



**АЛТАЙСКИЙ
ГОСУДАРСТВЕННЫЙ
УНИВЕРСИТЕТ**



Иерархия и координация источников права:

теоретические и сравнительные аспекты

Министерство науки и высшего образования Российской Федерации
Алтайский государственный университет

**Иерархия и координация
источников права:
теоретические и сравнительные аспекты**

Монография



Барнаул

Издательство
Алтайского государственного
университета
2023

УДК 340.1
ББК 67.022.12
И 306

Рецензенты:

Горбань Владимир Сергеевич,

доктор юридических наук, главный научный сотрудник сектора философии права, истории и теории государства и права, руководитель междисциплинарного Центра философско-правовых исследований Института государства и права РАН

Архипов Владислав Владимирович,

доктор юридических наук, заведующий кафедрой теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета

И 306 Иерархия и координация источников права: теоретические и сравнительные аспекты / под ред. А.А. Васильева. Барнаул.: Изд-во Алт. ун-та, 2023. – 396 с.

ISBN 978-5-7904-2726-8.

Коллективная монография посвящена исследованию системы и иерархии источников права в различных национальных правовых системах: России, Болгарии, Армении, Белоруссии, Киргизии и Казахстана. Авторский коллектив из восьми государств мира анализирует систему формальных и неформальных источников права, затрагивает роль правовых обычаев, судебной практики, актов органов конституционного контроля, принципов права, правовой доктрины, источников международного права в правовом регулировании.

Особое внимание авторский коллектив обращает на соотношение различных источников права, правила разрешения коллизии между ними, а также на опыт реализации законов Болгарии и государств СНГ о нормативных правовых актов.

Книга будет интересна ученым, практикам, преподавателям и студентам юридических университетов.

УДК 340.1
ББК 67.022.12

*Монография подготовлена при финансовой поддержке РФФИ
и Национального научного фонда Болгарии,
научный проект № 20-511-18002
«Иерархия и координация источников права
в национальных правовых системах России и Болгарии»*

ISBN 978-5-7904-2726-8

© Оформление. Издательство Алтайского
государственного университета, 2023

Авторский коллектив

Васильев Антон Александрович, д.ю.н., доцент, директор юридического института, заведующий кафедрой теории и истории государства и права Алтайского государственного университета – введение параграфы 1.3. (в соавторстве с Д. Шпоппером), 3.8. (в соавторстве с С. Гройсманом), 7.6. (в соавторстве с Я. Стоиловым, С. Гройсманом, Ю.В. Печатновой), заключение, приложение

Стоилов Янаки, д.ю.н., профессор, профессор кафедры теории и истории государства и права Софийского университета им. Св. Климента Охридского – параграф 2.1., параграф 7.6. (в соавторстве с А.А. Васильевым, С. Гройсманом, Ю.В. Печатновой)

Фролова Елизавета Александровна, д.ю.н., профессор, заведующий кафедрой теории государства и права Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова – параграф 1.1.

Гройсман Симеон, доктор права, доцент кафедры теории и истории государства и права Софийского университета им. Св. Климента Охридского – параграф 3.8. (в соавторстве с А.А. Васильевым), параграф 7.1., параграф 7.6. (в соавторстве с А.А. Васильевым, Я. Стоиловым, Ю.В. Печатновой)

Кодан Сергей Владимирович, д.ю.н., профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации, профессор кафедры теории государства и права Уральского государственного юридического университета им. В.Ф. Яковлева – параграф 2.3.

Честнов Илья Львович, д.ю.н., профессор кафедры теории и истории государства и права, Санкт-Петербургский юридический институт (филиал) Университета прокуратуры Российской Федерации, заслуженный юрист Российской Федерации – параграф 1.2.

Богдановская Ирина Юрьевна, доктор юридических наук, профессор департамента права цифровых технологий и биоправа факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», заведующая научно-учебной лабораторией по информационному праву Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» – параграф 1.4.

Стойнев Иван – доктор права, доцент кафедры теории и истории государства и права Софийского университета им. Св. Климента Охридского – параграф 6.2.

Сафронова Елена Викторовна, д.ю.н., профессор, руководитель Центра трансграничных правовых исследований Национального исследовательского университета «Белгородский государственный университет» - параграф 6.1.

Пашенцев Дмитрий Алексеевич, д.ю.н., профессор главный научный сотрудник отдела теории права и междисциплинарных исследований законодательства Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, профессор Университета Правительства Москвы – параграф 1.5.

Минникес Илья Анисимович, д.ю.н., заведующий отделом теории права и сравнительного правоведения Института правовых исследований Байкальского государственного университета – параграф 1.6.

Начев Дилян – доктор права, главный ассистент кафедры теории и истории государства и права Софийского университета им. Св. Климента Охридского – параграф 5.2.

