

# Судебное правотворчество: проблемы теории и практики

## Judicial law-making: problems of theory and practice

**Мирошник С.В.**

д-р юрид. наук, доцент, профессор кафедры теории права, государства и судебной власти  
ФГБОУ ВО «РГУП» (г. Москва) e-mail: miroshnik67@mail.ru

**Miroshnik S.V.**

Doctor of Law, Associate Professor, Professor of Department of the Theory of Law, State and  
Judicial Authority, Russian State University of Justice  
e-mail: miroshnik67@mail.ru

### **Аннотация**

Рассмотрены дискуссионные вопросы судебного правотворчества. Цель – доказать, что термин «судебное правотворчество» является некорректным, судебное правотворчество не может рассматриваться в качестве самостоятельного вида правотворчества. Исследование проводилось с точки зрения научно обоснованного интегративного правопонимания, применялись специально-юридический, догматический, сравнительно-правовой методы познания правовой действительности. Это позволило сделать вывод о том, что судебные прецеденты – это судебные решения, вынесенные на основе принципов права – первичных элементов права, фундаментальных средств правового регулирования. Автор проанализирован ряд аргументов сторонников признания судебного правотворчества в Российской Федерации. По его мнению, они неубедительны. Так, в частности, наличие у высших судебных инстанций права законодательной инициативы говорит не о возможности осуществления ими правотворческой деятельности, а о необходимости ведения постоянного конструктивного диалога между всеми ветвями власти, основанного на каналах прямой и обратной связей системы государственного управления. Наделение судов правотворческими полномочиями увеличивает степень правовых рисков. Отправление правосудия, равно как и иная другая юридическая деятельность, немыслима без процесса толкования. Появляющиеся в результате этого судебные прецеденты толкования объективно необходимы – они позволяют обеспечить единообразное применение права. При этом суды не должны выходить за рамки интерпретационной деятельности, корректировать волю субъекта правотворчества, они связаны духом и буквой, прежде всего, принципов права как фундаментальных средств правового регулирования.

**Ключевые слова:** право, принципы права, нормы права, правотворчество, судебный прецедент, судебное правотворчество, судебный прецедент права, судебный прецедент толкования, правовая система.

### **Abstract**

Discussion issues of judicial law-making are considered. The purpose is to prove that the term "judicial law-making" is incorrect, judicial law-making cannot be considered as an independent type of law-making. The study was carried out from the point of view of scientific justified integrative legal understanding. Special legal, dogmatic, comparative legal methods of knowing legal reality were used. This led to the conclusion that judicial precedents are judicial decisions made on the basis of the principles of law - the primary elements of law, the fundamental means of legal regulation. The author analyzed a number of arguments of supporters of recognition of judicial law-making in the Russian Federation. In his opinion, they are unconvincing. In particular, the existence of the right to legislative initiative in the highest courts does not indicate the possibility of

their legal activity, but the need for a constant constructive dialogue between all branches of government, based on direct and feedback channels of the public administration system. The empowerment of courts increases legal risks. The administration of justice, as well as other legal activities, is inconceivable without a process of interpretation. The resulting judicial precedents of interpretation are objectively necessary - they ensure uniform application of law. At the same time, the courts should not go beyond the framework of interpretive activity, adjust the will of the subject of law-making, they are connected by spirit and letter, first of all, the principles of law as fundamental means of legal regulation.

**Keywords:** law, principles of law, rules of law, law-making, judicial precedent, judicial law-making, judicial precedent of law, judicial precedent of interpretation, legal system.

Проблема судебного правотворчества была и остается одной из самых дискуссионных.

Традиционно судебное правотворчество связывается с англо-саксонской правовой семьей, ее наиболее ярким представителем – Великобританией, в которой основной формой выражения права выступает судебный прецедент – «решение суда по конкретному делу, которое служит образцом для принятия в будущем решений по другим делам, возникшим в связи с аналогичными фактическими обстоятельствами» [1].

