МЕХАНИЗМ СУДЕБНОГО ПРАВОТВОРЧЕСТВА: ПОНЯТИЕ И ОСОБЕННОСТИ

ПЕТРОВА Екатерина Алексеевна, доцент кафедры теории и истории государства и права Ивановского государственного университета, кандидат юридических наук, доцент

153025, Ивановская область, г. Иваново, ул. Ермака, 39

E-mail: kate_petrova78@mail.ru

В статье излагается авторский подход к пониманию и структуре механизма правотворчества в целом и судебного правотворчества, в частности. Обращается внимание на необходимость разграничения таких понятий, как правотворчество, правообразование, нормотворчество. Автор исходит из понимания правотворчества как завершающей стадии процесса правообразования, на которой происходит не только формулирование нормы права, но и придание ей соответствующей юридической формы. Обосновывается возможность трактовки механизма правотворчества в статике и в динамике. В статике механизм правотворчества охватывает совокупность институционального, инструментального, содержательного и формального элементов, обеспечивающих создание права; в динамике — отражает последовательность стадий правотворческой деятельности: выработку самого правила поведения и придание ему юридической формы в соответствующем источнике права. Сделан вывод, что механизм судебного правотворчества может быть определен как система взаимосвязанных элементов (статический аспект) и последовательных стадий (динамический аспект), обеспечивающих создание и объективацию общеобязательного правила поведения в форме судебного прецедента в процессе судебной деятельности. Указанный подход иллюстрируется на примере особенностей механизма судебного правотворчества в правовой системе США.

Ключевые слова: правотворчество, механизм правотворчества, судебное правотворчество, правовая система США, судебный прецедент, правило прецедента.

JUDICIAL LAWMAKING MECHANISM: DEFINITION AND PECULIARITIES

E. A. PETROVA, associate professor of the Ivanovo State University, candidate of legal sciences, associate professor
39, Yermak st., Ivanovo, Russia, 153025

E-mail: kate_petrova78@mail.ru

The article presents the author's approach to the definition and structure of lawmaking mechanism in general and of judicial lawmaking mechanism in particular. The author underlines the necessity of differentiation between such processes as lawmaking, law creation and rulemaking. The author interprets lawmaking process as the final stage of the law creation, in which rules of law are formulated in appropriate legal forms. The author explains the possibility of understanding the lawmaking mechanism in statics and in dynamics. Static aspect of lawmaking mechanism includes a set of elements for the law creation — institutional, instrumental, conceptual and formal elements. Dynamic aspect reflects the sequence of stages of legislative activity: formulation of the rules and giving them appropriate legal form in the sources of law. The author concludes that the judicial lawmaking mechanism can be defined as a system of interconnected elements (static aspect) and successive stages (dynamic aspect), providing the formulation and objectification of generally binding rules in the form of precedent in judicial activity. The author illustrates her approach on the example of the peculiarities of the judicial lawmaking mechanism in the United States legal system.

Keywords: lawmaking, lawmaking mechanism, judicial lawmaking, the United States legal system, precedent, stare decisis rule.

DOI: 10.12737/20571

Правотворчество в самом общем виде может быть определено как деятельность по созданию («творению») права. Однако кажущаяся простота его толкования в действительности порождает ряд вопросов: кто создает право, как и из чего и что вообще имеется в виду под «правом». Очевидно, что представители различных типов правопонимания ответят на них по-разному. Так, для сторонников естественно-правовой юриспруденции в основе права будут лежать высшие идеи справедливости, разумности и гуманизма, а природа естественных прав — вытекать из самой природы человека или высшего божественного начала. Приверженцы социологического подхода обратят внимание на «живое» право, складывающееся в недрах самого общества в виде системы соответствующ-

щих отношений, и противопоставят его праву «мертвому», записанному в нормативных источниках. Позитивисты в духе этатистского подхода свяжут создание норм права с волей государства как главного и единственного правотворца-законодателя. Проблему интерпретации юридической категории «правотворчество» осложняет и использование близких по содержанию понятий, таких как правообразование, нормотворчество, законодательство и т. п. Не вдаваясь глубоко в дискуссию, выскажем свою позицию в отношении понимания правотворчества.