Ибрагимов Жамаладен Ибрагимович, д.ю.н., профессор, профессор кафедры теории и истории государства и права Евразийского национального университета им. Л.Н. Гумилева – параграфы 3.4., 7.3.

Ломакина Ирина Борисовна, д.ю.н., профессора кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского юридического института (филиала) Университета прокуратуры Российской Федерации – параграф 3.2.

Гамбарян Артур Сиреканович, д.ю.н., профессор, заведующий кафедрой теории права и конституционного права Российско-Армянского Университета, заслуженный юрист Республики Армения – параграф 7.2.

Арзамасов Юрий Геннадьевич, д.ю.н., профессор, профессор департамента теории права и сравнительного правоведения факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» - параграф 4.3.

Шпоппер Дариуш, д.ю.н., профессор, Поморская Академия (г. Слупск, Польша) – параграф 1.3. (в соавторстве с А.А. Васильевым)

Вартанян Авак Михайлович, к.ю.н., доцент, зам.декана юридического факультета по научной работе Гродненского государственного университета им. Янки Купалы – параграф 8.3.

Борубашов Бекбосун Ишенбекович, д.ю.н., профессор, заведующий кафедрой международного и конституционного права Кыргызско-Российского славянского университета, Заслуженный юрист Кыргызской Республики, Советник Президента Кыргызской Республики – параграф 3.5.

Аюпова Зауре Каримовна, д.ю.н., профессор кафедры «Право» Высшей школы бизнеса и права Казахского национального аграрного исследовательского университета, Кусаинов Даурен Умирбекович, доктор философских наук, профессор кафедры «Политологии и социально-философских дисциплин» Института истории и права Казахского национального педагогического университета им. Абая – параграфы 2.2., 2.4.

Аничкин Евгений Сергеевич, д.ю.н., доцент, заведующий кафедрой конституционного и международного права Алтайского государственного университет – параграф 5.3.

Сорокин Виталий Викторович, д.ю.н., профессор, профессор кафедры теории и истории государства и права Алтайского государственного университета – параграф 7.4., в соавторстве с Тыщенко Г.В., аспирантом кафедры теории и истории государства и права Алтайского государственного университета – параграф 3.6.

Давыдова Марина Леонидовна, д.ю.н., профессор, заведующий кафедрой конституционного и муниципального права Волгоградского государственного университета – параграф 4.2.

Насыров Рафаил Валеязянович, к.ю.н., доцент кафедры теории и истории государства и права Алтайского государственного университета – параграф 4.1.

Краснов Эдуард Владимирович, к.ю.н., старший преподаватель кафедры теории и истории государства и права юридического факультета Казанского (Приволжского) федерального университета, старший преподаватель кафедры теории и истории права и государства Казанского филиала Российского государственного университета правосудия – параграф 3.1.

Васев Игорь Николаевич, к.ю.н., доцент кафедры теории и истории государства и права Алтайского государственного университета – параграф 3.3.

Гильмуллин Айну́р Рази́фович, к.ю.н., доцент кафедры теории и истории государства и права юридического факультета Казанского федерального университета – параграф 5.4.

Куликов Егор Алексеевич, к.ю.н., доцент, доцент кафедры уголовного права и криминологии Алтайского государственного университета – параграф 8.2.

Захаркина Анна Владимировна, к.ю.н., доцент, доцент кафедры теории и истории государства и права Пермского государственного университета – параграф 3.7.

Коновалова Людмила Геннадьевна, к.ю.н., доцент, доцент кафедры конституционного и международного права Алтайского государственного университета - параграф 8.1.

Зацепина Олеся Евгеньевна, к.ю.н., преподаватель кафедры теории и истории государства и права Алтайского государственного университета – параграф 5.1.

Печатнова Юлия Вадимовна, ассистент кафедры теории и истории государства и права Алтайского государственного университета – параграф 7.6. (в соавторстве с А.А. Васильевым, Я. Стоиловым, С. Гройманом).

Введение

Одним из направлений юридической компартивистики выступает научное осмысление модернизация правовых систем, близких России по стилю юридической культуры. Для данного исследования авторы избрали правовой опыт России, Болгарии, Беларуси, Казахстана, Киргизии, Армении с точки зрения выстраиваемой иерархии национальных источников права. Проблема субординации и взаимодействия источников национально-го права носит универсальный характер и касается всех правовых систем мира. По вопросу соотношения источников права в правовых системах мира действуют устоявшиеся судебные обычаи и доктринальные концепции. В правовых системах стран мира, как правило, отсутствуют общепринятые для юридической практики подходы в решении вопроса о соотношении по юридической силе нормативных правовых актов, нормативных правовых договоров, судебной практики, судебного прецедента, правового обычая, правовой доктрины, принципов права, религиозных текстов и норм международного права.