В отечественной и зарубежной правовой науке сложились разные представления о ее сущности, роли судей. Так, например, Ж.-Л. Бержель пишет, что миссия английского судьи заключается в выявлении норм права, а не в использовании преобразованных принципов права. Последнее свойственно для романо-германского права [2, с. 534-535].

Поляков А.В. и Тимошина Е.В., подчеркивая значение судебного прецедента, отмечают, что «практически никакой статут (закон) не может считаться окончательным руководством к действию до тех пор, пока не сложится судебная практика его толкования и применения» [14, с. 294-295].

Если посмотреть в историческом ракурсе, прецедентное право Англии формировалось под значительным влиянием как общепризнанных обычаев, так и отдельных обычаев разных частей королевств. При этом во внимание принимались только разумные обычаи, которые существовали с незапамятных времен и не противоречили закону [13, с. 162]. Разумные обычаи вырабатывались благодаря разуму человека. Они содержали правила поведения, строящиеся, в свою очередь, на принципах права как его первичных элементов.

С позиции научно обоснованного интегративного правопонимания судебные прецеденты являются результатом интерпретационной деятельности судов.

Рассмотрим известное многим судебное решение лорда Мансфильда. В 1769 г. Джеймс Сомерсет – чернокожий раб – прибыл вместе со своим хозяином в Англию. Через несколько лет, когда встал вопрос о возвращении на родину в Вирджинию, он попытался бежать, но был схвачен. Рабство в Англии тогда признавалось нормальной практикой. Но, поступившая в суд информация о насильственно задерживаемом человеке, требовала проверки законности лишения человека свободы. В вынесенном решении отмечалось, что состояние рабства может юридически существовать только в силу прямого указания закона. Поскольку нет никаких оснований считать, что рабство разрешено или подтверждено законами Англии, Сомерсет свободен [18]. Так, благодаря суду, вынесшему решение, прежде всего, на основе принципов права, была поставлена точка в вопросах рабства.

Английская система толкования права отличается тем, что изначально она строилась на признании принципов первичным элементом права. «Судья при подготовке решения по конкретному делу вправе (и обязан) толковать не только тексты законов и прецедентов, но и осуществлять толкование права, - всей совокупности правовых закономерностей, источников права, порождающих права и обязанности у субъектов оцениваемого (толкуемого) правоотношения» [17, с. 17].

Думается, что именно эта идея была заложена в деклараторной теории Блэкстона, в соответствии с которой судьи не создают новые нормы права, они лишь приоткрывают

завесу права (приоткрыть завесу права можно только путем применения принципов права как «первичных и наиболее простых элементов, из которых образовалось все остальное» [3, с. 22] право).

Разное понимание принципов права обусловило практику прямого или косвенного опровержения судебного прецедента, а также возможность констатации прецедентного права как неизменного – просто заново правильно излагаемого. Это стало одновременно плюсом и минусом прецедентного права, гибкого, с одной стороны, и противоречивого, с другой.

Борьбы статутного и прецедентного права никогда, на наш взгляд, не было. И в Великобритании, и в других странах англо-саксонской правовой семьи всегда нормативные правовые акты, принятые представительными органами власти, имели абсолютный приоритет. Известный постулат английской правовой системы «статут может все» объективно обусловлен абстрактным характером содержащихся в нем принципов и норм права. Выносимые судами прецеденты всегда связаны с конкретными обстоятельствами дела, они применимы лишь в ограниченных случаях (в этом их сила и слабость одновременно). Еще в конце семидесятых годов прошлого века известный английский юрист П. Бромхед, оценивая соотношение статутного и прецедентного права, предложил представить общее право в виде стены, в которую постоянно добавляются кирпичи в виде новых судебных прецедентов и надписи в форме принимаемых парламентом законов. Стена растет, но в основном за счет новых статутов [4, с. 198].

Эволюционное развитие права, отражающее стремительную динамику правоотношений, обусловило все нарастающую тенденцию постепенного сближения «общего права» с романо-германской правовой семьей [5, с. 9], все большему появлению у них общих черт. Вопросы судебного правотворчества в силу ряда, в основном, субъективных причин стали актуальны и для отечественной правовой науки и юридической практики.