В учебной литературе, как правило, встречается позитивистский подход к пониманию правотворчества. Например, указывается, что правотворчество представляет собой *особую форму государственной*

деятельности по созданию, изменению и отмене правовых норм, основанную на познании объективных социальных потребностей и интересов общества¹. Соглашаясь в целом с данным определением, подчеркнем, что в нем отражен лишь первый этап правотворческого процесса: выработка самого правила поведения, каковым выступает норма права. Однако этому правилу необходимо придать соответствующую юридическую форму, обьективировать вовне, чтобы наделить его регулирующей способностью и обязательной силой. Поэтому мы разделяем позицию тех исследователей, которые отмечают, что именно формализация норм права составляет суть правотворческой деятельности, что в результате этой деятельности право приобретает «качество общеобязательного формально-определенного юридического образования»², и, соответственно, «результатом правотворчества выступает не норма права как таковая, а форма права, придающая норме обьективированный характер»³. Такой подход позволяет разграничить понятия «правотворчество» и «правообразование», определив первое как завершающую стадию второго.

Например, В. К. Бабаев отмечает, что правотворчество — составная часть более широкого процесса — правообразования. Правообразование — это относительно длительный по времени процесс формирования юридической нормы. Он начинается с анализа социальной ситуации, осознания необходимости ее правового урегулирования, общего представления о юридическом предписании, которое следует издать, и заканчивается разработкой и принятием юридической нормы. Последний этап правообразования и есть правотворчество⁴. А. П. Мазуренко пишет, что под правотворчеством следует понимать «завершающий этап правообразования, состоящий в деятельности управомоченных субъектов по созданию, изменению или отмене правовых норм в целях урегулирования общественных отношений и совершенствования наличной системы права»⁵. В. В. Трофимов также разграничивает указанные понятия: «Правообразование — это осуществляющийся под воздействием разнообразных факторов общественного развития, получающих свое преломление в юридически значимых социальных интересах и последующее от-

ражение в правовых идеях, двуединый процесс спонтанного (общесоциального) и планомерно-рационального (правотворческого) формирования системы правовых норм, обеспечивающих упорядоченность общественных отношений»⁶. При этом ученый подчеркивает, что в современном мире планомерно-рациональное правообразование, осуществляемое в форме правотворчества, является преобладающим, особенно в странах так называемой западной традиции права⁷. Здесь, на наш взгляд, важным является указание на определенную стихийность, обусловленную действием разнообразных субъективных и объективных факторов правообразовательного процесса, и «планомерность», упорядоченность процесса правотворческого.

На это же обращает внимание С. Г. Дробязко, подчеркивая, что в правообразовании участвуют многие силы: естественные и социальные, объективные и субъективные, постоянные и временные, устойчивые и неустойчивые, важные и неважные, благоприятные и неблагоприятные. При этом наиболее ощутимыми в обществе факторами, предопределяющими образование правовых новаций, по его мнению, являются закономерности природы, географические условия, в которых находится население, а также условия экономические, технические, демографические, нравственные, религиозные, культурные, политические, юридические⁸. Действием данных факторов, на наш взгляд, и объясняется все то многообразие результатов правотворчества, которое мы наблюдаем в различных правовых системах современности. Так, именно под воздействием географических, исторических, культурных, экономических и политических факторов в американской правовой системе утвердились и сосуществуют два источника права, характерных для разных правовых семей, — судебный прецедент (как наследие английских переселенцев) и статутное право во главе с Конституцией (как проявление собственной правовой идентичности после завоевания независимости США). В отношении же правотворчества ученый справедливо отмечает: «Правотворчество в сравнении с правообразованием являет собой более значимый, поистине творческий, организационно юридически упорядоченный процесс. Ему свойственно глубокое теоретическое и практическое познание макро- и микроуровневой правовой ситуации как в отдельных отраслях и сферах правового регулирования, так и

¹ См.: Теория государства и права / под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. М., 2001. С. 415.

² Сапун В. А. Механизм правообразования и правотворчества: проблемы соотношения и демократизации // Юридическая техника. 2014. № 8. С. 383.

³ Воробьева Ю. В. К вопросу о понятии и видах правотворчества // Правовая политика и правовая жизнь. 2014. № 2. С. 61.

⁴ См.: Теория государства и права / под ред. В. К. Бабаева. М., 1999. С. 320.

⁵ Мазуренко А. П. Правотворческая политика как фактор модернизации правотворчества в России: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 2011. С. 11.

⁶ Трофимов В. В. Правообразование в современном обществе: теоретико-методологический аспект: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2011. С. 10.

⁷ См.: Придворнов Н. А., Трофимов В. В. Правообразование и правообразующие факторы в праве. М., 2012. С. 58—61.

⁸ См.: Дробязко С. Г. Правообразование, правотворчество, правоустановление, их субъекты и принципы // Право и демократия: сб. науч. трудов. Минск, 2003. Вып. 14. С. 17—18.

в движении правовой системы в целом, ведущее к подготовке кодификации, консолидации и высшей формы систематизации — свода законов»⁹. Таким образом, имея целью упорядочение общественных отношений, процесс правотворчества и сам осуществляется в определенном порядке, соблюдение которого необходимо для получения качественного результата.

