосмысления и улучшения. В деятельности вновь создаваемых судов должны быть эффективно и продуманно применены наиболее оправдавшие себя на практике достижения судов как общей юрисдикции, так и арбитражных судов.

Следует отметить, что сложившаяся до момента ликвидации Высшего Арбитражного Суда РФ (2014 г.) система арбитражных судов (включая арбитражные округа, не совпадающие с административно-территориальным делением страны) была весьма эффективна, поэтому опыт ее работы необходимо (после должного осмысления) перенести на систему судов общей юрисдикции. Унифицированный по образцу арбитражных судов подход к организации судебных инстанций и судебных округов способен обеспечить обобщение и анализ судебной практики в различных инстанциях. Представляется целесообразным организовать кассационное судопроизводство судов общей юрисдикции по образцу кассационных арбитражных судебных округов.

В отличие от судебной власти, принцип принятия решений в системе исполнительной власти представляется как “перевернутая пирамида”: решение, обязательное к исполнению нижестоящими инстанциями (федеральными агентствами,

¹ См.: Откуда пошел русский суд // Росс. юстиция. 2003. № 1. С. 6.

службами), принимается на высшем уровне — “верхушке пирамиды” — министерством. Решение может быть, например, ошибочным, но нижестоящие “уровни пирамиды” не вправе пересматривать или критиковать это решение. Его неэффективность и ошибочность может признать только само министерство, отменив или скорректировав его.

Представляется, что с вопросом судебного правотворчества тесно структурно связаны институты судейского права и судейской иерархии.

Судейское право. Понятие “судейское право” (*Richterrecht, judge made law*) — одно из распространенных в современной западноевропейской юриспруденции, не говоря уже о странах англо-американского “общего права”. Среди западноевропейских стран наибольшее внимание “судейскому праву” уделяет юриспруденция ФРГ².

В самом общем плане предметом этой концепции является правотворческая роль суда. Однако непосредственная ее цель заключается не столько в показе роли судебной практики в историческом формировании правовых систем, механизма действия прецедента, влияния судебной практики на законодательство, сколько в преодолении принципа “судья подчиняется закону”. Сторонники данной концепции объявляют судью более совершенным “выразителем” права, чем законодатель, требуют значительного расширения его компетенции, в частности предоставления судье права решать конкретные дела “против закона” (*contra legem*) и в целом взять на себя ведущую роль в сфере правотворчества³. Так, западногерманский проф. В. Хассемер констатирует: “Критика закона догматики, активизировавшаяся в последнее время в западногерманской правовой теоретико-методологической литературе, направила понятие позитивного права в сторону конкретного, правового решения... Как следствие, судья получил возможность правотворчества, и это стало его задачей... Тем самым понятие позитивного права в том виде, как оно используется в новейшей теоретико-правовой номенклатуре, скорее приближается к представлениям, более близким к *case law*, чем к кодифицированным

системам права”⁴. По мнению другого его соотечественника, старое представление о судье отброшено. Судья рассматривается теперь как “социальный архитектор”, ибо только он “способен быстро и конкретно решать правовые проблемы, которые ставит наше сложное индустриальное общество, живущее во все убыстряющемся ритме”⁵.

Идея “судейского права” в основе своей не нова. У нее есть предшественник — “свободное судейское усмотрение”. Представителей некоторых течений буржуазной юриспруденции, претендовавших на социологическую ориентацию⁶ (например, Г. Канторович, Е. Эрлих, Г. Исей и др.), сегодня охотно вспоминают приверженцы “судейского права”. Однако между “свободным судейским усмотрением” и “судейским правом” при всем их сходстве существуют немалые различия. Требование “судейского права” звучит ныне значительно более радикально, чем раньше, масштабы его использования существенно возросли. В чем причины этого?

Появление в начале XX в. требований “развязать руки” судье отразило несоответствие потребностей быстро развивавшегося национального и международного законодательства многим национальным правовым системам, сложившимся в них правовым принципам и институтам. Это несоответствие стремились преодолеть с помощью “свободного судейского усмотрения”. В начале XXI в. требование “судейского права” трудно было бы связать с недостаточной активностью законодателя. Для современного права развитых зарубежных стран характерно последовательное увеличение “производства законов” — потока нормативных актов, затрагивающих все основные сферы общественной жизни, что является следствием усложнения государственно-правовых отношений. Если такая его сущностная черта, как соединение силы экономических монополий с силой государства в ее конкретных проявлениях, представляет собой процесс де-факто, далекий от юридической регламентации, то следствие этого соединения сил — возрастающее воздействие государства на процессы производства, потребления и обмена, отношения труда и капитала и другие общественные отношения — находит

² См.: Туманов В. А. К критике концепции “судейского права” // Сов. гос. и право. 1980. № 3. С. 111–118.

