

Н. Н. Тарусина\*

# СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА ПО СЕМЕЙНЫМ ДЕЛАМ: ПРОБЛЕМЫ УСМОТРЕНИЯ НА ГРАНИ ПРАВОТВОРЧЕСТВА

**Аннотация.** Статья посвящена анализу проблем, связанных с правотворческой функцией судебной практики по семейным делам. В анамнезе данной функции, не относящейся к числу классических видов судебной деятельности, действует несколько факторов: особенности семейных правоотношений, ситуационный характер большинства семейно-правовых норм как ключевая предпосылка широкого судебного усмотрения в его различных формах — конкретизации, толкования, субсидиарного применения законодательства, применения аналогии, разрешения коллизий, которые в ряде случаев могут быть квалифицированы как правовые позиции нормотворческого типа. В качестве иллюстрации предлагаются положения ряда актуальных постановлений Верховного Суда Российской Федерации по семейным делам.

Отмечено, что целью нормотворческих позиций судебной практики по преимуществу являются соображения справедливости во взаимосвязи с целесообразностью. В то же время, во-первых, не вполне ясны критерии выбора ситуаций для формирования тенденции к справедливому разрешению семейно-правовых конфликтов того или иного типа, во-вторых, рассматриваемые правовые позиции не исключают прямой коллизии с семейным законом, в-третьих, они нередко пребывают в качестве рекомендаций в течение десятилетий — вместо того, чтобы в разумные сроки модифицироваться в усовершенствованное семейное законодательство.

Высказывается солидарность с учеными, полагающими необходимым, если судебное правотворчество неизбежно, урегулировать его основания, критерии и процедуру непосредственно в гражданско-процессуальном и/или ином законодательстве.

**Ключевые слова:** семейные дела, судебное усмотрение, судебное правотворчество, семейное законодательство, судебная практика.

**DOI: 10.17803/1729-5920.2019.150.5.040-048**

Д. И. Мейер, один из самых глубоких и оригинальных исследователей институтов российского семейного права, неоднократно подчеркивал их специфическое место в системе цивилистики, определенную чуждость классическому гражданскому праву, наличие значительного публично-правового компонента, особенно в правоотношениях родителей (иных попечителей) и детей<sup>1</sup>. Для тяжб из правоотно-

шений семейственных, сугубо отличных от правоотношений гражданского оборота, солидарно с ним отмечал А. Боровиковский, обычные гражданские судебные установления не годятся — нужен особый трибунал и особые судьи<sup>2</sup>.

Как известно, данные предположения реализованы в современных доктрине, законодательстве и судебной практике, однако не в полной мере: семейное право преобразовалось

<sup>1</sup> Мейер Д. И. Русское гражданское право : в 2 т. М., 1997. Т. 2. С. 348—349, 375.

<sup>2</sup> См.: Боровиковский А. Отчет судьи. СПб., 1892. Т. 2. С. 214, 263—264, 272—273.

© Тарусина Н. Н., 2019

\* Тарусина Надежда Николаевна, кандидат юридических наук, профессор, декан юридического факультета, заведующий кафедрой социального и семейного законодательства Ярославского государственного университета имени П. Г. Демидова, заслуженный юрист Российской Федерации  
nant@uniyar.ac.ru  
150003, Россия, г. Ярославль, ул. Советская, д. 14

в суверенную отрасль российской правовой системы<sup>3</sup>, гражданское процессуальное право не лишено ряда специальных норм об особенностях рассмотрения семейных дел, а судебная практика не исключает соответствующего творческого начала и элементов специализации; в то же время периодически усиливаются позиции отраслевой десуверенизации семейного права, а гражданско-процессуальное законодательство и соответствующая правоприменительная деятельность специализированы далеко не в достаточной степени.

Сущность и значение последней, как, впрочем, и первых двух компонентов означенной триады, обусловлены непростым взаимодействием нескольких факторов. Во-первых, конечно же, своеобразием предмета судебной деятельности — особенностями семейных правоотношений как в их нормальном, так и конфликтном состоянии, на чем и акцентировали свое внимание ученые не одного поколения. Эти особенности достаточно детально исследованы в доктрине семейного права и в основном сводятся к специфике субъектного состава, всеобъемлюще личному характеру семейных связей, безусловному доминированию личного компонента над имущественным, тесному и продуктивному взаимодействию формально-юридических и этических начал, значимой роли конструкций «интересы социально слабой стороны», «интересы ребенка», «публичные интересы в стабильности брака и семьи и особой охране детства»<sup>4</sup>, явной ограниченности возможностей права в вопросах прямого и жесткого воздействия на отношения с семейным элементом<sup>5</sup>.

