

## СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА КАК СРЕДСТВО ДОКАЗЫВАНИЯ В ГРАЖДАНСКОМ И АРБИТРАЖНОМ ПРОЦЕССАХ РОССИИ

*Аннотация.* В статье рассматривается вопрос о возможности использования судебной практики в качестве средства доказывания в гражданском и арбитражном судопроизводстве. Исследование основано на глубоком анализе обширной судебной практики по данной проблеме. Автор последовательно раскрывает цели и формы использования судебной практики, значение судебной практики для судов, подробно анализирует аргументы «за» и «против» признания судебной практики средством доказывания. В итоге автор приходит к выводу о возможности использования судебной практики в качестве средства доказывания наравне с «традиционными» видами доказательств.

**Ключевые слова:** юриспруденция, суд, форма, вид, практика, средство, доказательство, арбитраж, процесс, решение.

Российское гражданское и арбитражное процессуальное законодательство и правоприменительная практика в данной сфере находятся в постоянном развитии, в связи с чем в гражданской процессуальной системе России появляются новые явления и институты, изменяются взгляды на те или иные проблемы и вопросы.

Так, например, уже является нормой, что лица, участвующие в деле, в целях подкрепления своих доводов в процессуальных документах ссылаются на судебные акты различных судебных органов по аналогичным делам.

Также стала распространенной оценка судами в судебных актах тех или иных доводов лиц, участвующих в деле, на предмет их соответствия (несоответствия) сложившейся судебной практике.

В связи с этим в настоящее время приобретает особую актуальность вопрос о возможности (невозможности) отнесения судебной практики к средствам доказывания и использования её в ходе рассмотрения судами дел наравне с другими «традиционными» видами доказательств.

Однако прежде чем перейти непосредственно к рассмотрению обозначенной проблемы необходимо отметить, что «несмотря на широкое распространение и активное использование термина «судебная практика» среди отечественных и зарубежных авторов, занимающихся исследованием явления, именуемого судебной практикой, нет общего представления ни о её понятии, ни о содержании, ни о формах её выражения и проявления»<sup>1</sup>.

В настоящей статье под судебной практикой мы будем понимать судебные акты различных судебных органов по конкретным делам определенной категории.

Вернемся к основному вопросу. Позиция судов относительно возможности приобщения судебной практики к материалам дела и использования её в качестве средства доказывания по делу противоречива.

В ряде случаев суды отказывают в приобщении судебной практики к материалам дела и исследовании её в ходе судебного разбирательства.

Так, Федеральный арбитражный суд Московского округа определением от 25.08.2008 по делу №А40-63807/07 возвратил кассатору дополнительные документы (судебную практику), приложенную к кассационной жалобе. При этом, суд кассационной инстанции исходил из следующего:

«Закрытым акционерным обществом «Нерль+»... вместе с кассационной жалобой были поданы дополнительные документы (судебная практика) для приобщения к материалам дела.

В соответствии с ч. 4 статьи 277 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации установлен перечень документов прилагаемый к кассационной жалобе: копия обжалуемого документа; документы подтверждающие уплату государственной пошлины, либо ходатайство о предоставлении отсрочки, рассрочки уплаты государственной пошлины, об уменьшении ее размера; документы подтверждающие направление или вручение другим лицам, участвующим в деле, копий кассационной жалобы и документов, которые у них отсутствуют; доверенность или иной документ, подтверждающие полномочия на подписание кассационной жалобы.

<sup>1</sup> Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судейское право. М., 2008. С. 101.

Указанный перечень документов, содержащийся в ст. 277 АПК РФ, является исчерпывающим и не содержит упоминание о наличии в подаваемой кассационной жалобе судебной практики или иных документов, не имеющих отношение к обжалуемым судебным актам.

На основании изложенного суд полагает возратить обществу дополнительные документы, которые не отвечают требованиям ч. 4 ст. 277 АПК РФ»<sup>2</sup>.

Указанная аргументация суда кассационной инстанции небесспорна.

Действительно, в ч. 4 ст. 277 АПК РФ установлен исчерпывающий перечень документов, прилагаемых к кассационной жалобе.

Однако необходимо иметь в виду, что ч. 4 ст. 277 АПК РФ определяет лишь исчерпывающий минимальный набор документов, предоставление которых в суд кассационной инстанции вместе с кассационной жалобой необходимо для принятия кассационной жалобы к производству.

Процессуальная ответственность за нарушение требований ч. 4 ст. 277 АПК РФ наступает только в случае неприменения к кассационной жалобе всех или одного из документов, указанных в ч. 4 ст. 277 АПК РФ, и выражается в виде оставления кассационной жалобы без движения (ч. 1 ст. 280 АПК РФ) либо возвращения кассационной жалобы (ч. 1 ст. 281 АПК РФ).