³ По мере увеличения удельного веса законодательства в англо-американском праве понятие *judge made law*, которое ранее связывалось с системой прецедента, теперь все чаще используется как обоснование возможного отказа суда от применения закона, относящегося к рассматриваемому делу.

⁴ Deutsche Landesberichte zum X Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung. Sektionen I/VI/VII, Heidelberg, 1978. S. 120.

⁵ Franke-Grieksch G. La position et les devoirs du juge dans RFD // Revue inter-nationale de droit penal. 1975. № 1–2. P. 101.

⁶ Подробнее см.: Марчук В. П. “Свободное право” в буржуазной юриспруденции. Киев, 1977.

выражение в увеличивающейся законодательной деятельности государства. В ФРГ, например, в конце XX в. каждая парламентская легислатура завершалась вступлением в силу 400–500 новых законов. Напомним, что указанные законы — лишь добавление к уже существующей развернутой системе кодифицированного права, текущего законодательства и подзаконных актов⁷.

Получается несколько странная на первый взгляд картина: активизация деятельности законодателя сопровождается возрастающим противопоставлением закона и судьи, требованием превратить судью в творца “подлинного права”, в ведущую фигуру социального развития. После Второй мировой войны в странах Западной Европы происходил процесс реорганизации социально-экономической и государственно-политической капиталистических структур. Обстановка вынуждала правящие круги идти на явно нежелательные для них демократические реформы и уступки, которые нашли правовое оформление в конституционном и ином законодательстве.

Распространению концепции “судейского права” способствовала и деятельность юстиции. В ФРГ в результате создания наряду с ординарными судами конституционных судов, а также административной, финансовой, трудовой и социальной юстиции судебная система стала значительно шире, чем раньше. Это порождало представления о возросшей роли суда в жизни общества. Еще существеннее то обстоятельство, что за годы после образования ФРГ ее суды (особенно высшие инстанции) неоднократно демонстрировали “свободное” обращение с действующим законодательством, чему в немалой мере способствовало и само законодательство: а) наличие в нем значительного числа каучуковых понятий и норм, допускавших различное толкование; б) появление ряда компромиссных законов (отражавших соотношение парламентских сил), которые практически всегда могут быть истолкованы судом в необходимом направлении; в) количественный рост законодательства, что ведет к его своеобразной “инфляции” и открывает возможности для судебского маневрирования⁸.

Все это способствовало тому, что судебные инстанции (особенно высшие) достаточно прочно встали на путь “судейского права”. Начало этому положил Федеральный конституционный суд, заявивший уже в первые годы своей деятельности, что наряду с Конституцией он будет

руководствоваться надзаконными принципами. Его примеру последовали и другие системы западногерманской юстиции⁹. И. Ипсен, детально исследовавший деятельность всех западногерманских судебных систем под углом зрения соотношения закона и “судейского права”, отмечает, что «стирание границы между правообразованием и правоприменением ведет к тому, что различие между законодательной властью и судом становится все менее отчетливым... Вопрос идет не о том, — констатирует автор, — существует ли “судейское право”, а о том, каким оно является»¹⁰.

Концепция “судейского права” определенным образом связана с усилением позиции государства и его аппарата. Буржуазно-либеральные круги, разумеется, не против государственной активности, поскольку она способствует относительно нормальному функционированию капиталистической экономической и политической систем даже при одновременном обогащении монополий при помощи государственного механизма. В то же время масштабы усиления потенциала государства настораживают и даже пугают их, ибо, с одной стороны, они помнят печальный опыт фашистской тотальной государственности, а с другой — опасаются использования государственной власти для проведения демократических реформ. С этим во многом связано широкое распространение в современной западной идеологии “примата права над государством”, “правления права”, “правового государства”. Как некий противовес государственной власти и бюрократии некоторыми авторами выдвигается идея “судейского права”. Обращаясь к принципу разделения властей, они сильно преувеличивают относительную самостоятельность правосудия по отношению к законодательной и исполнительной сферам функциональной деятельности в рамках единого механизма государственной власти.

Для оценки идеи “судейского права” весьма существенной представляется социальная характеристика судебского сословия, т.е. тех профессионалов, которым доверяется вершить правосудие. Ведь именно им согласно концепции “судейского права” дается возможность не только корректировать законодателя, но и определять пути правового развития страны. Судейское сословие в Германии в XX в. изучено основательно. Во времена Веймарской республики (1919–1933 гг.) система юстиции и особенно возглавлявший ее имперский суд (рейхсгерихт) заняли место на правом

⁷ См.: Туманов В. А. Указ. соч.