Указанное своеобразие, во-вторых, в семейно-правовом контексте неизбежно воспроизводит нормативно-правовые предписания ситуационного типа<sup>6</sup>, а в гражданско-процессуальном создает основу для широкого и дифференцированного судебного усмотрения<sup>7</sup>, проявляющегося в конкретизации семейно-правовых

норм, избыливающих оценочными понятиями и вариативностью, а также семейных правоотношений, в том числе охранительного, конфликтного типа, разнообразном толковании семейно-правовых и гражданско-процессуальных норм, применении аналогии права и закона, субсидиарном (и далеко не очевидном) применении гражданского законодательства, разрешении немалого числа коллизий и, наконец, в явно и неявно выраженных попытках судебного правотворчества, в том числе основанного на реализации указанных технологий. Именно последняя характеристика и явится предметом нашего внимания.

С одной стороны, она в известном смысле представляет собой следствие всех прочих заявленных нами характеристик. Однако, с другой стороны, провоцируется определенным доктринальным и правоприменительным допущением правотворческой функции правосудия в целом: ситуационность норм, пробельность и коллизионность законодательства, а также субъективность законодателя — факторы, ощутимо влияющие на сущность и значение судебной практики, включая все категории семейных дел, на объем и пределы ее усмотренческих контекстов. Данный аспект судебной деятельности, как известно, является предметом давней дискуссии и практических экспериментов. В нашу задачу не входит подробный анализ прецедентно-правотворческих акцентов общего типа (ограничимся лишь явными констатациями), однако семейно-отраслевые в ней присутствуют — в той мере, в какой они касаются семейных правоотношений.

Обзор мнений свидетельствует о том, что идея судебного прецедента и источниково-правовой роли судебных актов в целом отнюдь не чужда российской правовой доктрине и правоприменительной практике. Параметры такого признания, по мнению, например, В. В. Лазарева, сводятся к пяти позициям: 1) нормативные правоположения могут содержаться в актах

<sup>3</sup> Tarusina N., Isaeva E. Russian Family Law Legislation: Revolution, Counter-Revolution, Evolution // BRICS Law Journal. 2017. Vol. IV. Iss. 4. Pp. 65—92.

<sup>4</sup> См., например: Ворожейкин Е. М. Семейные правоотношения в СССР. М. : Юрид. лит., 1972. С. 43—70 ; Ильина О. Ю. Проблемы интереса в семейном праве Российской Федерации. М. : Городец, 2007. С. 35—52 ; Косова О. Ю. О предмете семейного права // Сибирский юридический вестник. 1988. № 1. С. 66—78 ; Тарусина Н. Н. Семейное право. Очерки из классики и модерна. Ярославль : ЯрГУ, 2009. С. 4—45.

<sup>5</sup> См.: Мейер Д. И. Указ. соч. С. 348.

<sup>6</sup> См.: Алексеев С. С. Общая теория права : в 2 т. М. : Юрид. лит., 1982. Т. 2. С. 73—74.

<sup>7</sup> См.: Тарусина Н. Н. Семейное право: в «оркестровке» суверенности и судебного усмотрения. М. : Проспект, 2014. С. 140—231.

как общего, так и индивидуального характера; 2) непосредственным их адресатом являются нижестоящие суды, опосредованно — все участники цивилистических правоотношений; 3) акты не должны противоречить законодательству; 4) значение их различно, однако они находятся под объединяющим началом судебного прецедента; 5) суды вынуждены идти на прецеденты и обращаться к ним из-за неясности, пробельности или объективной неопределенности норм, а также из соображений о необходимом единстве судебной практики; при этом в случае несогласия с вышестоящей инстанцией они вправе самостоятельно или через Конституционный Суд РФ решить дело, основываясь на нормах Основного закона<sup>8</sup>. Разумеется, сохраняют силу и классические позиции о значении судебной практики как исключительно правоприменительной деятельности, а судебных актов — правосудных результатов таковой<sup>9</sup>.

В доктрине семейного права единства мнений также нет: они, как, впрочем, и в других отраслях юридической науки, представляют собой либо векторно направленные в сторону отрицания<sup>10</sup>, либо в сторону наделения судебных актов «мягкой источниковой силой». Так, М. В. Антокольская подчеркивает: признание за российской судебной практикой статуса источника права (как и во всех других странах, независимо от принадлежности их правовых систем к англосаксонской или континентальной семье) «означает, что Россия наконец покончит с давно считающимся историческим пережитком нормативизмом» и придаст российской правовой системе «большую гибкость, способность быстро учитывать новые потребности, корректировать ошибки и пробелы в законодательстве»<sup>11</sup>.