Среди частных юридически значимых задач по вопросам иерархии источников права можно назвать:

- проблема соотношения различных видов законов (кодексов, уставов, основ законодательства, обычных законов);
- соотношение национальной Конституции, решений органов конституционной юстиции и норм международного права, актов наднациональных юрисдикционных органов с учетом доктрины Конституционного суда РФ;
- соотношение нормативного правового акта и правового обычая (в соответствии с концепциями субсидиарного применения, приоритета обычая над законом и пр.);
- место правовой доктрины, принципов права в правовом регулировании, порядок учета общего мнения юристов в правоприменении;
- роль судебной практики в национальных правовых системах;
- проблема предметной (горизонтальной) иерархии нормативных правовых актов; природа и формальное закрепление коллизионных правил в части иерархических и предметных коллизий.

В этом отношении интересен опыт Болгарии, в которой с 1973 г. действует закон о нормативных правовых актах, но и он решает задачи разрешения иерархических коллизий только в рамках одного источника права. Аналогичные закон был принят в Республике Казахстан в 2016 г., Республике Армения в 2018 г. и установили иерархию нормативных правовых актов. В Российской Федерации вопрос о разработке и принятии проекта закона о нормативных правовых актах ставился неоднократно с 1995 г. Но, до сих пор такой закон в России не принят. В то же время нуждается в четкой и определенной основе соотношении не только нормативных правовых актов, но и всей системы источников права.

Члены научного коллектива в свое время в 2003 и 2007 г. (В.В. Сорокин, А.А. Васильев) выступали с инициативой о принятии специального федерального закона «Об источниках права в Российской Федерации». Родство правовых систем России, Болгарии, Бе-

ларуси, Казахстана, Киргизии и Армении, общие духовные и исторические ценности и традиции народов, позволяют прояснить проблему субординации источников права в сравнительно-правовом ключе. Результаты исследования позволят внести предложения по совершенствованию законодательства двух стран и практики его применения в части иерархии источников права. Разработка коллаборацией ученых двух стран концепции иерархии и субординации источников права позволит устранить неопределенность для юридической практики о применимом праве в условиях отсутствия нормативного разрешения вопроса о выборе источников права в условиях коллизии.

Российская правовая наука располагает богатым опытом систематизации правовой материи. И если дореволюционная правовая доктрина подходила к вопросам иерархичности права по большей части с философско-мировоззренческих позиций (Чичерин, Б.Н. Курс государственной науки./ М. - Типография товарищества И.Н. Кушнерев и Ко. - 1894; Шершеневич, Г.Ф. Философия права. В 4 т./ М. - 1910-1912. - 814с.), то советская социалистическая юриспруденция перевела вопрос и в практическую область.

Масштабные научные дискуссии о системе советского права (30-80-е гг. XX в.) неизменно выводили юридическую мысль на новый уровень понимания проблемы. Так, ключевая для советской правовой науки идея системности права нашла свое отражение в таких классических произведениях как: Алексеев, С.С. Общие теоретические проблемы системы советского права./ М. - Государственное издательство юридической литературы. - 1961. - 187с.; Научные основы советского правотворчества./ отв. ред. Р.О. Халфина./ М. - Наука. - 1981. - 317с.; Керимов, Д.А. Философские проблемы права./ М. - Мысль. - 1972. - 472 с.; Власенко, Н.А. Коллизионные нормы в советском праве./ Иркутск. - 1984. - 99 с. Именно в ходе этих дискуссий выкристаллизовалась идея отраслевого деления системы права на основе таких критериев как предмет и метод правового регулирования, ставшая затем определяющей для большинства стран социалистической правовой семьи.

Тот факт, что социалистическая правовая система в своей основе ориентировалась на идеи юридического позитивизма (нормативизма), предопределил невнимательное отношение законодателя к иным, помимо нормативно-правового акта, источникам права (правовой обычай, правовая доктрина, правовой прецедент и т.д.). Однако, на доктринальном уровне указанные вопросы по-прежнему привлекали к себе пристальное внимание (Зивс, С.Л. Источники права./ М. - Наука. - 1981. - 240 с.; Богдановская, И.Ю. Прецедентное право./ М. - Наука. - 1993. - 293 с.). К сожалению, общая методологическая установка, характерная для отечественной науки того периода, по большей части отвергала самостоятельность иных, помимо нормативно-правового акта, источников права, а осуществляемое с их помощью правовое регулирование рассматривало лишь в качестве субсидиарного.