⁸ См.: там же.

⁹ См. об этом: Киселев И. Я. Трудовые конфликты в капиталистическом обществе. М., 1978. С. 156.

¹⁰ Ipsen J. Richterrecht und Verfassung. München, 1975. S. 27, 28.

фланге политической жизни, открыто провозгласив верность традициям старой кайзеровской Германии. Еще более свежи воспоминания о злобешней роли юстиции в нацистские времена, что привело ее верхушку на скамью подсудимых в Нюрнберге¹¹.

На рубеже 1960-х годов в ФРГ не менее 70% судебных постов занимали лица, активно участвовавшие в прошлом в деятельности нацистского государственного аппарата. Возникает вопрос: не произошла ли в 1970-е годы в силу естественной смены поколений, а также перехода власти к социал-либеральной коалиции демократическая переориентация судейского сословия? Ответ не может быть положительным. Разумеется, среди судей стало (главным образом по естественным причинам) значительно меньше “бывших”. Социал-демократ по политической принадлежности был не столь редкой фигурой на судебных должностях в 1960–1970 гг. Но это еще далеко от радикальных перемен. В связи с действием “запрета на профессии” нет оснований ожидать в предвидимом будущем широкой демократизации судейского сословия.

В последнее десятилетие в ФГГ опубликован ряд работ, выдержанных в духе так называемой “социологии правосудия”: изучения судейского сословия с точки зрения его социального состава, карьеры судей, отношения к суду населения и т.д. Симптоматично, что в результате этих исследований в западногерманскую научную литературу и публицистику прочно вошло понятие “классовая юстиция”, которым ранее пользовались лишь марксисты. Данные исследований с неоспоримостью свидетельствуют о том, что судьи рекрутируются из привилегированных слоев общества и действуют в их интересах. Из общего числа судей ФРГ в середине XX в. (примерно 14 тыс.) 80% по своему социальному происхождению — предприниматели, землевладельцы, чиновники. Более 50% судей — выходцы из привилегированных социальных слоев, составлявших 5% населения страны.

Многими исследователями признан тот факт, что трудящиеся слои населения не находят в суде должной защиты своих интересов. Так, западногерманский журнал “Шпигель” констатировал: «Правовая действительность боннской республики характеризуется следующими положениями: можно исходить из того, что судьи обращаются с преступниками

в белых воротничках иначе, чем с другими. Тот, кто с деньгами, легче добьется у суда своего права, а тот, кто без денег, должен приложить для этого “очень много труда”». Для всех обвиняемых вовсе не гарантировано равное право. Все эти обстоятельства принадлежат к числу знаний, точно установленных социологией права.

Не случайно также, что при всем стремлении изобразить судью как беспристрастного “носителя правового знания” в построениях сторонников “судейского права” откровенно проскальзывают элитаристские мотивы. Например, Р. Марчич, автор нашумевшей в свое время книги “От государства законов к государству судей”, называл судейское сословие “государственно-политической элитой”, “аристократическим элементом правового государства”, призванным быть противовесом парламентской системе — “сапожникам, которые, бросив свое ремесло, декретируют, что является правом”¹².

Отметим, что концепция “судейского права” явно противоречит Основному закону ФРГ, в котором установлено, что “законодательство связано конституционным строем, а исполнительная власть и правосудие — законом и правом” (ст. 20). Оказались несостоятельными попытки некоторых западногерманских авторов связать “судейское право” с противопоставлением соседствующих в цитированной статье понятий “закон” и “право”. Во-первых, различие этих понятий ничего не меняет в очевидном требовании “связанности суда”, содержащемся в статье, что явно противоречит требованию “свободы судейского правотворчества”. Во-вторых, в ст. 97 Основного закона в разделе “Правосудие” говорится о принципе подчинения судьи закону. В-третьих, даже в тех случаях, когда возникает коллизия между законом и правом (это прежде всего случай неконституционности закона), то и тогда Основной закон не предусматривает чего-либо похожего на “свободу судейского правотворчества”. Он предоставляет суду право признать антиконституционным закон, о действительности которого возник вопрос при решении конкретного дела. Но суд не наделен при этом правом решать *contra legem*. Он обязан приостановить дело и передать вопрос на решение в конституционный суд¹³.