Научный мир раскололся на три лагеря: сторонников и противников идеи признания суда субъектом правотворческой деятельности, а также лояльных исследователей, подчеркивающих роль и значение судебной практики в процессе регулирования правоотношений.

Невнимательное отношение к принципам права, неверное определение соотношения принципов и норм права является, на наш взгляд, одной из главных причин научных дискуссий, касающихся судебного правотворчества. Определенную сложность в понимании рассматриваемой темы вносит терминологическая путаница, в частности, разные трактовки понятий «источник и форма права», «судебный прецедент» и «судебная практика».

Многие авторы недостаточно четко определяют методологическую основу своих научных работ, в результате имеет место неоправданное смешение различных типов правопонимания. В ряде случаев сделанные выводы оказываются недостаточно аргументированными. Например, вряд ли можно согласиться с наличием у судов правотворческих функций, закрепленных на конституционном уровне, поскольку Конституционный Суд Российской Федерации, Верховный Суд Российской Федерации согласно ст. 104 Конституции Российской Федерации обладают законодательной инициативой по вопросам их ведения [11, с. 54-58].

Думается, что это не так. Признание высших судебных инстанций субъектами права законодательной инициативы является ярким примером тесного взаимодействия всех ветвей единой государственной власти. Высшие судебные инстанции не «творят» новые нормы права. Использование Конституционным Судом Российской Федерации, Верховным Судом Российской Федерации законодательной инициативы – это канал «обратной связи». У правотворческого субъекта появляется реальная возможность посмотреть на результаты своей правотворческой деятельности, что называется, «со стороны». Юридическая практика (в данном случае правоприменительная деятельность судов) позволяет выявить «мертвые нормы права», установить те правовые конструкции, которые оказались незавершенными, неоднозначно понимаемыми, а потому требующими доработки. Но окончательное решение

в виде принятия новых нормативных правовых актов, внесения изменения в действующие принимают не суды, а исключительно правотворческие субъекты.

Верховный Суд Российской Федерации, Конституционный Суд РФ имеют и другие возможности ведения конструктивного диалога с высшим представительным (законодательным) органом власти Российской Федерации. Например, в соответствии со ст. 264.11 Бюджетного кодекса Российской Федерации на заседании Государственной думы Федерального Собрания Российской Федерации на этапе обсуждения итогов исполнения федерального бюджета за прошедший финансовый год могут выступить Председатель Конституционного Суда Российской Федерации, Председатель Верховного Суда Российской Федерации с докладами, отражающими системное видение причин и условий, способствующих появлению конфликтов в бюджетной сфере, влекущих за собой совершение нарушений бюджетного законодательства [6].

Недостаточно аргументов и для другого вывода сторонников судебного правотворчества, предлагающих рассматривать судебные акты в качестве особой разновидности нормативных правовых актов [15, с. 206-212; 16, с. 60-67].

Никто не отрицает того момента, что нормативные правовые акты и судебные акты как акты применения права имеют схожие черты. Они принимаются уполномоченными субъектами в пределах их компетенции, имеют письменную форму выражения, обеспечиваются государством. Но суды не могут вырабатывать нормы права. В отношении судебных актов не действуют правила официального опубликования. Исключение составляют только решения Конституционного Суда Российской Федерации. В.В. Гребенников справедливо подчеркивает, что судебное решение может быть обжаловано, его действие касается определенного круга лиц, оно не может применяться по аналогии с другими судами в силу отсутствия системы прецедентного права в России. Норма права «проявляется» в судебном решении, «что приводит к необходимости перманентного признания обязательности судебного решения и его приравнивания к императивной норме права» [9, с. 5-6], но отнюдь не дает оснований для отождествления судебного решения и нормы права.

Совершенствование механизма судопроизводства не должно и не может идти по пути уравнивания компетенции «законодательных, исполнительных и судебных органов в области правотворчества» [7, с. 58-61]. Такое движение нарушит баланс распределения функций государственной власти, специализацию ветвей власти, создаст непреодолимые сложности осуществления конституционного контроля. К сожалению, правотворческий процесс не всегда оказывается эффективным. Сегодня ни одно государство не может констатировать наличие у себя идеального права. Утопией представляются суждения о возможности судов заниматься одновременно и отправлением правосудия, и фактически попутно правотворческой деятельностью. Высокий профессионализм судей не спасает от судебных ошибок.