Современная российская юридическая наука сумела сохранить и приумножить ключевые достижения в указанной области. Проблемы иерархии источников права до сих пор вызывают к себе устойчивый правовой интерес как на уровне монографических, так и специальных периодических изданий (Марченко, М.Н. Источники права./ М. - Проспект. - 2005. - 760с., Бошно, С.В. Развитие признаков нормативного правового акта в современной правотворческой практике./ С.В. Бошно. // Журнал российского права. - 2004. - № 2. - С. 95 - 106.). К сожалению, приходится констатировать, что методологическая установка на субсидиарность иных (помимо нормативно-правового акта) источников сохранилась и в настоящее время. Именно по этой причине подавляющее большинство

современных исследователей концентрирует свое внимание на внутренней систематике не столько источников права, сколько отдельной их разновидности - на иерархии нормативно-правовых актов (Система права: история, современность, перспективы./ под ред. Т.Н. Радько. - М. - Проспект. - 2018. - 256с.; Петров, А.А., Шафиров, В.М. Предметная иерархия нормативных правовых актов./ А.А. Петров, В.М. Шафиров./ М. - Проспект. - 2014. - 208с.; Байтин, М.И., Петров, Д.Е. Система права: к продолжению дискуссии.// Государство и право. - 2003 - №1. - С. 25-34; Илюшина, М.Н. Системное толкование и проблемы горизонтальной иерархии норм права./ М.Н, Илюшина.// Современное право. - 2012. - №3. - С.15-20; Кузакбирдиев, С.С., Кузнецова, М.А., Филина, М.Н. Факторы, влияющие на иерархию норм права.// Юридическая наука и правоохранительная практика. - № 3 (17). - 2011. - С.14-19; Мурашко, Л.О. Об иерархии нормативных правовых актов./ Л.О. Мурашко./ Вестник Гродненского государственного университета. - 2015. - № 1. - С.13-17.).

Вполне закономерно для позитивистской юриспруденции научная мысль приходит к выводу, что определяющим (с точки зрения местоположения акта в соответствующей иерархии) является юридическая сила нормативно-правового акта. Проблема соотношения нормативно-правового акта, с одной стороны, и правового обычая, правовой доктрины, правового прецедента, с другой, до сих остается слабо изученной.

Монографические исследования, в которых ключевым объектом внимания автора становился бы иной, помимо нормативно-правового акта, источник права, довольно редки. Из таковых можно назвать: Наумкина, В.В. Обычай как источник права./ Красноярск. - Изд-во Красноярского гос. аграрного ун-та. - 2006. - 135 с.; Чашин, А.Н. Правовая доктрина как источник(форма) российского права./ М. - ИНФРА-М. - 2019. - 292 с.; Васильев, А.А. Правовая доктрина как источник права: вопросы теории и истории/ М. - Юрлитинформ. - 2009. - 272 с.; Гук, П.А. Судебный прецедент как источник права./ Пенза. - 2003. - 174 с.; Ершов, В.В. Основополагающие общетеоретические и гражданско-правовые принципы права./ Москва. - РАП. - 2010. - 223 с.

Сосредоточенность науки на проблеме иерархии нормативно-правовых актов обуславливает повышенный интерес к таким частным темам как коллизионное правовое регулирование, а также принятие специального закона «О нормативно-правовых актах» (Гамбарян, А.С., Даллакян, Л.Г. Коллизионные нормы и их конкуренция./ М. - Юрлитинформ. - 2019. - 160 с.; Беляев, М.А. Коллизионность права с точки зрения системного подхода: эпистемологический аспект./ Нижний Новгород. - Юридическая техника. - 2017. - № 11. - С. 106-113; Головкин, Л.В. Место кодекса в системе источников уголовно-процессуального права.// Государство и право. - 2007. - № 1. - С. 38-45; Рузанова, В.Д. Гражданский кодекс Российской Федерации: теоретические основы приоритета./ В.Д. Рузанова.// Цивилист. Научно-практический журнал. - М.: АНО «Юридические программы», 2007, № 3. - С. 3-7; Бошно, С.В. Система права и система законодательства.// Право и современные государства. - 2013. - № 5. - С. 15-35).

В России отсутствует какое бы то ни было обстоятельное законодательное регулирование вопросов иерархии нормативно-правовых актов и, тем более, источников права. Предполагалось, что данный пробел в некоторой степени устранил ФЗ «О нормативных правовых актах». Проект этого закона был принят Государственной Думой РФ в первом чтении в 1996 г., но отклонен в 2004 г. Но даже из тех восьми статей (ст. 8-15) проекта, которые были прямо посвящены вопросам корреспонденции нормативно-правовых актов, явствовало, что современный законодатель еще не в состоянии выстроить цельную

модель иерархии. Так, ст. 10 проекта фактически постулировала повышенную юридическую силу кодексов в системе права России, что, в случае приведения такого положения в действие, означало бы аннулирование классической коллизионной связи между специальным и общим законом.

Проект закона крайне спорно подошел к вопросам официального аутентического нормативного толкования. Так, он предусматривал за Государственной Думой РФ право издавать постановления о толковании федеральных законов, что позже (в 1997 г.) совершенно оправдано было отвергнуто Конституционным Судом РФ как положение, не соответствующее принципу разделения властей. Так как придание правотолковательному акту юридической силы исходной нормы означало бы стирание всякой грани между нормативно-правовым актом и актом толкования.