Все указанные позиции нуждаются, на наш взгляд, в определенной корректировке. Во-

первых, консенсус может быть достигнут только относительно актов обобщающего характера, которые в строгом смысле к судебному прецеденту не относятся, индивидуальные же акты являются скорее источником (подспорьем) профессионального размышления в рамках судебного усмотрения и/или проектной законотворческой работы. Исключение составляют постановления Конституционного Суда РФ по конкретной жалобе, приостанавливающие действие нормативно-правового предписания, не соответствующего Конституции РФ<sup>12</sup>. Статус определений Суда об отказе к принятию жалобы к рассмотрению не несет на себе знака нормотворческой судьбы, хотя аргументация, в данном типе акта содержащаяся, авторитетное влияние на правоприменительную практику оказывает.

Во-вторых, деятельность по конкретизации, толкованию, применению аналогии права или закона, как правило, осуществляется в пределах классического правоприменения и лишь в порядке исключения, при наличии специального обоснования, может квалифицироваться как правотворчество. В то же время даже и в классике правоприменения немало позиций, находящихся на «лезвии» коллизии и/или выхода за каноны толкования, субсидиарного или по аналогии применения норм неопределенного типа.

Подобные риски нередко провоцируются отсутствием правовых дефиниций (или хотя бы существенных признаков понятия), различными отраслевыми подходами к одной и той же правовой конструкции, небрежностью ее законодательного употребления. Так, например, весьма проблематичным является толкование семьи: по сущности своей она представляет общность, основанную на браке, родстве, свойстве и подобных связях, характеризующуюся совместным проживанием ее членов, взаимной

<sup>8</sup> Лазарев В. В. Нормативная природа судебного прецедента // Журнал российского права. 2012. № 4. С. 93—99.

<sup>9</sup> Подробно об этом см., например: Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судейское право. М.: Проспект, 2009. С. 100—128; Боннер А. Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе // Избранные труды: в 7 т. М.: Проспект, 2017. Т. 2. С. 167—377; Злобин А. В. Формы права в современной России // Lex Russica. 2018. № 4. С. 30—32.

<sup>10</sup> Нечаева А. М. Семейное право. Актуальные проблемы теории и практики. М.: Юрайт, 2007. С. 148—150, 163—168.

<sup>11</sup> Антокольская М. В. Семейное право. М.: Норма, 2010. С. 53.

<sup>12</sup> См.: Зорькин В. Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. 2004. № 12. С. 3—9; Бондарь Н. С. Нормативно-доктринальная природа решений Конституционного Суда РФ как источников права // Там же. 2007. № 4. 75—80.

поддержкой и определенным комплексом прав и обязанностей, и, с известным допущением, может даже рассматриваться как особая разновидность договора о совместной деятельности семейного типа<sup>13</sup>. При этом признак совместного проживания, с одной стороны, дезавуируется правом каждого из супругов на свободный выбор места жительства, подвергается сомнению через толкование подинститута «алиментные обязательства других членов семьи» (с явно некорректным употреблением терминологии), с другой стороны, является одним из ключевых при разрешении дела о признании фиктивного брака недействительным. Социальное законодательство также предлагает свои версии...

В качестве другого яркого образца «расстыковки» представлений о сущности конструкции может служить понятие нетрудоспособности. Его ключевое значение фиксировано в трудовом и социально-обеспечительном законодательстве, а одно из сугубо специальных — в семейном (нетрудоспособность как юридический факт для алиментного обязательства): инвалидность (споры о группах) и достижение пенсионного возраста<sup>14</sup>. Верховный Суд РФ в постановлении от 26.12.2017 № 56 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел, связанных со взысканием алиментов»<sup>15</sup> включил в перечень и инвалидность III группы (п. 7). Между тем очевидно, что последняя является «рабочей». С юридически значимым фактом достижения пенсионного возраста также не всё корректно с терминологической точки зрения: трактуя данное положение буквально, можно считать нетрудоспособными миллионы российских граждан, в том числе работающих на высоких должностях... Таким образом, техническая неаккуратность законодателя имеет разнообразные неблагоприятные последствия. И постоянно понуждает правоприменителя к неочевидным по содержанию актам толкования — на грани внутриотраслевой или межотраслевой дисгармонии.

В-третьих, практика показывает, что подобная квалификация нередко приводит к довольно жесткой коллизии положения закона и позиции суда, что весьма прискорбно, ибо наносит ущерб авторитету первого, а также приводит к противоречивости доктрины, что, впрочем, подобного ущерба не наносит. Другое дело, когда речь идет о преодолении судебным актом коллизии внутри законодательства, о множественности правового регулирования — в подобных ситуациях у высшей судебной инстанции (да и у судов в целом) нет выбора: коллизию необходимо преодолеть, а это не всегда достижимо при помощи правила о приоритете специальной нормы — иногда становится неизбежным выход за пределы классических, общепризнанных форм и способов судебного усмотрения.