Какие-либо процессуальные санкции за приложение к кассационной жалобе документов, не указанных в ч. 4 ст. 277 АПК РФ, арбитражным процессуальным законодательством не установлены.

Запрета на приложение к кассационной жалобе документов, не перечисленных в ч. 4 ст. 277 АПК РФ, данная норма АПК РФ не содержит.

В силу ч. 2 ст. 45 Конституции Российской Федерации каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом.

Кроме того, как известно, применительно к сфере гражданских правоотношений «права одного субъекта кончаются там, где начинаются права другого субъекта»<sup>3</sup>.

Приложение к кассационной жалобе документов, не указанных в ч. 4 ст. 277 АПК РФ, чьих-либо прав и законных интересов не нарушает.

С учетом изложенного, приведенная позиция Федерального арбитражного суда Московского округа представляется неправомерной.

В другом случае, отказывая в приобщении судебной практики к материалам дела, Федеральный арбитражный суд Московского округа в постановлении от 06.02.2012 по делу №А40-24854/2010 мотивировал это следующим образом:

«В судебном заседании представитель ответчика... заявил ходатайство о приобщении к материалам дела судебно-арбитражной практики. Рассмотрев заявленное ходатайство, суд кассационной инстанции, принимая во внимание позиции лиц, участвующих в деле, определил: отклонить указанное ходатайство, поскольку в каждом конкретном случае суд устанавливает фактические обстоятельства дела и применяет нормы права к установленным обстоятельствам, с учетом представленных доказательств»<sup>4</sup>.

В противовес изложенному, однако, имеются многочисленные примеры использования лицами, участвующими в деле, судебной практики в рамках судебного разбирательства для обоснования своей правовой позиции по делу.

Практическая ценность указанных действий заключается в том, что «приводимая сторонами в обоснование своей правовой позиции по спору судебная практика зачастую становится наиболее весомым аргументом, нежели большинство доказательств, представленных сторонами. Иногда она просто перечеркивает все попытки противной стороны доказать обратное, т.к. обратное уже опровергнуто высшим судом при рассмотрении аналогичного спора»<sup>5</sup>.

В связи с этим, как отмечается в исследованиях по данной проблематике, лица, участвующие в деле, используют судебную практику в целях:

- обоснования избранной правовой позиции по спору;
- опровержения правовой позиции по спору, избранной процессуальным оппонентом;
- обоснования необходимости осуществления тех или иных процессуальных действий;
- обжалования промежуточных судебных актов;
- обжалования решений и постановлений по существу дела;
- в иных целях<sup>6</sup>.

В настоящее время использование судебной практики судом и лицами, участвующими в деле, в рамках рассмотрения дела происходит, как правило, в одной из трёх форм:

<sup>2</sup> <http://kad.arbitr.ru/> (последнее посещение – 27.02.2012).

<sup>3</sup> Приходько А.И. Воспрепятствованию разрешению дел в арбитражных судах: актуальные вопросы судебного правоприменения. М., 2008. С. 50.

<sup>4</sup> <http://kad.arbitr.ru/> (последнее посещение – 27.02.2012).

<sup>5</sup> Юзефович В.Б. Доказательства и доказывание в арбитражном процессе: анализ правоприменительной практики. Выводы судебного юриста. М., 2012. С. 185.

<sup>6</sup> Там же.

- «в неформальном ключе», т.е. в непроцессуальной форме;
- путём обозрения в ходе судебного заседания;
- путём приобщения к материалам дела.

Последние две формы осуществляются в порядке, установленном соответствующими нормами процессуального права.

Рассмотрим каждую из этих форм более подробно.

Использование материалов судебной практики «в неформальном ключе». Такая форма использования судебной практики в целях обоснования лицами, участвующими в деле, своей правовой позиции по делу, безусловно, имеет место быть, в правоприменительной деятельности. Однако, нам представляется, что она категорически недопустима ни со стороны суда, ни со стороны лиц, участвующих в деле, поскольку в соответствии с п. 2 ст. 3 Закона Российской Федерации от 26.06.1992 №3132-1 «О статусе судей в Российской Федерации»<sup>7</sup> и со ст. ст. 3 и 4 Кодекса судейской этики, утв. VI Всероссийским съездом судей от 02.12.2004<sup>8</sup>, судья при исполнении своих полномочий, а также во внеслужебных отношениях должен избегать всего, что могло бы умалить авторитет судебной власти, достоинство судьи или вызвать сомнение в его объективности, справедливости и беспристрастности; судья обязан быть беспристрастным, не допускать влияния на свою профессиональную деятельность со стороны кого бы то ни было.

Обозрение судом представленной лицами, участвующими в деле, судебной практики является достаточно распространенным явлением.

В одних случаях лица, участвующие в деле, изначально представляют судебную практику лишь для обозрения судами<sup>9</sup>.