В литературе используются и другие термины для характеристики процесса образования права. Например, А. С. Пиголкин пишет о «формировании права» и отмечает, что основными факторами, определяющими формирование права, являются материальные условия жизни общества (экономические факторы); политическая обстановка в стране, характер взаимодействия различных слоев общества, уровень активности политических партий и т. п. (политические факторы); степень заботы государства о личности, ее интересах и потребностях, об охране и обеспечении ее прав и свобод (социальные факторы); формы сотрудничества между нациями и народностями и другие национальные факторы; идеологическая база права, правосознание граждан и т. п. (идеологические факторы) и др.¹⁰ Другие исследователи предлагают термин «правоустановление». Т. В. Касаева указывает, что обоснованным представляется теоретическое построение, согласно которому правотворчество является составной частью правообразования, а правоустановление, в свою очередь, выступает частью правотворчества и представляет собой процесс принятия нормативного правового акта¹¹. Но в таком контексте правоустановление фактически тождественно законотворчеству в широком смысле слова как деятельности по принятию, изменению и отмене нормативных правовых актов. С точки зрения В. С. Нерсесянца, «правоустановление — это форма (и направление) государственной деятельности, связанная с официальным выражением и закреплении норм права, которые составляют нормативно-правовое содержание всех действующих источников позитивного права»¹². Не вдаваясь в дискуссию по поводу указанных терминов, отметим лишь, что богатство русского языка, несомненно, дает возможность употребления многочисленных синонимов и наполнения их неким новым содержанием, но их чрезмерное использование, на наш взгляд, лишь запутывает и без того непростую проблему определения процесса создания права и чаще всего имеет лишь доктринальное значение.

⁹ Дробязко С. Г. Указ. соч. С. 20—21.

¹⁰ См.: Проблемы общей теории права и государства / под ред. В. С. Нерсесянца. М., 2012. С. 309—310.

¹¹ См.: Касаева Т. В. Правотворчество и правообразование // Правовая политика и правовая жизнь. 2009. № 2. С. 208.

¹² Нерсесянц В. С. Общая теория права и государства. М., 1999. С. 415.

Учитывая изложенные позиции и придерживаясь позитивистского подхода к пониманию права, мы считаем более точным определение правотворчества как деятельности по созданию формально-юридических источников права, осуществляемой от имени государства компетентными правотворческими субъектами и обеспечиваемой системой государственных гарантий и санкций¹³, которая завершает процесс образования права.

Наличие определенных субъектов правотворчества и соответствующего порядка их деятельности по созданию источников права позволяет, на наш взгляд, говорить о *механизме* правотворчества как особой теоретико-правовой конструкции. Так, С. В. Синюков, подчеркивая, что механизм правотворчества является центральным институтом процесса правообразования в современных обществах, определяет данный механизм как «научно-практическую категорию, которая отражает комплексное, системное видение институтов правообразования (частично право-реализации) и включает в себя социально-правовые инструменты и средства, нацеленные на формирование правовой нормативной системы регулирования общественных отношений»¹⁴. При этом в качестве структурных элементов правотворческого механизма указываются следующие: 1) принципы правотворческой политики; 2) правотворческий процесс и правотворческие процедуры; 3) субъекты правотворчества; 4) развитие правотворческой инициативы; 5) социальные источники формирования правотворческого решения; 6) прогнозирование и мониторинг реализации нормативной системы, экспертиза нормативных правовых актов и судебных решений; 7) правотворческие акты; 8) судебная практика как элемент правотворчества; 9) правотворческое правосознание; 10) глобальные и региональные координационные связи правотворчества¹⁵.

Подобный подход к механизму правотворчества возможен, но, очевидно, отражает широкий взгляд на правотворчество¹⁶, так как включает в себя разнообразные, в том числе не собственно правовые, элементы правообразования и даже элементы правореализации. Последнее, по нашему мнению, весьма спорно, поскольку реализовывать что-либо, включая право,

¹³ См.: Теория государства и права / под ред. Р. А. Ромашова. СПб., 2005. С. 231.

¹⁴ Синюков С. В. Механизм правотворчества: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2013. С. 8.

¹⁵ Там же. С. 16.

¹⁶ Так, по мнению С. В. Синюкова, правотворчество как «многоаспектный институт современного правового регулирования имеет сложную разнородную организацию, включающую элементы правообразования, нормообразования, законотворчества, правореализации, правосознания, анализ которых в данном контексте предполагает применение системного подхода» (Синюков С. В. Указ. соч. С. 7).