На качественно ином уровне находится новый проект ФЗ «О нормативных правовых актах в Российской Федерации» 2014 г. Он явно отображает накопленный за истекшие двадцать лет опыт построения российской государственности, в нем нашли свое воплощение идеи о современной президентской нормотворческой функции (доктрина указного права), о планировании в области правотворчества и мн. др. (Проект федерального закона «О нормативных правовых актах в Российской Федерации» (инициативный законопроект). – М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2013. – 70 с.; Проект Федерального закона «О нормативных правовых актах в Российской Федерации» (подготовлен Минюстом России) (не внесен в ГД ФС РФ, текст по состоянию на 26.12.2014) [Электронный ресурс]./ URL: <http://regulation.gov.ru> (дата обращения: 26.12.2014)).

Но, по видимому, те активные преобразования, которые в настоящее время переживает правовая система России, не позволяют законодателю серьезно сосредоточиться на принятии ФЗ «О нормативно-правовых актах». Законодатель явно занял наблюдательную позицию, используя дополнительное время для ознакомления с аналогичными законами, принятыми и действующими на территории большинства стран бывшего СССР (например, Закон Республики Беларусь «О нормативных правовых актах» 2000 г.; Закон Киргизской Республики «О нормативных правовых актах Киргизской Республики» 2009 г.; Закон Республики Казахстан «О правовых актах» 2016 г.; Закона Республики Армения «О нормативных правовых актах» 2018 г.). Учитывая неопределенность в проблеме иерархии нормативно-правовых актов, ни законодатель, ни современная отечественная правовая доктрина в настоящее время всерьез не ставят вопроса о формализации иерархии источников права в России. При этом включенность отечественной правовой системы в международное правовое поле обуславливает необходимость ответа на вопросы о соотношении нормативно-правового акта и нормативно-правового договора, о юридической силе международных юрисдикционных органов и пр. (Исполинов, А. С. Некоторые доктринальные итоги взаимодействия России с Европейским судом по правам человека.// Государство и право. - 2017. - № 6. - С.26-34; Хисамов, Э.Р. К вопросу о месте федеральных законов о ратификации в иерархии нормативных актов Российской Федерации.// Современная наука. - 2010. - №3. - С.58-61). Современная иностранная юридическая мысль также демонстрирует устойчивый интерес к указанной теме: Burchardt, D. Die Rangfrage im europäischen Normenverbund. / Tübingen. – Mohr Siebeck. – 2015. – 319s., Berner, F. Kollisionsrecht im Spannungsfeld von Kollisionsnormen, Hochheitsinteressen und wohlerworbenen Rechten. / Tübingen. Mohr Siebeck. - 2017. - 260s.; Bydlinski, F. Grundzüge der juristischen Methodenlehre. / Wien. - Facultas AG. - 2012. - 151s.;

Felix, D. Einheit der Rechtsordnung./ Tübingen. – Mohr Siebeck. – 1998. – 441s.; Karimi-Schmidt, Y. Lösungsansätze für Normenkonflikte betreffend die grüne Gentechnik in Europa./ GRIN-Verlag. - 2014. - 506s.; Rütters, B. Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluß des Richterrechts./ Trier. - 2003. - 37s.; Seelman, K. Rechtsphilosophie./ München. -Verlag C.H. Beck. - 2007. - 235s.; Sickor, J. Normenhierarchie im Arztrecht./ Berlin. - Schpringer-Verlag. - 2005. - 356s.; Weiss, A. Widersprüche im Recht./ München. – Herbert Utz Verlag. – 2010. –186s.).

Таким образом, проблема иерархии и координации источников права, несмотря на все сосредоточенное на ней внимание не получила исчерпывающего освещения в научной литературе. Многие принципиальные вопросы (соотношение нормативно-правового акта и правового обычая, место кодекса в иерархии нормативно-правового акта и пр.) остаются либо не разработанными, либо крайне дискуссионными. Не наблюдается также и масштабных сравнительно-правовых исследований правовых систем стран бывшей социалистической правовой семьи.

Настоящий коллективный труд международного исследовательского коллектива ученых из семи государств мира призван предложить возможное решение проблемы иерархии и соотношения источников права. Композия монографии включает в себя следующие разделы:

- теоретико-методологические основы теории источников права;
- система и классификация источников права;
- формальные и неформальные источники права;
- правовой обычай, правовая доктрина и принципы права как источник права;
- нормативный правовой акт как источник права;
- роль актов органов конституционного контроля и нормативных постановлений высших судов в качестве источника права;
- место источников международного права;
- коллизионные аспекты в соотношении системы источников права с опорой на правовые системы России, Болгарии, Армении, Казахстана, Киргизии, Белоруссии и других стран;
- иерархия источников отдельных отраслей права.