Сторонники прецедентной практики в качестве одного из аргументов в пользу судебного правотворчества приводят практику вынесения судебных решений на основании аналогии закона или аналогии права.

Аналогия закона предполагает для определения объема прав и обязанностей субъектов использование норм права, регулирующих смежные правоотношения. В случае невозможности применения аналогии закона суды разрешают спор по аналогии права, неоднозначно понимаемой в теории права. Ряд исследователей, опираясь на весьма туманную позицию законодателя, рассматривают аналогию права как руководство общими началами и смыслом, например, гражданского законодательства. Такой подход создает ситуацию еще большей правовой неопределенности.

С точки зрения научно обоснованного интегративного правопонимания право есть система принципов и норм, содержащихся как в национальных, так и в международных формах права [10, с. 6-7]. В случае отсутствия необходимой нормы права в том или ином нормативном правовом акте суд, равно как и другой правоприменитель, должен

проанализировать возможности использования положений, содержащихся в нормативных договорах, обычаях российского и международного права. Только убедившись, что нет прямой нормы права применительно ко всем формам выражения права, можно переходить к следующему этапу – поиску общеобязательного формально определенного правила поведения, регулирующего сходные правоотношения. Если и эта деятельность не приносит результата, наступает время для следующего этапа – аналогии права – использования принципов права как фундаментальных средств регулирования правоотношений для регулирования конкретных правоотношений. Именно принципы права как наиболее абстрактные положения, выработанные и проверенные многовековой юридической практикой, выступают исходной материей права, определяющей содержание норм права, препятствующей произволу в правотворческой и правоприменительной деятельности.

Преодолевая пробел, имеющийся в том или ином нормативном правовом акте, суд не создает и не может создавать никакие нормы права. Он руководствуется принципами права.

В правовой науке нет единства в отношении так называемого «исправляющего судебного правотворчества». Действительно, на первый взгляд кажется, что суд, принимая решение о признании нормативного правового акта полностью или частично недействующим, создает норму права. На самом деле, нужно еще раз внимательно проанализировать данную ситуацию. Суд признает нормативный акт полностью или частично недействительным, потому что содержащиеся в нем правила противоречат принципам и нормам права, обладающим большей юридической силой. «Исправляющее судебное правотворчество» есть не что иное, как процесс устранения правовой коллизии, возникшей между принципами и нормами права разной юридической силы.

Интересную позицию высказал В.Д. Зорькин. По его мнению, конституционные суды чаще всего блокируют не саму норму права, а ее выявленный неконституционный смысл, придаваемый правоприменителем. Уяснение и разъяснение нормы права, данное субъектом правоприменения (в том числе, и судами различных инстанций), оказывается несоответствующим воле субъекта правотворчества в силу нарушений правил толкования (игнорирования, например, системного способа толкования). Конституционное судопроизводство корректирует правоприменение [12].

Многие дискуссионные моменты порождаются неоднозначной трактовкой категории «толкование права». Отправление правосудия немыслимо без толкования – процесса уяснения и разъяснения смысла и содержания принципов и норм права. Толкование является важнейшим этапом регулирования правоотношений, предшествующим непосредственно реализации права. Оно объективно необходимо в силу определенной абстрактности норм права, возможности разного прочтения принципов и норм права субъектами правоприменения.

В процессе отправления правосудия суд любой инстанции дает казуальное толкование принципов и норм права с учетом всех обстоятельств дела. К компетенции высших судебных инстанций отнесено нормативное толкование, имеющее форму актов Конституционного Суда РФ и руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда РФ. Высший судебный орган конституционного контроля в Российской Федерации проверяет конституционность нормативных правовых актов, соответствие проектов законов положениям Конституции Российской Федерации, раскрывая смысл и содержание общих и специальных принципов и норм права. Верховный Суд Российской Федерации, обобщая материалы судебных дел, дает разъяснения по вопросам судебной практики.