Так, из постановления Федерального арбитражного суда Московского округа от 15.12.2010 по делу №А40-174260/2009 следует:

«ООО «4 ПАПАС» обратилось с кассационной жалобой, в которой просит решение и постановление суда отменить и принять новый судебный акт о признании требования недействительным, указывая на следующие доводы: обжалуемое требование налогового органа не соответствует нормам законодательства о налогах и сборах с момента его принятия, тем самым нарушает права и охраняемые интересы заявителя, представляя на обозрение суда кассационной инстанции судебно-арбитражную практику.

Инспекция возражала и просила решение и постановление суда оставить без изменения. Письменные пояснения Общества и Инспекции приобщены к материалам дела, судебно-арбитражная практика обозревалась судом кассационной инстанции»<sup>10</sup>.

В других случаях суды, приходя к выводу о недопустимости приобщения судебной практики к материалам дела, в то же время считают возможным обозреть её в судебном заседании.

В постановлении от 29.05.2007 №КА-А40/4647-07 Федеральный арбитражный суд Московского округа указал:

«От общества поступил письменный отзыв на жалобу инспекции с доказательством его получения инспекцией и приложением судебной практики по аналогичным делам по спорам между теми же лицами.

Суд, совещаясь на месте, определил: письменный отзыв приобщить к материалам дела, судебную практику (решения и постановления судов) возвратить заявителю после обозрения судом кассационной инстанции»<sup>11</sup>.

В ряде случаев, суды, отказывая в приобщении судебной практики к материалам дела и формально не обозревая её в судебном заседании, тем не менее, фактически использовали судебную практику в рамках рассмотрения дела или, по крайней мере, оставляли для себя такую возможность.

Так, из постановления Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 21.08.2009 по делу №А53-8586/2009 следует:

«В судебном заседании представитель ЗАО «РИКО» поддержал доводы апелляционной жалобы в полном объёме, пояснив, что приостанавливая производство по делу суд фактически отказывает в защите нарушенного права. Также просил приобщить к материалам дела судебную практику Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда по аналогичному делу.

Суд в приобщении материалов судебной практики к делу отказал, поскольку указанные документы имеются в базе данных арбитражного суда апелляционной инстанции»<sup>12</sup>.

В постановлении от 24.10.2011 по делу №А55-3283/2009 Одиннадцатый арбитражный апелляционный суд отметил, что судебная практика является общедоступной, в связи с чем отдельное её представление в суд не требуется<sup>13</sup>.

<sup>7</sup> Российская газета. №170. 29.07.1992.

<sup>8</sup> Вестник ВАС РФ. №2. 2005.

<sup>9</sup> См. например: постановление ФАС МО от 23.05.2008 №КА-А40/2410-08;

<sup>10</sup> <http://kad.arbitr.ru/> (последнее посещение – 27.02.2012).

<sup>11</sup> <http://kad.arbitr.ru/> (последнее посещение – 27.02.2012).

<sup>12</sup> <http://kad.arbitr.ru/> (последнее посещение – 27.02.2012).

<sup>13</sup> <http://kad.arbitr.ru/> (последнее посещение – 27.02.2012).

Приобщение судами судебной практики, представленной лицами, участвующими в деле, к материалам дела в не меньшей степени распространено в правоприменительной деятельности<sup>14</sup>.

Так, из постановления Федерального арбитражного суда Московского округа от 02.08.2004 по делу №КА-А40/6505-04 следует, что «в судебном заседании представители сторон заявили ходатайства о приобщении копий судебных актов в качестве примеров практики по аналогичным делам, а истец просил также приобщить отзыв на жалобу.

Суд, совещаясь на месте, определил: приобщить к делу указанные документы»<sup>15</sup>.

В постановлении от 28.10.2005 по делу №КА-А40/10484-05 Федеральный арбитражный суд Московского округа указал:

«Ссылка на то, что позиция апелляционного суда по настоящему делу противоречит сложившейся судебной практике (постановление ФАС МО от 20.09.05 N КА-А40/8913-05-П), отклоняется, поскольку, как видно из постановления Федерального арбитражного суда Московского округа от 20.09.05 по делу N КА-А40/8913-05-П, которое приобщено к материалам дела по ходатайству Общества, за рассматриваемый в этом деле налоговый период (ноябрь 2001 г.) документы, предусмотренные ст. 172 НК РФ (счета-фактуры, платежные документы), налогоплательщиком были представлены в Инспекцию. Таким образом, настоящее дело и ранее рассмотренное дело не являются аналогичными по обстоятельствам»<sup>16</sup>.

При этом, необходимо отметить, что в некоторых случаях суды приобщали к материалам дела даже не судебную практику как таковую, а представленные сторонами сведения о такой судебной практике<sup>17</sup>.

Изложенное позволяет констатировать, что в настоящее время арбитражные суды активно используют в ходе судебного разбирательства представляемую лицами, участвующими в деле, судебную практику, сформированную иными арбитражными судами различных инстанций.