В приложении к монографии размещена Концепция проекта федерального закона «Об источниках права Российской Федерации», в которой часть авторского коллектива предлагает собственное виденье решения проблемы субординации и координации источников российского права.

Глава I. Источники права: теоретико-методологические аспекты

1.1. Теоретико-методологические основания источников права

1. Введение

Тема источников права – важна и многогранна, как для фундаментальной юриспруденции, так и для отраслевой юридической науки. Источники права определяют систему права, с ними связана эффективность правового регулирования в обществе и в конечном итоге стабильность правового порядка. Однако есть теоретико-методологические проблемы понимания и природы источников права, актуальные для разных времен и систем права, в том числе, и для современного состояния теоретико-правовой науки. Некоторые из этих вопросов будут рассмотрены в рамках данной статьи.

2. Понятие «источник» и «форма» права

Во-первых, это вопрос соотношения терминов «источник» и «форма» права.

Русский цивилист и теоретик права Габриэль Феликсович Шершеневич (1863-1912) считал, что термин «источник» малопригоден ввиду разнообразия его значений. Согласно его подходу, право представляют собой правила общежития, поддерживаемые государственной властью и выраженные в определенной форме. Различные формы, в которых выражается право, называются источниками права. Этот термин многозначен и включает в себя, полагал Шершеневич: 1) силы, творящие право (воля народа, воля Бога, правосознание и др.); 2) материалы, положенные в основу того или другого законодательства (римское право как источник для германского права, работы Потье для кодекса Наполеона и др.); 3) исторические памятники, которые имели значение действующего права (*Corpus juris civilis*, Русская правда и др.); 4) средства познания действующего права¹. По мысли Шершеневича, разнообразие значений термина «источник права» можно обойти, введя в научный оборот другой термин - «форма права», под которым понимаются различные виды права, отличающиеся по способу выработки содержания норм. Выбор форм права зависит от усмотрения государственной власти.

В настоящее время эти понятия специалисты отождествляют, что, как представляется, вполне разумно. Дело в том, что государственная воля только тогда становится правом, когда получает нормативное выражение в форме, свойственной данной правовой системе. Нормы, институты, отрасли права возникают или изменяются с момента, когда вступает в силу закон или иной нормативный акт, или признается общеобязательным обычай или прецедент и т.д. Содержание права зависит от государственной воли, но юридическую силу это содержание получает лишь с момента облечения его в соответствующую

¹ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Учебное пособие (по изданию 1910-1912 гг.) Том.1. Вып.1 М., 1995. С. 5.

щую форму. В этом смысле термины «источник права» и «форма» означает одно и то же – государственная воля, создающая правовые нормы, и форма ее выражения совпадают².

3. Основные теории права об источниках права

Во-вторых, и это более существенный вопрос: определение права по его источнику предполагает уже решенным один из самых сложных и спорных вопросов науки права – вопрос о происхождении права. Возникает ли право как продукт личного духа или создается общественными условиями? Обусловлено ли его существование наличием государства или нет? Эти вопросы остаются дискуссионными в юридической науке и в XXI веке³. В этой связи представляется важным обозначить несколько теоретико-правовых подходов, основу которых образует различное понимание источников права.

В европейской цивилизации сложились три основные концепции права: позитивно-нормативная, естественно-правовая, социологическая.

3.1. Формально-логическая школа (позитивно-правовое направление в праве) основывается на представлении, что право выражается в словесной форме и содержится в текстах законов и подзаконных актов⁴. Непосредственный источник возникновения законодательства – **государственная воля**, выраженная в строго определенной форме. Право, с точки зрения представителей этой теории, определяется как система норм, установленных (санкционированных) и охраняемых от нарушений с помощью мер, осуществляемых государственной властью. От государства зависит, какие действия в социуме следует запретить, какие разрешить; как и каким образом регулировать общественные отношения; какие отношения считать правомерными и неправомерными и др. Государство определяет содержание правовых норм (статусы субъектов права, их права и обязанности, составы правонарушений, формы реализации права и др.). Четкость в определении правовых предписаний нацелена на создание в обществе предсказуемых отношений: государство стремится определить и упорядочить (воспроизвести, сохранить, видоизменить, пресечь, искоренить и др.) определенные виды деяний и отношений в социуме.

Право – это то, что государство приказывает считать правом. На этом основании данный подход к исследованию содержания права часто называют «государственно-организационным» или «государственно-повелительным». Непосредственная связь государственной власти и права, согласно этой концепции, не подлежит сомнению – большое внимание уделяется вопросам законности, ясности законодательства, гарантированности правопорядка в обществе. Тексты нормативно-правовых актов предполагаются четкими, понятными, не содержащими деклараций и метаюридических понятий, а неизменная иерархия законодательных актов предохраняет от правовых коллизий.