можно лишь после того, как оно создано (сотворено). Мы, как было сказано выше, придерживаемся более узкого понимания правотворчества и считаем, что необходимо разграничивать механизм правообразования и механизм правотворчества, поскольку первый «в большей степени обеспечивается общесоциальным механизмом формирования права»¹⁷, а второй охватывает собственно правовые средства и явления.

Механизм может трактоваться в статическом и динамическом аспектах. В толковом словаре С. И. Ожегова механизм понимается как: 1) внутреннее *устройство* (система звеньев) машины, прибора, аппарата, приводящее их в действие; 2) система, устройство, определяющее *порядок* какого-либо вида деятельности; *последовательность* состояний, процессов, определяющих собою какое-либо действие, явление¹⁸. Первое значение отражает статику, а второе — динамику. Соответственно в статике механизм правотворчества охватывает совокупность элементов, обеспечивающих создание права, к которым можно отнести:

- 1) субъектов правотворчества (институциональный элемент);
- 2) способы, приемы правотворческой техники (инструментальный элемент);
- 3) сами правила поведения (содержательный элемент);
- 4) формы (источники) права (формальный элемент).

Сущностные характеристики указанных элементов будут зависеть от вида правотворческой деятельности. Так, в качестве субъектов правотворчества могут выступать народ, государственные органы, уполномоченные лица и организации, государство в целом и т. д. Способы, приемы правотворческой деятельности предопределяются спецификой создаваемого источника права. Например, можно выделять технику законодательства, технику корпоративного правотворчества, технику договорного правотворчества, технику судебного правотворчества и др. Что касается содержательного элемента, то в принципе он для всех видов правотворчества одинаков — это сами нормы права, однако структурное строение этих норм также может быть различным («классическая» трехзвенная структура (гипотеза — диспозиция — санкция), двухзвенная структура (гипотеза — диспозиция, диспозиция — санкция) и т. д.). К формальному элементу будут относиться соответствующие формы права, наиболее распространенными из которых выступают нормативный правовой акт, нормативный договор, юридический прецедент и правовой обычай.

Механизм правотворчества в динамике отражает последовательность стадий правотворческой деятельности, которая обуславливается конкретным видом правотворчества, но в самом общем виде включает:

- 1) выработку самого правила поведения;
- 2) придание правилу юридической формы в соответствующем источнике права.

После прохождения первой стадии мы получаем норму — правило поведения общего характера, но только после прохождения второй стадии эта норма становится правовой, т. е. приобретает общеобязательную силу. В реальности эти две стадии могут осуществляться одновременно, а могут быть и разделены во времени. Соответственно, представляется необходимым отграничивать правотворчество от нормотворчества, так как последнее охватывает деятельность по созданию любых, не только правовых норм, а в рассматриваемом нами контексте выступает первой стадией механизма правотворчества. При этом с практической точки зрения динамический аспект механизма правотворчества, на наш взгляд, наиболее важен — именно он показывает, *как творится* право.

Проиллюстрируем обозначенный подход на примере судебного правотворчества, так как в нем указанные стадии и элементы весьма специфичны и не столь очевидны, как, допустим, в законодательстве, механизм которого достаточно легко охарактеризовать на примере стадий законодательного процесса.

Судебное правотворчество как деятельность по созданию норм права через систему судебных прецедентов (образующих формальный элемент механизма судебного правотворчества) получило распространение в странах общего права (Великобритании, США и др.). В учебной литературе по общей теории права судебный прецедент традиционно определяется как *решение* по конкретному делу, которое впоследствии принимается за общее обязательное правило при разрешении всех аналогичных дел¹⁹. В работах по сравнительному правоведению уточняется, что это *решения высших судов*, имеющие обязательную силу для них самих и нижестоящих судов²⁰. В действительности же решение суда, пусть даже английского или американского, и судебный прецедент как результат судебного правотворчества не есть тождественные понятия. Не случайно судебные прецеденты, как и правовые обычаи, относят к *неписаным формам* права. Исследователи подчеркивают: неписанный характер прецедентного права заключается в том, что его нормы, как правило, лишь подразумеваются в судебных решениях, а не изложены в них прямо²¹. Само решение не будет судебным прецедентом как таковым, но оно может носить прецедентный характер, если содержит в себе судебный прецедент (в отличие от

¹⁹ См., например: Теория государства и права / под ред. В. К. Бабаева. С. 271.

²⁰ См.: Правовые системы стран мира: энциклопедический справочник / отв. ред. А. Я. Сухарев. М., 2001. С. 107.

²¹ См.: Burnham W. Introduction to the Law and Legal System of the United States. St. Paul, 2011. P. 38.

¹⁷ Санун В. А. Указ. соч. С. 384.