Однако данный вывод с необходимостью влечёт за собой следующий вопрос: возможно ли использование арбитражными судами в рамках судебного разбирательства судебной практики, сформированной судами

общей юрисдикции, какое значение для арбитражных судов имеет такая практика, и наоборот?

Арбитражные суды в настоящее время осторожно подходят к данному вопросу. Проиллюстрируем сказанное двумя примерами.

В первом случае арбитражный суд прямо отверг возможность использования судебной практики судов общей юрисдикции в качестве средства доказывания в рамках арбитражного судопроизводства, указав:

«В ходе апелляционного производства по делу ООО «Галла», со ссылкой на статью 69 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, заявило письменное ходатайство о приобщении к материалам дела решений суда общей юрисдикции по гражданским делам, которые, как считает Общество, являются обязательными для арбитражного суда, рассматривающего данное дело, по вопросам об обстоятельствах, установленных этими решениями.

Рассмотрев заявленное ходатайство, суд апелляционной инстанции не находит оснований для его удовлетворения, в силу следующего.

В соответствии с частью 3 статьи 69 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации вступившее в законную силу решение суда общей юрисдикции по ранее рассмотренному гражданскому делу обязательно для арбитражного суда, рассматривающего дело по вопросам об обстоятельствах, установленных решением суда общей юрисдикции и имеющих отношение к лицам, участвующим в деле.

Как следует из содержания части 1 статьи 55 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации и части 1 статьи 64 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, обстоятельства, имеющие значение для правильного рассмотрения дела, устанавливаются судом на основании доказательств по делу, содержащих сведения о фактах.

В связи с этим правовая оценка по конкретным делам судом общей юрисдикции действий административного органа и примененного им положения закона ... не может рассматриваться в качестве обстоятельства, имеющего преюдициальное значение для арбитражного суда, рассматривающего другое дело. Арбитражный суд обязан самостоятельно исследовать и оценить фактические обстоятельства дела и доводы сторон, связанные с конкретным правоотношением... Указанные решения суда общей юрисдикции вынесены в отношении других (физических) лиц, и не имеют отношения к настоящему арбитражному делу»<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> См. например: постановление ФАС МО от 23.12.2011 по делу №А40-17905/2011; постановление ФАС МО от 01.08.2008 №по делу №А40-56786/2007; постановление ФАС МО от 02.04.2008 по делу №А40-46857/2007.

<sup>15</sup> <http://kad.arbitr.ru/> (последнее посещение – 27.02.2012).

<sup>16</sup> <http://kad.arbitr.ru/> (последнее посещение – 27.02.2012).

<sup>17</sup> См. например: постановление ФАС МО от 15.09.2004 по делу №КА-А40/8107-04.

<sup>18</sup> Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 19.06.2009 №А75-2772/2009 (<http://kad.arbitr.ru/>, последнее посещение – 27.02.2012).

Во втором же случае арбитражный суд, хотя также и не принял во внимание практику судов общей юрисдикции, мотивировал, однако, это не принципиальной невозможностью использования судебной практики судов общей юрисдикции в арбитражном процессе, а «ущербностью» представленной лицами, участвующими в деле, судебной практики, т.е. в связи с тем, что судебная практика в данном конкретном случае была представлена не в надлежащем виде:

«Арбитражным судом первой инстанции приобщена к материалам дела справка от 11.08.2008 №01-19/486 Кемеровского областного суда по вопросам применения налогового законодательства, которая не подписана уполномоченным лицом и содержит один пример направления дела на новое рассмотрение, без указания номера дела и даты его рассмотрения.

Указанное доказательство не может являться достаточным для вывода о наличии практики рассмотрения споров, связанных с взысканием НДС, в судах общей юрисдикции, поскольку содержит только один пример без указания номера дела и даты его рассмотрения, без указания результата рассмотрения дела после его направления на новое рассмотрение, а также справка не подписана уполномоченным лицом.

Доводы Общества о наличии решений судов общей юрисдикции о взыскании НДС по требованиям работников Общества не подтверждены со ссылками на имеющиеся в материалах дела доказательства, суду кассационной инстанции также не представлены судебные акты, на которые ссылается Общество.

В связи с вышеизложенным, оснований для ссылки на практику рассмотрения дел судом общей юрисдикции по настоящему делу не имеется, поскольку в ходе судебного разбирательства не представлено надлежащих доказательств, подтверждающих указанные обстоятельства»<sup>19</sup>.

По мнению исследователей данной проблематики, в частности Рожковой М.А., «судебный прецедент, созданный Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации, является обязательным для системы арбитражных судов и носит рекомендательный (убеждающий) характер в отношении судов общей юрисдикции. В свою очередь... судебный прецедент, выработанный Верховным Судом Российской Федерации, обязателен для судов общей юрисдикции, но является только рекомендательным для арбитражных судов»<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 24.01.2011 по делу №А27-4701/2010 (<http://kad.arbitr.ru/>, последнее посещение – 27.02.2012).