2 См.: Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. М., 2002. С. 26-27 и др.

3 См.: Стоилов Я. Държавната власт: правно-политически разграничения и съотношения. София, 2001; Он же. Правните принципи: теория и приложение. София, 2018; Гройсман С. Право и морал: проблемът за юридическата валидност в прочита на съвременния правен позитивизъм. София, 2017.

4 В юридической литературе обращается внимание на неоднородный характер юридического позитивизма. Выделяется государственно-институциональный (этактический), социологический и антропологический (психологический и биологический) виды юридического позитивизма. Так, немецкий юрист Отт замечал, что, как научное явление он представляет «совокупность теорий, в которых понятие права формулируется на основании эмпирических признаков, меняющихся в зависимости от обстоятельств и вне всякой связи с метафизикой» Ott W. Was heibt "Rechtspositivismus"? Цит. по: Царьков И.И. Развитие правопонимания в европейской традиции права. СПб., 2006. С.250. Историко-теоретический анализ и классификацию позитивистских теорий см.: Тихонравов Ю.В. Основы философии права. Учебное пособие. М.: Вестник, 1997. С. 349-398.

Формально-догматическая теория права имеет длительную историю становления и развития основных институтов права. Зародившись еще в Древнем Риме, законченный характер эта теория получила в XVIII веке в учениях немецких мыслителей Томазия, Канта, Фихте, явно обособивших право от нравственности, придавших тем самым праву формальный характер. В праве стали видеть внешний порядок человеческих отношений. Функция права этого периода истории – предоставление каждому индивиду сферы его собственной свободы, куда государство не имело бы возможности и намерений вторгаться.

Историческое назначение формально-логической теории права заключалось в определении и формальном закреплении за каждым человеком сферы свободного проявления его воли, что было следствием политики государства этой эпохи. Тщательная законодательная регламентация всей жизни человека от рождения до смерти (каждому указывалось, где он должен жить, как одеваться, во что верить, что и каким образом делать и т.п.) не является признаком правового государства, наоборот, это одна из характеристик полицейского государства, тотально регулирующего все отношения между людьми. Чрезмерное развитие подобной правительственной опеки уничтожало любую индивидуальную инициативу. В таких условиях возникла потребность ограничить вмешательство государства в индивидуальную сферу и добиться разграничения частных и публичных интересов⁵.

К основоположникам данного понимания права в западноевропейской цивилизации относят представителей теории утилитаризма: Иеремию Бентама, Джона Стюарта Милля, Джона Остина. Согласно этой теории, главным ориентиром для законодателя выступает принцип полезности. Задача законодателя – выявить общее благо своего народа и принять закон, цель которого составит общая польза. Теория Остина, ученика Бентама, легла в основу английской аналитической школы. Он разграничивал этику (область оценок), науку о законотворчестве (представление должного права) и науку о праве – юриспруденцию (в основе действующий закон без оценок и критических суждений). «Предмет юриспруденции составляет позитивное право», – писал английский юрист в работе «Определение области юриспруденции» (1832). Разграничивая «естественное право» и «позитивное право» (или «положительное») он определял последнее как «право, существующее благодаря занимаемому положению»⁶. Право, согласно теории Остина, это «норма, изданная в целях руководства разумной сущностью со стороны другой разумной сущности, облеченной властью над первой». В связи с этим позитивное право противопоставлялось всем иным правилам, не имеющим своим источником суверенную власть (например, моральные предписания, обычаи, традиции, корпоративные нормы, доктрина и т.п.). Право в собственном смысле, утверждал Остин, характеризуют четыре элемента: приказ, санкция, обязанность исполнения, суверенность власти. Юридическая наука, по его мысли, должна заниматься только положительным правом, не оценивая нормы права с позиций добра и зла (это – дело морали). Поскольку позитивное право происходит от суверенной власти, сущностью любого права является приказ власти, адресованный подчиненным лицам под угрозой санкции в случае нарушения предписаний, содержащихся в этом приказе.

Классический вариант теории юридического позитивизма представлен в работе немецкого юриста Карла Бергбома «Юриспруденция и философия права» (1892 г.). Соглас-

⁵ Об историческом и теоретическом обосновании формально-догматической теории права см., напр.: Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб, 2003. С. 103-106.

⁶ Остин Д. Определение области юриспруденции. Lloyd D. Freeman M. Introduction to Jurisprudence. L., 1979. Цит по: Антология мировой правовой мысли. М., 1999. С. 401.