Так или иначе, правы те авторы, которые полагают совершенно необходимым предусмотреть виды и процедуры судебного правотворчества в соответствующем законодательстве<sup>16</sup>, поскольку в настоящее время оно существует «не столько как форма права, сколько как форма произвола, фактор неопределенности в праве»<sup>17</sup>. Неопределенность же, с одной стороны, объективна, однако с другой — нуждается в разумных ограничителях как в пространстве, так и во времени, если, разумеется, таковая неопределенность относится к разряду способных подвергнуться нормативно-правовой конкретизации, а не к разряду устойчивой в своей неизблемости ситуационности.

Весьма ярким историческим образцом «произвола» является правовая позиция ч. 3 п. 15 постановления Пленума Верховного Суда СССР от 28.11.1980 № 9 «О практике применения судами законодательства при рассмотрении дел о расторжении брака»<sup>18</sup>: судам было рекомендовано (и они охотно этому следовали) признавать раздельным имущество, нажитое в период фактического прекращения супружеских отношений — вопреки императивной норме ст. 20

<sup>13</sup> См., например: *Ильина О. Ю.* Современная российская семья как договор простого товарищества // Семейное и жилищное право. 2019. № 1. С. 12—15.

<sup>14</sup> Подробнее об этом см., например: *Ксенофонтова Д. С.* Правовые гарантии в сфере алиментирования. М.: Статут, 2018. С. 119—121.

<sup>15</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2018. № 4. С. 3—13.

<sup>16</sup> *Лазарев В. В.* Указ. соч. С. 97—98; *Поляков С. Б.* Судебный прецедент в России: форма права или произвола? // Lex Russica. 2015. № 3. С. 39—40; *Гук П. А.* Судебное нормотворчество: вопросы теории и практики // Там же. 2016. № 7. С. 24—25.

<sup>17</sup> *Поляков С. Б.* Указ. соч. С. 40.

<sup>18</sup> Бюллетень Верховного Суда СССР. 1981. № 1. С. 12—17.

КоБС РСФСР, а также вопреки тому, что фактические отношения семейного типа (например, фактический брак), по мысли законодателя, не должны были порождать правовые последствия (кроме, пожалуй, алиментных обязательств фактических воспитанников, довольно устойчивого института, находящегося в определенном противоречии с духом современного семейного права).

Позиция соответствовала принципу справедливости, но с очевидностью прямо коллидировала с семейным законом, тенденцией действовавшего в ту пору принципа приоритетного сохранения семьи (даже вступившее в законную силу судебное решение о разводе брака не прекращало). Ее актуальность и практическая значимость впоследствии были подтверждены новеллой п. 4 ст. 38 Семейного кодекса РФ. Но это, однако, не служит безусловным оправданием, так как к справедливости взывают многие юридические (и фактические) ситуации, не получающие тем не менее реакции в виде коллизионных правовых позиций высшей судебной инстанции. Избирательность в актах справедливости есть одно из проявлений несправедливости.

Из современных образцов наибольший интерес представляют три актуальных постановления Пленума Верховного Суда РФ по семейным делам, которые весьма взбудрили семейно-правовое пространство в 2017 г. Так, в «майских тезисах» постановления от 16.05.2017 № 16 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел, связанных с установлением происхождения детей»<sup>19</sup> обращают на себя внимание две рекомендации. Во-первых, Суд расширяет понятие социального отцовства утверждением права отказать в удовлетворении иска об оспаривании отцовства при наличии определенного набора юридических фактов: не заявлено требование о биологическом отцовстве; лицо, записанное отцом, возражает против удовлетворения иска; отказ соответствует наилучшим интересам ребенка ввиду длительности соответствующих семейных отношений,

устойчивости эмоциональной привязанности ребенка к данному лицу, явно выраженного намерения последнего продолжать заботиться о ребенке.

Вполне справедливая позиция, при этом отвечающая духу конституционного принципа всемерной охраны и защиты интересов ребенка и семьи в целом, но противоречащая норме ст. 47 СК РФ о единственном основании возникновения прав и обязанностей родителей — факте происхождения, надлежащим образом подтвержденном. (Исключение, как известно, ориентировано только на социальное родительство в рамках применения репродуктивных технологий.) Актуальность и справедливость позиции правоприменителя подтверждается и доктриной семейного права: давно высказаны предложения о предоставлении суду права отказывать в иске в интересах ребенка — не только по делам об оспаривании родительства, но и об установлении отцовства<sup>20</sup>, а также о введении правила о согласии несовершеннолетнего с 10-летнего возраста на совершение юридических актов, связанных с вопросами происхождения и воспитания<sup>21</sup>.