<sup>20</sup> Иски и судебные решения: Сборник статей / П.С. Бевзенко, Е.А. Беляневич, И.А. Войтко и др. / Под ред. М.А. Рожковой.

Перейдем к основному вопросу. Каков же статус приобщаемой в ходе судебного разбирательства судебной практики и можно ли её считать средством доказывания по делу?

В начале проанализируем позицию судов по этому вопросу. Следует констатировать, что она весьма противоречива и непоследовательна.

С одной стороны, как продемонстрировано выше, суды и лица, участвующие в деле, довольно часто используют материалы судебной практики при рассмотрении дел.

При этом, нередко суды признавали судебную практику доказательством даже тогда, когда отказывали по тем или иным причинам в её приобщении к материалам дела.

Например, Федеральный арбитражный суд Московского округа в постановлении от 21.09.2011 по делу №А40-151222/2010 указал: «В материалы дела истцом, через канцелярию суда, представлен отзыв на кассационную жалобу с приложением судебной практики. Суд кассационной инстанции не вправе приобщать в материалы дела доказательства, с учетом полномочий и пределов рассмотрения дела, в связи с чем приложение к отзыву возвращено представителю истца в судебном заседании»<sup>21</sup>.

Из постановления Третьего арбитражного апелляционного суда от 26.11.2010 по делу №А33-1925/2010 следует:

«Представитель департамента муниципального имущества и земельных отношений города Красноярска заявил ходатайство о приобщении к материалам дела дополнительных доказательств, приложенных к дополнительным пояснениям, а именно: свидетельства о праве от 01.11.1994, кадастровой выписки, судебной практики...

В соответствии со ст. 268 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации суд апелляционной инстанции отказал удовлетворении ходатайства заявителя о приобщении к материалам дела дополнительных доказательств..., в том числе судебной практики, поскольку причины непредставления их при рассмотрении дела в суде первой инстанции не являются уважительными...»<sup>22</sup>.

М., 2009. С. 363. См. также: Юзефович В.Б. Указ. соч. С. 182-183.

<sup>21</sup> <http://kad.arbitr.ru/> (последнее посещение – 27.02.2012).

<sup>22</sup> <http://kad.arbitr.ru/> (последнее посещение – 27.02.2012). См. также: постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 24.06.2011 по делу №А31-8327/2010.

С другой стороны, в иных случаях суды категорически не приемлют отнесение судебной практики к средствам доказывания.

Так, в постановлении от 14.12.2011 по делу №А54-586/2011 Двадцатый арбитражный апелляционный суд указал: «в судебном заседании апелляционной инстанции 13.12.2011 от представителя третьего лица поступило ходатайство о приобщении к материалам дела материалов судебной практики – копии постановления Федерального арбитражного суда Центрального округа от 07.11.2011...

В удовлетворении указанного ходатайства отказано, о чем судебной коллегией вынесено соответствующее протокольное определение. При этом суд апелляционной инстанции исходит из того, что материалы судебной практики не могут быть приняты в качестве доказательств по делу и положены в основу судебного акта»<sup>23</sup>.

В постановлении от 16.06.2011 по делу №А71-1103/2011 Семнадцатый арбитражный апелляционный суд также отметил, что «судебная практика арбитражных судов не является доказательством по делу и к материалам дела не приобщается»<sup>24</sup>.

В постановлении от 19.06.2009 по делу №А75-2772/2009 Восьмой арбитражный апелляционный суд, рассмотрев ходатайство ООО «Галла» о приобщении к материалам судебной практики, отказал в этом, «поскольку судебная практика не входит в перечень доказательств, который определен главой 7 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации»<sup>25</sup>.

Теперь обратимся к правовой доктрине и действующему законодательству.

Их анализ позволяет сделать вывод о том, что невозможность отнесения судебной практики к средствам доказывания в гражданском и арбитражном процессах обусловлена следующими основными препятствиями.

Во-первых, как было указано выше, судебная практика используется лицами, участвующими в деле, в целях обоснования перед судом правильности избранной ими правовой позиции по делу и опровержения правовой позиции оппонента.

Иными словами, ссылаясь на судебную практику, лицо, участвующее в деле, стремится доказать суду и убедить его в том, что именно приведенные им доводы и суждения относительно необходимости применения (неприменения) тех или иных норм материального и (или) процессуального права, их истолкования, а также юридической квалификации сложившихся правоотно-

шений являются правильными и дело подлежит разрешению сообразно с ними.