¹⁸ См.: Ожегов С. И. Словарь русского языка. М., 1991. С. 352—353.

решений, не обладающих этим качеством)²². Таким образом, судебные решения, будучи по своей природе актами применения права, выступают своеобразным «сырьем», правовым материалом для создания прецедентных норм. Отсюда и специфика механизма судебного правотворчества.

Главным этапом в механизме судебного правотворчества является выведение из судебного решения (а чаще из серии однотипных судебных решений — судебных доктрин) собственно прецедентной нормы, т. е. обязательного правила. Рассмотрим это на примере американской правовой системы, унаследовавшей традиции общего права Англии — родины прецедентного права.

Согласно традиционным принципам «казуально-го» права обязательным прецедентом признается не все судебное решение, а лишь его *юридическая мотивировка*, изложенная в мнении суда (*opinion of the court*), если позиции всех судей совпадают, или в мнении большинства, которое приобретает силу судебного решения. Не являются обязательными для нижестоящих судов юридические мотивы, изложенные судьями в особых мнениях, а также мнения судей, разделившихся при голосовании поровну, поскольку, как указал Верховный суд США, в таком случае отсутствует решение, имеющее силу прецедента²³. Однако на практике аргументы и юридические конструкции, включенные судьями в особые мнения, нередко используются затем в решениях судов штатов или низших федеральных судов, но не в качестве прецедента, а в виде лишь одного из принятых во внимание соображений — в качестве так называемого «убеждающего авторитета» (*persuasive authority*). Как отмечает О. А. Жидков, нередко в связи с изменившейся обстановкой, а еще чаще — с изменениями в самом составе суда трансформируются и решения суда, причем юридические доводы, которые ранее были высказаны в особых мнениях судей, включаются в официальную позицию большинства и приобретают тем самым силу прецедента²⁴.

Однако и мотивировочная часть решения не в полном своем объеме составляет обязательный для руководства в низших судах прецедент. Нормативный характер приобретают лишь те элементы мнения суда, которые выступают в качестве *непосредственного обоснования его решения по делу* (*ratio decidendi*, или, как его называют в американской литературе, — *holding*), тогда как часто включаемые судьями в текст мнения, побочные рассуждения, отступления, замечания, прямо не относящиеся к делу, —

«попутно сказанное» (*obiter dictum*), — не рассматриваются как имеющие обязательную властную силу²⁵. *Obiter dictum* имеет лишь убедительную силу, показывая позицию суда по различным вопросам. Хотя, например, в истории Верховного суда США встречались случаи, когда юридические мотивы, высказанные «попутно», оказывали влияние на последующую судебную практику, использовались для обоснования новых судебных решений и приобретали тем самым силу обязательного прецедента. В этом контексте представляется заслуживающим внимания утверждение, что судебный прецедент есть «правовое обоснование (нормативное содержание) официально опубликованного решения высшего судебного органа, выведенное в процессе разрешения конкретного юридического дела или серии сходных дел, включающее элементы обязательно-нормативного (*ratio decidendi*) и убедительного значения (*obiter dictum*), являющихся образцом (правовой основой) разрешения аналогичных дел в будущем для судов той же или низшей инстанции»²⁶.

Таким образом, важнейшей стадией механизма судебного правотворчества выступает установление *ratio decidendi*, которое и будет относиться к содержательному элементу механизма судебного правотворчества. Как отмечает Р. Кросс, дать четкую дефиницию *ratio decidendi* невозможно, и в самом общем виде оно означает «любую норму права, прямо или косвенно трактуемую судьей в качестве необходимого шага в достижении решения, включая ход его рассуждений или обязательную часть его указания присяжным»²⁷. В самом решении прямо не указывается, что составляет *ratio*, поэтому были выработаны, в частности английской правовой доктриной, особые методы его выделения²⁸. Именно они могут быть отнесены к инструментальному элементу механизма судебного правотворчества.

Правда, некоторые американские юристы (так называемые реалисты) вообще считают, что любые попытки проведения различия между *ratio decidendi* и *obiter dictum* полностью бесплодны и заранее обречены на провал, и руководствуются девизом «не обращать особого внимания на то, что судьи говорят, а учитывать лишь то, что они делают»²⁹. Тем не менее, как отмечается в современной правовой литературе США, судьи при решении дел, основанных

²⁵ См.: *Cohen M. L., Berring R. C., Olson K. C.* How to Find the Law. St. Paul, 2000. P. 15—16.

²⁶ *Чердниченко С. П.* Указ. соч. С. 7.

²⁷ *Кросс Р.* Прецедент в английском праве. М., 1985. С. 88.

²⁸ См.: *Оглезнев В. В.* Проблемы интерпретации *ratio decidendi* в аналитической философии права // *Философия права*. 2011. № 5. С. 4.