¹² Marcic R. Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat. Wien, 1957. Критика этой книги с марксистских позиций была сразу же дана видным австрийским юристом Э. Рабофским (см.: Das Recht der Arbeit. 1958. № 2. S. 53–57) (цит. по Рабофскому).

¹³ Подробнее см.: Судебная практика в советской правовой системе / Под ред. С. Н. Братуся. М., 1975. С. 11.

¹¹ См.: Алимбеков М. Т. Судебное правотворчество и применение гражданско-правовых норм в механизме правореализации. Дисс. ... доктора юрид. наук. Алматы, 2010.

Как показывает история развития советского права, и в частности его кодификация, проходившая в 1960–1970 гг., он не помешал судебной практике выступить в качестве важного фактора совершенствования законодательства. Советская юридическая литература знает понятие “судебное усмотрение”, но оно используется в принципиально ином ключе: не как альтернатива принципу подчинения судьи закону, но как возможность поиска решений в рамках, очерченных применяемым законом¹⁴.

Среди аргументов сторонников рассматриваемой концепции важное место занимает тезис о том, что без активной правотворческой роли судьи правовая система страны окажется в состоянии стагнации и не сможет развиваться должным образом. “Законодательное право не исключает судебское. Оно само нуждается в судебском праве, чтобы не окаменеть...”¹⁵. Представляется бесспорным, что судебной практике принадлежит значительная роль в правовой жизни. Правоприменительная деятельность — одна из важных форм бытия права. В странах континентального права судебная практика оказала и продолжает оказывать значительное воздействие на развитие права (хотя не такое сильное и не в тех формах, как в странах англо-американского права).

Данный факт не раз констатировался исследователями¹⁶. При этом, разумеется, речь идет о судебной практике в ее традиционном понимании как подзаконной, правоприменительной деятельности. Но если в таковом качестве она оказывает эффективное воздействие на развитие права, то нужно ли на ее место поставить “судейское право”? Тезис о том, что без “судейского права” позитивное право якобы “каменеет”, явно несостоятелен, ибо игнорирует роль традиционно понимаемой судебной практики в странах кодифицированного права.

Судейская иерархия. Как судебное правотворчество зависит от иерархической структуры судебного корпуса? В каких направлениях изменение этой структуры может влиять на изменение судебного правотворчества, места и роли судебного прецедента в национальной правовой системе?

В научной литературе термин “судейская иерархия” понимается тройко. Во-первых,

существуют исследования, в которых разбирается вопрос о внутренней иерархии судей (“судейская вертикаль”) в зависимости от их авторитетности, влияния, опыта, близости к начальству, наконец, формальной позиции, особенно в тех случаях, когда дела рассматриваются коллегиально, а судьи входят в один состав суда (панель). Это — исследования, в рамках которых ученые анализируют проблемы сравнительно-правового характера.

Помимо этого существует и другое направление¹⁷, в рамках которого рассматривается степень сравнительного влияния одноранговых судов или таких судов, про которые нельзя однозначно сказать, выше они или ниже друг друга (“судейская горизонталь”). На российском материале это, например, могло бы быть исследование сравнительной влияния Конституционного Суда РФ и Верховного Суда РФ. Исследования такого рода чаще относятся к политическим наукам; они особенно популярны в странах с несколькими отдельными судебскими вертикалями (такими как в США и частично в Германии). Например, в США это — популярные исследования сравнительной влияния разных апелляционных судов. Данное направление также оставим в стороне, поскольку они интересны скорее для понимания внутренней политической игры и применимы, как правило, только к высшим судебным инстанциям.

Наконец, в-третьих, то, что будет нас интересовать: судебская иерархия — это иерархия судов, как таковых, т.е. исследования, отвечающие на вопрос о том, какое место в системе судов занимает та или иная ступень, какова ее реальная роль; какие функции она выполняет; как иерархически и системно-функционально соотносится с другими ступенями. Типичный пример исследований такого рода — работа М. Позднякова¹⁸, показывающая несоответствие между декларируемыми и реальными функциями надзорной инстанции. В рамках такого исследования весь корпус судов одного уровня (например, апелляционные суды в арбитраже) рассматривается как однородные суды, имеющие сходные способы действия и выполняющие одни и те же функции в данной конкретной ситуации.

Судейская иерархия возникает в ходе трех параллельных, связанных между собой процессов. Первая группа факторов — это повседневные

¹⁴ См.: Комиссаров К. И. Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства. Свердловск, 1971. С. 23 и след.

¹⁵ Heydte F. u.d. Naturrecht, Richterrecht, Gesetzesrecht // Dimensionen des Recht. B. I. 1974. S. 96.