Высшие судебные инстанции, раскрывая смысл абстрактных принципов и норм права, разъясняя содержание текстов нормативных правовых актов, нормативных договоров, создают прецеденты толкования, обязательные для всех нижестоящих судов в силу требований закона. Достаточно вспомнить ст. 304 АПК РФ, 391.9 ГПК РФ (одно из оснований для отмены или изменения судебных постановлений в порядке надзора – нарушение единообразия в применении и (или) толковании судами норм права)). Вынося решение, суд должен учитывать нормативное толкование принципов и норм, данное

высшими судебными инстанциями, чтобы его решение в дальнейшем не было отменено как противоречащее единообразному толкованию и применению. Судебная иерархия исключает возможность игнорирования прецедентов толкования. Их обязательность не меняет их правовую природу. В прецедентах толкования наиболее полно, точно отражается смысл действующих принципов и норм права. Они не могут стать правом [8, с. 3-7], поскольку являются результатом правоприменительной деятельности суда.

Однако, все оказывается не так просто, как кажется на первый взгляд. И.Ю. Богдановская обратила внимание, что «применение судами "прогрессивного толкования", допускающего расширительное толкование статутов, ведет к расхождению между содержанием статутов и прецедентами толкования» [5, с. 9-10]. Данный вывод, сделанный применительно к общему праву, оказывается значимым и для стран романо-германской правовой семьи.

Актуальным становится вопрос, касающийся разграничения правотворчества и толкования, а точнее, выработки таких правовых гарантий, при наличии которых судебное толкование не выйдет за установленные рамки, не превратится в деятельность, корректирующую волю субъекта правотворчества.

Суды изначально, в силу действия принципа разделения властей, призваны осуществлять отправление правосудия. Расширение их компетенции может иметь негативные последствия не только в аспекте нарушения системы «сдержек и противовесов». Каждая ветвь единой государственной власти специализируется на выполнении определенной функции. Именно специализация является важнейшей предпосылкой эффективного достижения поставленных целей и задач. Наделение судов правотворческими полномочиями может привести к снижению качества отправления правосудия, появлению в силу отсутствия у них необходимого опыта некачественных норм права.

Как показывает жизнь, правотворческие органы действительно в ряде случаев консервативны, законодатель не успевает за бурным развитием правоотношений. Но это является аргументом для расширения круга субъектов правотворчества.

Признание актов даже высших судебных инстанций формами выражения российского права не только не соответствует отечественным правовым традициям, но и создает реальные риски произвола. Судейское маневрирование должно быть ограничено рамками, установленными принципами и нормами права. Суд не должен выходить за рамки своей компетенции, пытаясь творчески найти новые формулировки в процессе интерпретации права. При этом нужно учитывать, что судья – это не обычный, а системообразующий правоприменитель. Все остальные субъекты правоприменения, равно как и иные участники правоотношений, не просто внимательно следят за судебным толкованием, а следуют ему, строят свое поведение, определяют объем прав и обязанностей, исходя из уяснения и разъяснения, данных судом.

**Выводы:** термин «судебное правотворчество» является теоретически дискуссионным. Он не отражает объективные признаки, характеризующие его природу, поэтому с этих позиций представляется контрпродуктивным. Суды не обладают правотворческими полномочиями, являясь субъектами правоприменения. Толкование как необходимый этап, предшествующий процессу реализации права, выступает в качестве объективной основы появления судебных прецедентов толкования, позволяющих обеспечить единообразное толкование и применение принципов и норм права. При этом органы судебной власти не должны создавать новых общеобязательных формально-определенных правил поведения. Они связаны буквой и духом принципов права как фундаментальных средств правового регулирования.