Вместе с тем, согласно преобладающей в теории доказывания позиции предмет доказывания составляют лишь конкретные фактические обстоятельства прошлого и настоящего. Доказывание не включает оценку установленных обстоятельств с точки зрения их юридической квалификации, а ограничивается только их фактической сущностью. Оно не направлено на обоснование юридических признаков событий<sup>26</sup>.

Юридическая квалификация не относится ни к фактам, ни к обстоятельствам и доказыванию не подлежит<sup>27</sup>.

М.А. Гурвич утверждает, что в учении о предмете доказывания огромное значение имеет вопрос о том, что не подлежит доказыванию. По его мнению, доказыванию не подлежат юридические нормы, так как суд должен знать закон. Суд не может обязывать стороны доказывать существование закона или возлагать на одну из них невыгодные последствия незнания судом закона<sup>28</sup>.

М.М. Агарков также разумно полагает, что суд должен знать закон. Это не означает, что судья в каждый определенный момент должен точно представлять себе всю совокупность норм, из которых состоит законодательство. Такое знание не может быть. Но это означает, что он должен для каждого представленного для разрешения спора уметь найти, понять и применить соответствующие нормы. При этом установление наличия и содержания закона не составляет предмета какой-либо процессуальной процедуры. Знание закона есть внепроцессуальное знание суда. Стороны ссылаются на закон, а не доказывают существование его<sup>29</sup>.

Во-вторых, противники возможности рассмотрения судебной практики в качестве средства доказывания ссылаются на то, что ГПК РФ не позволяет отнести судебную практику ни к одному из видов доказательств, закрепленных в ч. 1 ст. 55 ГПК РФ.

Рассмотрим подробнее данный аргумент.

В ч. 1 ст. 55 ГПК РФ перечислены следующие виды доказательств, допустимые в гражданском процессе:

<sup>26</sup> Смирнов А.В., Калиновский К.Б. Уголовный процесс: Учебник для вузов. СПб., 2005. С. 180.

<sup>27</sup> Амосов С. Предмет доказывания в арбитражном процессе // ХиП. 1997. №9. С. 114.

<sup>28</sup> Гурвич М.А. Лекции по советскому гражданскому процессу. М., 1950. С. 99, 102. См. также: Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. Ставрополь, 2002.

<sup>29</sup> Агарков М.М. Применение советским судом иностранного закона / Проблемы социалистического права. М., 1938. С. 67. См. также: Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. Ставрополь, 2002.

<sup>23</sup> <http://kad.arbitr.ru/> (последнее посещение – 27.02.2012).

<sup>24</sup> <http://kad.arbitr.ru/> (последнее посещение – 27.02.2012).

<sup>25</sup> <http://kad.arbitr.ru/> (последнее посещение – 27.02.2012).

объяснения сторон и третьих лиц, показания свидетелей, письменные и вещественные доказательства, аудио- и видеозаписи, заключения экспертов.

Единственным из указанного перечня видом доказательств, к которому можно отнести судебную практику, являются письменные доказательства.

Согласно ч. 1 ст. 71 ГПК РФ письменными доказательствами являются содержащие сведения об обстоятельствах, имеющих значение для рассмотрения и разрешения дела, акты, договоры, справки, деловая корреспонденция, иные документы и материалы, выполненные в форме цифровой, графической записи, в том числе полученные посредством факсимильной, электронной или другой связи либо иным позволяющим установить достоверность документа способом.

К письменным доказательствам относятся приговоры и решения суда, иные судебные постановления, протоколы совершения процессуальных действий, протоколы судебных заседаний, приложения к протоколам совершения процессуальных действий (схемы, карты, планы, чертежи).

Казалось бы, данная правовая норма, действительно, позволяет отнести судебную практику к письменным доказательствам.

Однако препятствия для этого создает ч. 2 ст. 71 ГПК РФ, в соответствии с которой письменные доказательства представляются в подлиннике или в форме надлежащим образом заверенной копии.

В отношении представления судебной практики данное требование – о предоставлении письменных доказательств только в подлиннике или в форме надлежащим образом заверенной копии – практически невыполнимо.

Таким образом, уже на основании данной нормы суды обязаны отказывать лицам, участвующим в деле, в приобщении к материалам дела судебной практики, выраженной не в форме подлинников или надлежащим образом заверенных копий.

В связи с этим даже сторонники отнесения судебной практики к средствам доказывания считают её доказательством с рядом оговорок.

Так, В.Б. Юзефович полагает, что «реалии современного российского арбитражного процесса указывают на то, что судебная практика становится одним из средств доказывания. В то же время судебную практику и судебный прецедент следовало бы назвать «квазидоказательством», так как они не являются доказательством в том классическом виде, каким оно должно быть в соответствии с нормами АПК РФ»<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> Юзефович В.Б. Доказательства и доказывание в арбитражном процессе: анализ правоприменительной практики. Выводы судебного юриста. М., 2012. С. 185-186.