²⁹ Цит. по: *Марченко М. Н.* Основные источники англосаксонского права: понятие, прецедент // *Вестник Моск. ун-та. Сер. 11. Право*. 1999. № 4. С. 39.

²² См.: *Чердниченко С. П.* Судебное правотворчество: сравнительно-правовое исследование: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 12.

²³ *United States v. Pink*. 315 U. S. 203 (1942).

²⁴ См.: *Жидков О. А.* Верховный суд США: право и политика. М., 1985. С. 104.

на общем праве, и установлении holding обычно используют два метода: дедуктивный и метод аналогии³⁰. При этом выбор соответствующего метода во многом предопределяется собственным «стилем» и предпочтениями судьи.

Дедуктивный метод используется обычно при решении простых, ясных дел и во многом аналогичен применению норм статутов. Суть его заключается в том, что сначала из решения по ранее рассмотренному делу выводится общее правило (holding — rule), которое затем используется в конкретных делах, полностью подпадающих под данное правило. При этом holding представляет собой выраженное в одном-двух предложениях утверждение, таким образом отражающее наиболее важные фактические обстоятельства дела и формулирующее общее правило, чтобы они были понятны даже лицу, незнакому с делом³¹.

Можно привести следующий пример использования дедуктивного метода. Предположим, что некий А. является собственником катера. Некий Б. крадет катер и продает его Д., который не знает, что катер краденый, и платит за него полную рыночную стоимость. Затем А. узнает, что его катер находится у Д., и подает против него иск об истребовании своего имущества. Вынося решение в пользу А., судья изложит его примерно следующим образом: «Ответчик утверждает, что, поскольку он не знал, что покупает краденый катер, и заплатил за него полную рыночную стоимость, то он приобрел право собственности на данное имущество. Мы не согласны. Продавец Б. получил катер незаконными средствами и, следовательно, не приобрел на него никакого законного права. Раз он сам не имеет никаких законных прав в отношении катера, то он не может передать их и другому лицу, в том числе и Д. Более того, необходимо устанавливать правила, препятствующие свободному распоряжению краденными вещами. Решено в пользу А.». Из данного решения может быть выведено следующее общее правило (holding): «Когда имущество украдено у собственника и продано вором третьему лицу, собственник имеет право получить свое имущество от третьего лица — покупателя, даже если этот покупатель заплатил полную рыночную стоимость и не знал, что имущество краденое». Впоследствии данное правило будет применяться так же, как и норма статута, ко всем случаям, подпадающим под его действие³². Указанные логические построения в принципе аналогичны структуре нормы права, применяемой в отечественной правовой доктрине: «если... (гипотеза), то... (диспозиция), иначе... (санкция)».

Дедуктивный метод применим только в случае полного совпадения фактических обстоятельств прежнего и нового дел. Однако полное совпадение фактов

бывает достаточно редко, чаще всего они совпадают частично. И здесь на помощь судье приходит метод аналогии, который используется обычно при рассмотрении сложных дел.

Метод аналогии направлен на сопоставление фактических обстоятельств дел, т. е. здесь нормативными элементами решения выступают материальные факты и выводы судьи. Данный метод состоит из двух этапов: 1) установление сходных и различающихся фактов рассматриваемого и прецедентного дел; 2) определение, насколько существенными являются сходства и различия применительно к решаемому спорному вопросу. Если различия не являются существенными, то судья применяет прежний прецедент. В противном случае судья его отклоняет. Самое сложное в данном методе — определить, насколько важными выступают для данного дела сходные и различающиеся факты. Для этого нет каких-то специальных правил, и все зависит от конкретной ситуации³³.

В качестве примера применения метода аналогии можно привести дело *Quashnock v. Frost*. Покупатели дома обратились с иском к продавцам, требуя возместить издержки на уничтожение термитов и возместить убытки, причиненные термитами данному дому. Продавцы дома знали о наличии в нем термитов, но не сообщили об этой проблеме покупателям. Покупатели не спросили, есть ли в доме термиты. Перед судом встал вопрос: обязаны ли были продавцы сообщать о наличии термитов покупателям.

Рассмотренное ранее дело *Glanski v. Ervine* (прецедентное дело) касалось продажи усадьбы, населенной термитами. В данном деле и продавец, и его агент по недвижимости знали, что в доме есть термиты. Покупатели непосредственно с продавцом не общались, но спросили у агента про наличие в доме термитов. Он ответил, что термитов в доме нет и что дом находится в пригодном для проживания состоянии. В данном деле суд решил, что продавец и его агент обязаны были сообщить о наличии термитов в доме.