## Литература

1. Большой юридический словарь// <https://gufo.me/dict/law/%D1%81%D1%83%D0%B4%D0%B5%D0%B1%D0%BD%D1%8B%D>

- 0%B9\_%D0%BF%D1%80%D0%B5%D1%86%D0%B5%D0%B4%D0%B5%D0%BD%D1%82.  
Дата обращения 15.01.2021.
2. *Бержель Ж.-Л.* Общая теория права [Текст]/ Под общ. ред. В.И. Даниленко / Пер. с фр. – Москва: Издательский дом NOTA BENE, 2000. – 576 с.
  3. *Бэкон Ф.* О принципах и началах. [Текст] Перевод с латинского А.Н. Гутермана. – Москва: Соцэкгиз, 1937. – 82 с.
  4. *Бромхед П.* Эволюция Британской Конституции [Текст]. – Москва: Юрид. лит., 1978. – 336 с.
  5. *Богдановская И.Ю.* Источники права на современном этапе развития «общего права»: [Текст]: автореф. дис. докт. юрид. наук/ И.Ю. Богдановская. – Москва, 2007. – 48 с.
  6. Бюджетный кодекс Российской Федерации от 31.07.1998 № 145-ФЗ//СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3823.
  7. *Воронцова И.В.* Судебное правотворчество как замкнутый круг (на примере Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17.11.2015 № 50 «О применении судами законодательства при рассмотрении некоторых вопросов, возникающих в ходе исполнительного производства») // Современное право. – 2018. – № 3. – С. 58–61.
  8. *Гребнев Р.Д.* К вопросу о судебном правотворчестве в контексте судоустройства Российской Федерации // Арбитражный и гражданский процесс. – 2019. – № 4. – С. 3–7.
  9. *Гребенников В.В.* Правозащитная функция суда и судебное правотворчество в России// Государство и право. – 2017. – № 8. – С. 5–11.
  10. *Ершов В.В., Ершова Е.А.* Специальные принципы российского трудового права// Российское правосудие. – 2019. – № 3. – С. 5-13.
  11. *Желдыбина Т.А.* Оптимизация правотворческой деятельности под влиянием судебного правотворчества // Российский судья. – 2016. – № 4. – С. 54–58.
  12. *Зорькин, В.Д.* Конституционный Суд России: доктрина и практика : монография / В. Д. Зорькин. – Москва: Норма, 2019. – 592 с. - ISBN 978-5-91768-801-5. - Текст: электронный. - URL: <https://znanium.com/catalog/product/1020329> (дата обращения: 14.01.2021).
  13. Кросс Руперт. Прецедент в английском праве: [Пер. с англ.] [Текст]/ Под общ. ред. Ф.М. Решетникова; [Предисл. Ф.М. Решетникова, Т.В. Апаровой]. – Москва: Юрид. лит., 1985. – 238 с.
  14. *Поляков, А.В.* Общая теория права: учебник [Текст]/ А. В. Поляков, Е. В. Тимошина, - 2-е изд. – Санкт-Петербург: СПбГУ, 2015. – 472 с.: ISBN 978-5-288-05581-1. - Текст: электронный. - URL: <https://znanium.com/catalog/product/941503> (дата обращения: 20.11.2020). – Режим доступа: по подписке.
  15. *Романова Г.В.* Акты конституционного судопроизводства: понятие, значение и реализация в жизнедеятельности современного общества [Текст]// Актуальные проблемы теории и практики конституционного судопроизводства (вып. XIII): Сборник научных трудов. – Казань: ООО «Офсет-сервис». – 2018. – С. 206–212.
  16. *Самсонов Н.В.* Акты высших судебных органов в механизме правового регулирования гражданских процессуальных правоотношений [Текст]// Механизм правового регулирования: история и современность. V Алексеевские чтения: сб. науч. статей. Часть 2 / отв. ред. В.Д. Перевалов. Екатеринбург: ФГБОУ ВО «Уральский государственный юридический университет», 2019. – С. 60–67.
  17. *Тонков Е.Н.* Толкование права в Англии [Текст] / Е.Н. Тонков – «Алетейя», 2013 – (Рах Britannica). – 193 с.
  18. *Ханов А.В.* Источники английского общего права: судебные прецеденты // Российская юстиция. – 2006. – № 3. – С. 63-67.