Вместе с тем, этому можно противопоставить следующие доводы.

Позиция о том, что доказывание не включает оценку установленных обстоятельств с точки зрения их юридической квалификации, а ограничивается только их фактической сущностью, несомненно, является наиболее распространенной и преобладающей в теории доказывания.

Однако, полагаем, что это не делает её единственно верной и исключительной, поскольку в теории процессуального права вопрос о понятии и содержании доказывания является весьма дискуссионным<sup>31</sup>.

Так, В.А. Новицкий в своей работе «Теория российского процессуального доказывания и правоприменения» отмечает:

«То, что суд должен знать закон – несомненно, но речь не идёт о доказывании существования закона или его отсутствия, вопрос опоры на юридическую квалификацию – вопрос убеждения правоприменителя в необходимости реализации конкретных законодательных норм в данном рассматриваемом этим правоприменителем случае...»

Существенное влияние на проявление... деятельности субъекта доказывания способно оказать и отставивание необходимости применения конкретной правовой нормы в данном случае, то есть перенесение собственного толкования конкретной нормы права субъектом доказывания, относимость её регулирующего (охранительного) действия к данному конкретному случаю и перенесение понимания этой «правильности» в сознание правоприменителя...

Главной апелляцией в споре субъектов выступает обращение к правоприменителю на основании юридической нормы, подходящей, по мнению субъекта доказывания, к регуляции данного случая (либо охране общественных отношений этой юридической нормой)...

Помимо традиционно относимых вопросов факта, на наш взгляд, в предмет доказывания субъекта входят и юридическая классификация наличия и толкования спорного юридического факта (фактов)... Соответственно, проявление доказывания субъекта охватывает не только фактическую основу дела в понимании конкретного субъекта, но и... юридическое обоснование в толкова-

<sup>31</sup> См., например: Ванеева Л.А. Судебное познание в советском гражданском процессе. Владивосток, 1972; Курылёв С.В. Основы теории доказывания в советском правосудии. Минск, 1969; Треушников М.К. Доказательства и доказывание в советском гражданском процессе. М., 1982; Решетникова И.В. Доказательственное право в российском судопроизводстве: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 1997; Юдельсон К.С. Избранное: Советский нотариат. Проблемы доказывания в советском гражданском процессе. М., 2005.

нии данного субъекта. В этом случае на первое место выходят уже не столь доказательства, сколь правовая позиция и механизм её отстаивания...

В качестве юридической основы правовой позиции выступает нормативное обоснование юридически значимых фактов (либо предлагаемая нормативная основа разрешения всего правового спора в целом), излагаемое субъектом процессуального доказывания, носящее название правовой квалификации.

В случае использования субъектом доказывания правовой квалификации нормы законодательства, на которые ссылается субъект доказывания, выступают в качестве юридической трактовки в предмете доказывания»<sup>32</sup>.

В итоге В.А. Новицкий, по нашему мнению, совершенно справедливо резюмирует: «Всё доказывание направлено на применение или отказ от применения (в зависимости от стремления субъекта доказывания) нормы (норм) права. Так почему же мы до сих пор не считаем, что правовая квалификация – это направляющая сила вектора всего доказывания субъекта? Это не общепризнано в науке, но стало аксиомой для юридической практики. Доказывание субъекта наиболее часто включает его отстаивание, через указание на распространение действия конкретной юридической нормы на рассматриваемый случай»<sup>33</sup>.

Относительно невозможности признания судебной практики в качестве доказательств, в частности письменных, в связи с тем, что такие доказательства должны представляться только в подлиннике или в форме надлежащим образом заверенной копии, необходимо иметь в виду следующее.

Первое. На самом деле даже ГПК РФ содержит исключение из этого правила. Так, согласно ч. 6 ст. 251 ГПК РФ к заявлению об оспаривании нормативного правового акта подлежит приобщению копия оспариваемого нормативного правового акта или его части с указанием, каким средством массовой информации и когда опубликован этот акт.

Очевидно, что данная приобщаемая копия нормативного правового акта в подавляющем большинстве случаев не сможет быть надлежащим образом заверена (впрочем, ч. 6 ст. 251 ГПК РФ этого и не требует).

Второе. В отличие от ГПК РФ ч. 2 ст. 64 АПК РФ допускает использование следующих видов доказательств: письменных и вещественных доказательств, объяснений лиц, участвующих в деле, заключений экспертов, консультаций специалистов, показаний свидетелей, аудио- и видеозаписей, иных документов и материалов.

В соответствии с ч. ч. 1 и 2 ст. 89 АПК РФ иные документы и материалы допускаются в качестве доказательств, если содержат сведения об обстоятельствах, имеющих значение для правильного рассмотрения дела.

Иные документы и материалы могут содержать сведения, зафиксированные как в письменной, так и в иной форме. К ним могут относиться материалы фото- и киносъемки, аудио- и видеозаписи и иные носители информации, полученные, истребованные или представленные в порядке, установленном АПК РФ.