Применение прецедента к рассматриваемому делу — несмотря на то, что покупатели не спросили, есть ли в доме термиты, суд решил, что продавцы, которые знали о наличии проблемы с термитами, обязаны были сообщить об этом покупателям³⁴.

Как следует из примера, фактические обстоятельства дел (рассматриваемого и прецедентного) отличались как минимум по двум аспектам: в прецедентном деле участвовал агент по недвижимости, а не сам продавец; кроме того, в рассматриваемом деле был не обман (утверждение продавца об отсутствии термитов), как в прецедентном деле, а умолчание (несообщение об их наличии). Однако судья признал наиболее важные обстоятельства дел сходными (в частно-

³⁰ См.: *Burnham W. Op. cit.* P. 66.

³¹ Ibid.

³² Ibid.

³³ См.: *Burnham W. Op. cit.* P. 69—71.

³⁴ См.: *Pratt D. Legal Writing: A Systematic Approach.* St. Paul, 1999. P. 4—5.

сти, в обоих случаях продающая сторона знала о наличии термитов), а различия несущественными для рассматриваемого спора и применил имеющуюся прецедентную норму. Именно метод аналогии придает прецедентному праву ту гибкость, которой так гордятся судьи общего права.

Из изложенного видно, что в механизме судебного правотворчества в качестве субъектов, создающих прецедентную норму и, соответственно, относящихся к институциональному элементу данного механизма, фактически выступают два суда: суд, вынесший прецедентное решение, и суд, применяющий это решение и по сути выводящий из него прецедентную норму. Как подчеркивают исследователи, традиционно *ratio* определялось так, как его понимал судья, разрешая дело и создавая прецедент. Поэтому судья мог сформулировать тот или иной принцип права слишком широко или слишком узко, что могло затруднить применение прецедента в дальнейшем. В соответствии с современным подходом считается, что *ratio decidendi* — это то, что определено как таковое судом, рассматривающим новое дело с использованием прецедента, а не то, чем обосновал свое решение суд в предыдущем деле. Считается, что такой подход более объективный, поскольку в нем судья, рассматривающий новое дело, сам решает задачу ограничительного или расширительного понимания как *ratio*, так и *obiter dictum* исходя из фактических обстоятельств дела³⁵.

Процесс выведения *ratio* отражает первую стадию механизма судебного правотворчества — формулирование самого правила поведения. Эта стадия требует специальных профессиональных умений и навыков, во многом опирающихся на особый казуистичный стиль правового мышления. Что же касается второй стадии — придание правилу юридической формы в соответствующем источнике права и тем самым наделение его обязательной юридической силой, — то она в механизме судебного правотворчества в качестве самостоятельной может быть выделена лишь теоретически, так как на практике неотделима от первой и, более того, юридически обуславливает ее в силу действия так называемого правила прецедента — *stare decisis*. Именно данное правило придает норме неписаную форму прецедента как источника права, связывая судей их собственными решениями, решениями судов равной юрисдикции (горизонтальное действие правила прецедента) и решениями вышестоящих судов (вертикальное действие правила прецедента). В настоящее время, а в США изначально правило прецедента строго применяется лишь по вертикали. Исследователи подчеркивают, что судебный прецедент перестает быть «жестким» — практически все страны общего права переходят к прин-

ципу гибкого прецедента, что позволяет продолжить развитие прецедентного права, поскольку высшие судебные инстанции более не связаны своими предыдущими решениями³⁶. Но даже в «мягком» виде правило *stare decisis* сохраняет свое действие, обуславливая существование судебного прецедента как формы права. Не случайно американские авторы подчеркивают, что суды связаны прежними решениями не в том смысле, что не могут с ними не согласиться, а в том, что они должны стараться избегать этого несогласия³⁷.

Соответственно, в механизме судебного правотворчества формулирование правила поведения и придание ему обязательного характера происходят фактически одновременно в отличие, например, от механизма законотворчества или договорного правотворчества, когда между подготовкой проекта текста закона или договора и их принятием в качестве юридически обязательных может пройти весьма длительный промежуток времени.