¹⁶ См., например: David R. Les grands systemes de droit contemporains. 7 ed. Paris, 1978. P. 132–147.

¹⁷ Традиционно так сравниваются между собой апелляционные суды разных округов в США.

¹⁸ См.: Поздняков М. Судебная реформа: пациент скорее жив, чем мертв? // Адвокат. 2006. № 12. С. 28–34.

ожидания участников процесса, которые в одних случаях идут в суд, а в других — выбирают иные способы разрешения конфликта. При этом их представления все время меняются под воздействием реального поведения судов, изменения репутации судов и т.д. Причины, по которым участники идут в суд (готовят апелляционную жалобу в случае данного исследования), а не выбирают другие способы разрешения конфликта, могут быть разными. Особенно большую роль играют позиция и опыт адвоката, который поддерживает конкретного участника. В целом все это описывается теорией, которая традиционно называется “концепцией мобилизации права”¹⁹.

Большую роль также играют факторы, которые от самого суда вообще никак не зависят. Так, ведомственные инструкции, нормативы или корпоративные правила²⁰ могут заставлять игрока обязательно обращаться в суд или же бороться не ниже чем до апелляционной инстанции даже при осознании полной бесперспективности процесса. Весь набор таких представлений и организационных стимулов, безусловно, влияет на то, чем и как на практике занимается та или иная судебная инстанция. Вторая большая группа факторов — это влияния, сигналы и прямые приказы, которые перемещаются по судебной вертикали сверху вниз²¹.

Зачастую даже конкретные решения не только и не столько касаются конкретного дела, сколько являются указанием нижестоящим судам на границы их полномочий или, наоборот, сигналом о том, что не следует загружать вышестоящие инстанции. Нередко определенный уровень судебной иерархии намеренно “выдавливается” в определенном направлении вышестоящей инстанцией.

Третья группа факторов, обуславливающих положение в реальной судебной иерархии, — это позиция самого изучаемого уровня иерархии, т.е. реальное поведение судей, которое вне зависимости от того, является ли оно целенаправленным

(имеет ли судья целью конкретным поступком повлиять на свое иерархическое положение) или нет, осознает ли судья последствия своего поступка или нет, влияет на реальное положение данной инстанции в общей иерархии²².

Механизмы такого влияния можно разделить на несколько типов. Во-первых, поведение, направленное на минимизацию собственных усилий, — осознаваемое или неосознаваемое. Так, например, постоянно упоминаемая экспертами, участвовавшими в процессе, практика (“черновик решения надо приносить на флешке”) снижает нагрузку на судью, одновременно превращая его в арбитра “чистой воды” — он уже не разбирает материалы дела, а сравнивает степень обоснованности двух решений, которые подготовили для него стороны. Во-вторых, повседневные представления судей о должном и не должном — своего рода *path dependency* (зависимость от предшествующего развития) конкретной судебной системы. Они появляются у судьи в процессе социализации в конкретной судебной системе и даже в конкретном суде и потому могут довольно сильно различаться между собой от случая к случаю²³.

Здесь речь идет не о некоторых идеологических, ценностных позициях, а скорее о рутине и профессиональных приемах. Так, в большинстве районных судов в советское время было принято вызывать прокурора и следователя в кабинет, а в областных судах (даже когда дело рассматривалось в первой инстанции) — нет. И наконец, в-третьих, намеренная политика — стремление максимально увеличить свое влияние и объем власти, которое согласно положениям социологии организаций свойственно любому “этажу” организационной вертикали. И все эти три группы: вышестоящие суды, участники судебного процесса и сами судьи, — действуют не поодиночке, но ежесекундно оглядываясь друг на друга, учитывая то, что происходит, и играя по правилам, которые постоянно меняются. При этом ни один из участников не считает, что он так или иначе действует на “систему судебных иерархий”, — они все просто живут своей обычной профессиональной жизнью.

¹⁹ Johnson E. Lawyers' Choice: A Theoretical Appraisal of Litigation Investment Decisions // Law & Society Review. Vol. 15. N 3/4. Special Issue on Dispute Processing and Civil Litigation (1980–1981). P. 567–610.

²⁰ См.: *ibid.*

²¹ Классическая работа P. Ewick, S. Silbey (The Common Place of Law. Stories from Everyday Life. Chicago and London, 1998) разбирает правовое поведение граждан в зависимости от того, какой опыт они имели ранее.

²² См., например: Первый суд // Росс. юстиция. 2005. № 3.

²³ См.: Мальцев Г. В. Месть и возмездие в древнем праве. М., 2012.