При этом, в отношении иных документов и материалов АПК РФ не содержит требований о том, что они, как например письменные доказательства, должны представляться в подлиннике или в форме надлежащим образом заверенной копии.

Полагаем, что указанный опыт правового регулирования возможно внедрить и в гражданском процессе, внося в ГПК РФ соответствующие изменения.

Таким образом, изложенное, по нашему мнению, в настоящее время позволят отнести судебную практику к такому средству доказывания как иные документы и материалы и использовать её в качестве доказательства по делу путем представления её в суд в виде простых копий соответствующих судебных актов с указанием источника их получения либо опубликования или иного размещения.

В то же время, представляется целесообразным, в процессе совершенствования правового регулирования в данной сфере внести в ГПК РФ и АПК РФ соответствующие изменения, придав судебной практике статус самостоятельного средства доказывания, нормативно закрепив её понятие, а также установив специальные требования к порядку её представления, использования и оценки.

<sup>32</sup> Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. Ставрополь, 2002.

<sup>33</sup> Там же.

**Библиография**

1. Агарков М.М. Применение советским судом иностранного закона / Проблемы социалистического права. М., 1938.
2. Амосов С. Предмет доказывания в арбитражном процессе // ХиП. 1997. №9.
3. Ванеева Л.А. Судебное познание в советском гражданском процессе. Владивосток, 1972.
4. Гурвич М.А. Лекции по советскому гражданскому процессу. М., 1950.
5. Иски и судебные решения: Сборник статей / Р.С. Бевзенко, Е.А. Беяневич, И.А. Войтко и др. / Под ред. М.А. Рожковой. М., 2009.
6. Курылёв С.В. Основы теории доказывания в советском правосудии. Минск, 1969.
7. Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судебское право. М., 2008.
8. Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. Ставрополь, 2002.
9. Приходько А.И. Воспрепятствованию разрешению дел в арбитражных судах: актуальные вопросы судебного правоприменения. М., 2008.
10. Решетникова И.В. Доказательственное право в российском судопроизводстве: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 1997.
11. Смирнов А.В., Калиновский К.Б. Уголовный процесс: Учебник для вузов. СПб., 2005.
12. Треушников М.К. Доказательства и доказывание в советском гражданском процессе. М., 1982.
13. Юдельсон К.С. Избранное: Советский нотариат. Проблемы доказывания в советском гражданском процессе. М., 2005.
14. Юзefович В.Б. Доказательства и доказывание в арбитражном процессе: анализ правоприменительной практики. Выводы судебного юриста. М., 2012.

**References (transliteration)**

1. Agarkov M.M. Primenenie sovetским sudom inostrannogo zakona / Problemy sotsialisticheskogo prava. M., 1938.
2. Amosov S. Predmet dokazyvaniya v arbitrazhnom protsesse // KhiP. 1997. №9.
3. Vaneeva L.A. Sudebnoe poznanie v sovetском grazhdanskom protsesse. Vladivostok, 1972.
4. Gurvich M.A. Lektzii po sovetскому grazhdanskomu protsessu. M., 1950.
5. Iski i sudebnye resheniya: Sbornik statey / R.S. Bevzenko, E.A. Belyanevich, I.A. Voytko i dr. / Pod red. M.A. Rozhkovoy. M., 2009.
6. Kurylev S.V. Osnovy teorii dokazyvaniya v sovetском pravosudii. Minsk, 1969.
7. Marchenko M.N. Sudebnoe pravotvorchestvo i sudeyskoe pravo. M., 2008.
8. Novitskiy V.A. Teoriya rossiyskogo protsessual'nogo dokazyvaniya i pravoprimereniya. Stavropol', 2002.
9. Prihod'ko A.I. Vosprepyatstvovaniyu razresheniyu del v arbitrazhnykh sudakh: aktual'nye voprosy sudebnogo pravoprimereniya. M., 2008.
10. Reshetnikova I.V. Dokazatel'stvennoe pravo v rossiyskom sudoproizvodstve: Avtoref. dis. ... d-ra yurid. nauk. Ekaterinburg, 1997.
11. Smirnov A.V., Kalinovskiy K.B. Ugolovnyy protsess: Uchebnik dlya vuzov. SPb., 2005.
12. Treushnikov M.K. Dokazatel'stva i dokazyvanie v sovetском grazhdanskom protsesse. M., 1982.
13. Yudel'son K.S. Izbrannoe: Sovetskiy notariat. Problemy dokazyvaniya v sovetском grazhdanskom protsesse. M., 2005.
14. Yuzefovich V.B. Dokazatel'stva i dokazyvanie v arbitrazhnom protsesse: analiz pravoprimeritel'noy praktiki. Vyvody sudebnogo yurista. M., 2012.