Таким образом, механизм судебного правотворчества может быть определен как система взаимосвязанных элементов (статический аспект) и последовательных стадий (динамический аспект), обеспечивающих создание (выведение) и объективацию общеобязательного правила поведения в форме судебного прецедента в процессе судебной деятельности. В качестве элементов этого механизма выступают суды: как вынесший прецедентное решение, так и применяющий его (институциональный элемент), способы установления *ratio* (инструментальный элемент), само *ratio decidendi* (содержательный элемент), а также прецедентное решение (решения), его содержащее (формальный элемент). Динамическая сторона механизма судебного правотворчества отражает процесс выведения прецедентной нормы с использованием соответствующих способов и наделение ее обязательной силой согласно правилу *stare decisis*. Подобный подход позволяет отразить специфику судебного правотворчества как особого вида правотворческой деятельности. Эту специфику должны учитывать те исследователи, которые предлагают рассматривать судебный прецедент в качестве формального источника российского права. Для того чтобы он стал таковым, по нашему мнению, должны сформироваться все элементы механизма судебного правотворчества, начиная от определения тех судов, которые участвуют в его создании, выработки правил формулирования прецедентной нормы и заканчивая решением вопроса о том, кто, где и как будет осуще-

³⁶ См.: Богдановская И. Ю. Источники права на современном этапе развития общего права: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2007. С. 297.

³⁷ См.: Gordley J. The Common Law in the Twentieth Century: Some Unfinished Business // California Law Review. 2000. Vol. 88. Iss. 6. P. 1817.

³⁵ См.: Романов А. К. Правовая система Англии. М., 2002. С. 166—167.

ствлять публикацию прецедентных решений. А для этого нужно не только внести изменения в действующее законодательство, т. е. создать юридическую основу судебного правотворчества в российской правовой системе, но и выработать соответствующий тип юридического мышления, необходимый для работы с прецедентами.

В заключение отметим, что мы рассмотрели судебное правотворчество в собственном (узком) смысле слова как деятельность по созданию так называемых чистых прецедентов, но возможна и более широкая его трактовка, которая будет включать и создание прецедентов толкования, и отмену норм права («не-

гативное» правотворчество). Так, С. П. Чередниченко определяет судебное правотворчество «как деятельность высших органов судебной власти, протекающую, как правило, в рамках юридической процедуры правосудия (динамический аспект), результатом которой является создание, изменение, толкование либо отмена правовых норм (статистический аспект), вследствие чего осуществляется правовое регулирование определенных общественных отношений»³⁸. Однако такой подход требует самостоятельного исследования, выходящего за рамки данной статьи.

³⁸ Чередниченко С. П. Указ. соч. С. 6.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

- Burnham W. Introduction to the Law and Legal System of the United States. St. Paul, 2011.
- Cohen M. L., Berring R. C., Olson K. C. How to Find the Law. St. Paul, 2000.
- Gordley J. The Common Law in the Twentieth Century: Some Unfinished Business // California Law Review. 2000. Vol. 88. Iss. 6.
- Pratt D. Legal Writing: A Systematic Approach. St. Paul, 1999.
- Богдановская И. Ю. Источники права на современном этапе развития общего права: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2007.
- Воробьева Ю. В. К вопросу о понятии и видах правотворчества // Правовая политика и правовая жизнь. 2014. № 2.
- Дробязко С. Г. Правообразование, правотворчество, правоустановление, их субъекты и принципы // Право и демократия: сб. науч. трудов. Минск, 2003. Вып. 14.
- Жидков О. А. Верховный суд США: право и политика. М., 1985.
- Касаева Т. В. Правотворчество и правообразование // Правовая политика и правовая жизнь. 2009. № 2.
- Кросс Р. Прецедент в английском праве. М., 1985.
- Мазуренко А. П. Правотворческая политика как фактор модернизации правотворчества в России: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 2011.
- Марченко М. Н. Основные источники англосаксонского права: понятие, прецедент // Вестник Моск. ун-та. Сер. 11. Право. 1999. № 4.
- Нерсисянц В. С. Общая теория права и государства. М., 1999.
- Оглеzneв В. В. Проблемы интерпретации ratio decidendi в аналитической философии права // Философия права. 2011. № 5.
- Ожегов С. И. Словарь русского языка. М., 1991.
- Правовые системы стран мира: энциклопедический справочник / отв. ред. А. Я. Сухарев. М., 2001.
- Придворнов Н. А., Трофимов В. В. Правообразование и правообразующие факторы в праве. М., 2012.
- Проблемы общей теории права и государства / под ред. В. С. Нерсисянца. М., 2012.
- Романов А. К. Правовая система Англии. М., 2002.
- Сапун В. А. Механизм правообразования и правотворчества: проблемы соотношения и демократизации // Юридическая техника. 2014. № 8.
- Синюков С. В. Механизм правотворчества: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2013.
- Теория государства и права / под ред. В. К. Бабаева. М., 1999.
- Теория государства и права / под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. М., 2001.
- Теория государства и права / под ред. Р. А. Ромашова. СПб., 2005.
- Трофимов В. В. Правообразование в современном обществе: теоретико-методологический аспект: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2011.
- Чередниченко С. П. Судебное правотворчество: сравнительно-правовое исследование: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005.