Во-вторых, в п. 31 указанного постановления подвергнута сомнению императивность нормы п. 4 ст. 51 СК РФ о приоритетной охране интересов суррогатной матери: судам рекомендовано не только принимать к рассмотрению иски генетических родителей-«заказчиков», но и по выяснении таких обстоятельств, как наличие договора суррогатного материнства и существование его условий, причины отказа в соответствующей записи и передаче ребенка, наилучшие интересы последнего, удовлетворять заявленные иски. Если бы рекомендацией Суда охватывались только случаи различного рода пороков воли, то коллизия с нормой закона явным образом смягчалась бы. Однако из текста постановления подобный ограничитель не усматривается<sup>22</sup>. Зато усматривается «противоход» норме семейного закона.

Следует также заметить, что позиция Верховного Суда РФ коллидирует с позицией Кон-

<sup>19</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2017. № 7. С. 11—18.

<sup>20</sup> См., например: *Хазова О.* Установление отцовства // Закон. 1997. № 11. С. 83—84.

<sup>21</sup> См., например: *Антокольская М. В.* Семейное право. М.: Юрист, 1996. С. 191; *Ильина О. Ю.* Интересы ребенка в семейном праве Российской Федерации. М.: Городец, 2006. С. 106—107; *Тарусина Н. Н., Сочнева О. И.* Права детей. М.: Проспект, 2018. С. 60—61.

<sup>22</sup> *Тарусина Н. Н.* Судебное толкование как вид «чрезвычайного» нормотворчества // Вестник Ярославского государственного университета имени П. Г. Демидова. Серия: Гуманитарные науки. 2018. № 3. С. 60—61.

ституционного Суда РФ, который в определении от 15.05.2012 № 880-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы Ч. П. и Ч. Ю. на нарушение конституционных прав положениями пункта 4 статьи 51 Семейного кодекса Российской Федерации и пункта 5 статьи 16 Федерального закона «Об актах гражданского состояния»»<sup>23</sup> не счел нормы «упречными», так как законодателем избран один из равно возможных вариантов правового регулирования рассматриваемых отношений.

Как известно, по данному делу было высказано два особых мнения (судей Г. А. Гаджиева и С. Д. Князева), в которых, по сложившейся доброй традиции для подобного рода актов, сформулированы аргументированные правовые позиции о небезупречности указанного выбора законодателя. В частности, ключевым, на наш взгляд, является аргумент о том, что действующее правило не обеспечивает реализации цели института суррогатного материнства. Это, однако (прежде всего потому, что институт особого мнения судей Конституционного Суда РФ имеет не нормативно-правовое, а социальное и доктринальное значение), не дезавуирует своеобразного противостояния двух высокопрофессиональных субъектов российской судебной системы. И в определенной степени умаляет авторитетность их решений. Сложившаяся ситуация требует скорейшего законодательного осмысления и разрешения. Тем более что правовая позиция Верховного Суда РФ явилась не столько возвестником новой тенденции, сколько констатацией начавшей формироваться судебной практики.

На нормотворческой грани находится и правовая позиция, фиксированная в ч. 2 п. 10 постановления от 14.11.2017 № 44 «О практике применения судами законодательства при разрешении споров, связанных с защитой прав и законных интересов ребенка при непосредственной угрозе его жизни или здоровью, а также при ограничении или лишении родительских прав»<sup>24</sup>. Суд, основываясь на тождестве правоотношений родительства и усыновления/удочерения, рекомендует при недостаточности оснований к отмене усыновления/удочерения применять по аналогии нормы ст. 73 СК РФ об

ограничении родительских прав (при условии отсутствия вины воспитателя), если это соответствует интересам ребенка.

Вглядываясь в «зерцало», как в известной сказке, хочется воскликнуть: спору нет, правовая позиция, ты — прекрасна!.. Однако следует заметить, что этой позиции уже 20 лет: она была заявлена Судом еще в постановлении от 27.05.1998 № 10 «О применении судами законодательства при разрешении споров, связанных с воспитанием детей» (п. 12)<sup>25</sup>. Не пора ли воспользоваться правом законодательной инициативы — вместо того чтобы десятилетиями призывать к использованию технологии применения семейного закона по аналогии? Ибо все разумные «возрастные» пределы, на наш взгляд, исчерпаны. Впрочем, далеко не факт, что законодатель примет решение о внесении изменения в норму ст. 140 СК РФ, предусмотрев возможность ограничения усыновления/удочерения как меры защиты интересов ребенка: несмотря на формально-юридическое тождество рассматриваемых правоотношений и правоотношений между родителями и детьми, некоторые различия все же имеются — прежде всего в требованиях к их субъектному составу, а частично к содержанию и правовым последствиям.

Всё теми же соображениями справедливости руководствуется Суд в постановлении от 26.12.2017 № 56 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел о взыскании алиментов» (ч. 2 п. 45), рекомендуя, с опорой на принцип гендерного равенства, распространить право на алименты и на супруга / бывшего супруга, с которым остается ребенок до 3 лет (п. 1 ст. 90 СК РФ). Отлично. Сомнений два. Первое : данный принцип отнюдь не абсолютен — имеется немало правовых ограничений его действия, особенно и именно в пространствах трудового и семейного права (вплоть до запрета на профессию, временного запрета на расторжение брака и т.п.)<sup>26</sup>. Эти ограничения критикуются в доктрине как излишне жесткие либо вовсе не обоснованные и относительно части из которых ломались копы между Европейским Судом по правам человека и Конституционным Судом Российской

<sup>23</sup> СПС «КонсультантПлюс» (определение в «Вестнике Конституционного Суда Российской Федерации» не опубликовано).

<sup>24</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2018. № 1. С. 14—20.

<sup>25</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. 1998. № 7. С. 9—13.

<sup>26</sup> Лушников А. М., Лушникова М. В., Тарусина Н. Н. Гендер в законе. М. : Проспект, 2015. С. 54 и след.

Федерации. Таким образом, мы вновь оказываемся в ситуации избирательности подходов. Второе: потребуются годы, как в предыдущем случае, или все же месяцы для адекватного изменения СК РФ? Тем более что никаких сомнений и препятствий, в отличие от ранее рассмотренных казусов, для реализации права на законодательную инициативу нет: указанное требование обеспечения гендерного равенства является не только приемлемым, но и очевидным.

Представленные иллюстрации несомненным образом подтверждают предположения и обобщения, приведенные в начале статьи: «игры в правотворчество» должны проводиться по установленным правилам — сущностного и процедурного порядка, предусмотренным

федеральным законом; если обстоятельства жизни требуют решений за пределами классики правового регулирования, тем более — решений коллизионного типа, необходимо в разумные сроки инициировать изменения в законодательстве (с тем чтобы благие намерения о справедливом и целесообразном вели по дороге в «рай» хотя бы относительной гармонии правотворчества и правоприменения, в нашем случае — по семейным делам). При этом, когда и если законодатель задумается об указанных правилах, наиболее спорные решения, приводящие к коллизии закона и судебного акта (смотри, например, правовую позицию по институту суррогатного материнства), скорее всего, будут исключены из легитимной сферы судебного правотворчества.

### БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Алексеев С. С.* Общая теория права : в 2 т. — М. : Юрид. лит., 1982. — Т. 2. — 360 с.
2. *Антокольская М. В.* Семейное право. — М. : Норма, 2010. — 432 с.
3. *Антокольская М. В.* Семейное право. — М. : Юристъ, 1996. — 366 с.
4. *Бондарь Н. С.* Нормативно-доктринальная природа решений Конституционного Суда РФ как источников права // Журнал российского права. — 2007. — № 4. — С. 75—80.
5. *Боннер А. Т.* Применение нормативных актов в гражданском процессе : в 7 т. — М. : Проспект, 2017. — Т. 2. — 352 с.
6. *Боровиковский А.* Отчет судьи : в 2 т. — СПб., 1892. — Т. 2. — 349 с.
7. *Ворожейкин Е. М.* Семейные правоотношения в СССР. — М. : Юрид. лит., 1972. — 336 с.
8. *Гук П. А.* Судебное нормотворчество: вопросы теории и практики // Lex Russica. — 2016. — № 7. — С. 14—25.
9. *Злобин А. В.* Формы права в современной России // Lex Russica. — 2018. — № 4. — С. 23—36.
10. *Зорькин В. Д.* Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. — 2004. — № 12. — С. 3—9.
11. *Ильина О. Ю.* Интересы ребенка в семейном праве Российской Федерации. — М. : Городец, 2006. — 192 с.
12. *Ильина О. Ю.* Проблемы интереса в семейном праве Российской Федерации. — М. : Городец, 2007. — 192 с.
13. *Ильина О. Ю.* Современная российская семья как договор простого товарищества // Семейное и жилищное право. — 2019. — № 1. — С. 12—15.
14. *Косова О. Ю.* О предмете семейного права // Сибирский юридический журнал. — 1988. — № 1. — С. 66—78.
15. *Ксенофонтова Д. С.* Правовые гарантии в сфере алиментирования. — М. : Статут, 2018. — 207 с.
16. *Лазарев В. В.* Нормативная природа судебного прецедента // Журнал российского права. — 2012. — № 4. — С. 93—99.
17. *Лушников А. М., Лушникова М. В., Тарусина Н. Н.* Гендер в законе. — М. : Проспект, 2015. — 480 с.
18. *Марченко М. Н.* Судебное правотворчество и судебское право. — М. : Проспект, 2009. — 512 с.
19. *Мейер Д. И.* Русское гражданское право : в 2 т. — М. : Статут, 1997. — Т. 2. — 455 с.
20. *Нечаева А. М.* Семейное право. Актуальные проблемы теории и практики. — М. : Юрайт, 2007. — 280 с.
21. *Поляков С. Б.* Судебный прецедент в России: форма права или произвола? // Lex Russica. — 2015. — № 3. — С. 28—42.
22. *Тарусина Н. Н.* Семейное право. Очерки из классики и модерна. — Ярославль : ЯрГУ, 2009. — 616 с.

23. Тарусина Н. Н. Семейное право: в «оркестровке» суверенности и судебного усмотрения. — М. : Проспект, 2014. — 288 с.
24. Тарусина Н. Н. Судебное толкование как вид «чрезвычайного» нормотворчества // Вестник Ярославского государственного университета имени П. Г. Демидова. Серия : Гуманитарные науки. — 2018. — № 3. — С. 58—62.
25. Тарусина Н. Н., Сочнева О. И. Права детей. — М. : Проспект, 2018. — 176 с.
26. Хазова О. Установление отцовства // Закон. — 1997. — № 11. — С. 83—84.
27. Tarusina N., Isaeva E. Russian Family Law Legislation: Revolution, County-Revolution, Evolution // BRICS Law Journal. — 2017. — Vol. IV. — Is. 4. — Pp. 65—92.

*Материал поступил в редакцию 14 марта 2019 г.*

## COURT PRACTICE IN FAMILY DISPUTES: PROBLEMS OF DISCRETION ON THE VERGE OF LAW-MAKING

**TARUSINA Nadezhda Nikolaevna**, PhD in Law, Professor, Dean of the Faculty of Law, Head of the Department of Social and Family Legislation of the Demidov Yaroslavl State University, Honored Lawyer of the Russian Federation  
nant@uniyar.ac.ru  
150003, Russia, Yaroslavl, ul. Sovetskaya, d. 14

**Abstract.** *The article is devoted to the analysis of the problems connected with the law-making function of court practice in family disputes. The history of this function, which is not one of the classic types of judicial activity, has several factors: particularities of family legal relations, situational nature of the majority of family law norms as a key prerequisite for broad judicial discretion in its various forms — concretization, interpretation, subsidiary application of the legislation, application of analogy, conflict resolution that in some cases can be qualified as legal stances of normative type. As an illustration, the provisions of a number of current rulings of the Supreme Court of the Russian Federation on family matters are offered.*

*It is noted that the purpose of the rule-making approaches applied in the court practice involve primarily considerations of fairness in relation to expediency. At the same time, firstly, the criteria for choosing situations for the formation of a trend towards a fair resolution of family disputes of a certain category are not quite clear; secondly, the legal approaches under consideration do not exclude a direct conflict with the family law; thirdly, they remain in the status of recommendations for decades instead of being modified within a reasonable time and transformed into an improved family legislation.*

*The author associates himself with the scholars who consider it necessary, if judicial law-making is inevitable, to regulate its grounds, criteria and procedure directly via civil procedural and/or other laws.*

**Keywords:** *family cases, judicial discretion, judicial law-making, family legislation, court practice.*

## REFERENCES

1. Alekseev S. S. Obshchaya teoriya prava : v 2 t. [General Theory of Law: in 2 volumes]. Moscow, Yuridicheskaya literatura Publ., 1982. Vol. 2. 360 p. (In Russian)
2. Antokolskaya M. V. Semeinoe pravo [Family Law]. Moscow, Norma Publ., 2010. 432 p. (In Russian)
2. Antokolskaya M. V. Semeinoe pravo [Family Law]. Moscow, Yurist Publ., 1996. 366 p. (In Russian)
4. Bondar N. S. Normativno-doktrinalnaya priroda resheniy Konstitutsionnogo Suda RF kak istochnikov prava [A Normative and Doctrinal Nature of Decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation as Sources of Law]. *Zhurnal rossiyskogo prava [Journal of Russian Law]*. 2007. No. 4. P. 75 — 80. (In Russian)
5. Bonner A. T. Primenenie normativnykh aktov v grazhdanskom protsesse : v 7 t. [Application of normative acts in civil proceedings: in 7 volumes]. Moscow, Prospekt Publ., 2017. Vol. 2. 352 p. (In Russian)
6. Borovikovskiy A. Otchet sudi : v 2 t. [A Judge's Report: in 2 vol.]. St. Petersburg, 1892. Vol. 2. 349 p. (In Russian)
7. Vorozheykin E. M. Semeynye pravootnosheniya v SSSR [Family legal relations in the USSR]. Moscow, Yuridicheskaya literatura, 1972, 336 (In Russian)

8. Guk P. A. Sudebnoe normotvorchestvo: voprosy teorii i praktiki [Judicial rule-making: questions of theory and practice]. *Lex Russica*, 2016, No. 7, P. 14 — 25. (In Russian)
9. Zlobin A. V. Sudebnoe normotvorchestvo: voprosy teorii i praktiki [Forms of law in modern Russia]. *Lex Russica*. 2018. No. 4. P. 23 — 36. (In Russian)
10. Zorkin V. D. Pretsedentnyy kharakter resheniy Konstitutsionnogo Suda Rossiyskoy Federatsii [Precedent character of decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation]. *Zhurnal rossiyskogo prava [Journal of Russian Law]*. 2004. No. 12. P. 3 — 9. (In Russian)
11. Ilyina O. Yu. Interesy rebenka v semeynom prave Rossiyskoy Federatsii [Interests of the child in the family law of the Russian Federation]. Moscow, Gorodets Publ., 2006. 192 p. (In Russian)
12. Ilyina O. Yu. Problemy interesa v semeynom prave Rossiyskoy Federatsii [Interests of the Child in the Family Law of the Russian Federation]. Moscow, Gorodets Publ., 2007. 192 p. (In Russian)
13. Ilyina O. Yu. Sovremennaya rossiyskaya semya kak dogovor prostogo tovarishchestva [A modern family in Russia as a contract of a general partnership]. *Semeynoe i zhilishchnoe pravo [Family and Housing Law]*. 2019. No. 1. P. 12 — 15. (In Russian)
14. Kosova O. Yu. O predmete semeynogo prava [The Subject Matter of Family Law]. *Sibirskiy yuridicheskiy zhurnal*. 1988. No. 1. P. 66 — 78. (In Russian)
15. Ksenofontova D. S. Pravovye garantii v sfere alimentirovaniya [Legal guarantees in the sphere of alimony]. Moscow, Statute Publ., 2018. 207 p. (In Russian)
16. Lazarev V. V. Normativnaya priroda sudebnogo pretsedenta [Normative Nature of a Judicial Precedent]. *Zhurnal rossiyskogo prava [Journal of Russian Law]*. 2012. No. 4. P. 93 — 99. (In Russian)
17. Lushnikov A. M., Lushnikova M. V., Tarusina N. N. Gender v zakone [A gender in law]. Moscow, Prospekt Publ., 2015. 480 p. (In Russian)
18. Marchenko M. N. Sudebnoe pravotvorchestvo i sudeyskoe pravo [Judicial law-making and judicial law]. Moscow, Prospekt Publ., 2009. 512 p. (In Russian)
19. Meyer D. I. Russkoe grazhdanskoe pravo : v 2 t. [Russian Civil Law: in 2 volumes]. Moscow, Statut Publ., 1997. Vol. 2. 455 p. (In Russian)
20. Nechaeva A. M. Semeynoe pravo. Aktualnye problemy teorii i praktiki [Family law. Actual problems of theory and practice]. Moscow, Yurayt Publ., 2007. 280 p. (In Russian)
21. Polyakov S. B. Sudebnyy pretsedent v Rossii: forma prava ili proizvola? [A court recedent in Russia: the form of law or arbitrariness?]. *Lex Russica*. 2015. No. 3. P. 28 — 42. (In Russian)
22. Tarusina N. N. Semeynoe pravo. Ocherki iz klassiki i moderna [Family Law. Essays from Classics and Modern]. Yaroslavl, YarSU Publishing House, 2009. 616 p. (In Russian)
22. Tarusina N. N. Semeynoe pravo: v «orkestrovke» suverenosti i sudebnogo usmotreniya [Family Law: in the «orchestrating» of sovereignty and judicial discretion]. Moscow, Prospekt Publ., 2014. 288 p. (In Russian)
24. Tarusina N. N. sudebnoe tolkovanie kak vid «chrezvychaynogo» normotvorchestva [Judicial interpretation as a kind of «extraordinary» rule-making]. *Vestnik Yaroslavskogo gosudarstvennogo universiteta imeni P. G. Demidova [Bulletin of Demidov Yaroslavl State University]. Series: Humanities*, 2018, No. 3, P. 58 — 62. (In Russian)
25. Tarusina N. N., Sochneva O. I. Prava detey [The rights of children]. Moscow, Prospekt Publ., 2018. 176 p. (In Russian)
26. Khazova O. ustanovlenie ottsovstva [Determination of paternity]. *Zakon [The Law]*. 1997. No. 11. P. 83 — 84. (in Russian)
27. Tarusina N., Isaeva E. Russian Family Law Legislation: Revolution, County-Revolution, Evolution. *BRICS Law Journal*. 2017. Vol. IV. Is. 4. P. 65 — 92.