но его концепции, наука о праве должна иметь дело только с объективно существующим правом и не должна подменять исследование собственно юридической материи оценкой или критикой законодательства и конструированием желательного правового порядка. Вслед за французским позитивистом Огюстом Контом Бергбом выступил против метаюридических понятий и идей, привносимых в правовую науку теорией естественного права и исторической школой права, которые стремятся изучать не действующее, а желательное или предполагаемое право. По мнению Бергбома, только юридический позитивизм может вывести юридическую науку из круга метафизики на почву реализма – для этого необходимо изучать «действительность реального правового явления». Соответственно сказанному, теория права, утверждал ученый, должна заниматься объективно существующим (позитивным) правом. Единственно реальное право – это то, которое существует в данное время и выражено в законе. «Существо любого права состоит в том, что оно может оказывать воздействие. Здесь даже самое жалкое позитивное право превзойдет самое великолепное идеальное право точно так же, как калека, который видит, слышит и действует лучше даже прекрасной статуи, которая глуха, слепа и недвижима». Норма – «альфа и омега» права, его начало и конец, за рамками законов нет иного права⁷.

По мнению Г.Ф. Шершеневича, для того, чтобы сформулировать определение права, необходимо дать понятие о положительном праве. Русский юрист призывал исследовать только то право, которое реально действует⁸. Для сферы реализации права особенно опасно смешение *de lege lata* и *de lege ferenda*. Такой дуализм порождает уклонение от исполнения властных предписаний государства: в случаях несогласия с велениями права лицо легко объясняет неисполнение норм права ссылками на другое правовое сознание, иной подход, несогласие в толковании текста нормативного правового акта.

Суть права с позиции формально-догматической теории заключается в неуклонном требовании исполнять предписания действующего права. Именно поэтому его сторонники обращают пристальное внимание на разработку формальной стороны права: для Остина формальный аспект права выражается в праве-повелении, для Бергбома и Шершеневича – в праве-норме⁹.

На основе этой методологии в начале XX века формируется теория нормативизма. Одной из самых ярких правовых теорий явилась концепция «чистого права» австрийского правоведа Ганса Кельзена. Тенденции чистой теории права, утверждал Кельзен, аналогичны аналитической юриспруденции Остина – «чистая теория права» пытается получить выводы исключительно на основе анализа позитивного права. От теории юридического позитивизма Кельзен заимствовал формально-догматический метод, соединив его с неокантианской методологией (перенес категории «чистых форм мышления» на юридическую науку) – теория права должна заниматься формой права, чистым правовым долженствованием. С этих позиций он доказывал необходимость освобождения права от метаюридических идей и принципов: от идеологии, религии, морали, психологии, философии, затемняющих, по его мнению, содержание права.

7 Bergbohm K. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*. Leipzig, 1892. Цит. по: Антология мировой правовой мысли в пяти томах. М., 1999. Т.3. С. 497.

8 Шершеневич Г.Ф. *Общая теория права*. Учебное пособие (по изданию 1910-1912 гг.) Том. 1. Вып.1 М., 1995. С. 231.

9 «Дело не в том, какое поведение требуется нормами права, а как требуется (курсив мой – Е.Ф.) поведение, указываемое в нормах права. Шершеневич Г.Ф. Там же. С. 236.

В основе теории Кельзена лежит понимание правовых отношений как иерархии норм. Каждая норма возникает из предшествующей, а главная норма в его учении постулируется и называется основной нормой. Нормы не являются утверждением того, что происходит в действительности, а только требуют этого. Из юридической науки должны быть устранены элементы действительности – норма обязывает независимо от реальных результатов ее реализации. Юридические понятия – формальны (не зависят от содержания), предшествуют опыту и имеют абсолютный характер.

Г. Кельзен использует аналогию с геометрией: юридические нормы представляют фигуры и могут рассматриваться независимо от материала, из которого они составлены. Элементы юридической нормы не должны находиться между собой в причинной или целевой зависимости. В сфере должествования связь элементов (субъекта и объекта) устанавливается между условием и последствием. Такую связь субъекта и объекта в нормативной сфере Кельзен называл вменением. Вменяемы, по его теории, могут быть события, которые совсем не связаны с причинным действием. В юридической науке нельзя соединить реальную сферу и область должествования. Вменение проистекает исключительно из нормы и всегда остается специфическим признаком правоотношения, которое не основывается ни на причинном явлении, ни на целесообразности. Принцип вменения необходимо выводить из содержания нормы, а не из реальных отношений и явлений. Суть этих утверждений заключается в том, что содержание юридической нормы может изменяться, но характер должествования нормы неизменен (норма есть всегда правило должного поведения).

Таким образом, право предстает в учении Кельзена как совокупность норм, осуществляемых в принудительном порядке. Задача теории права заключается только в исследовании отношений между основной нормой и другими нормами (нормы конституций, обычаев, акты применения права), но никак не в оценке правовых норм с точки зрения справедливости, истинности и т.п. Данное правопонимание породило сознание, что государство, как источник законодательства, всегда является правовым, поскольку его отличительный признак (законодательство) наличествует в любом, самом антидемократическом государстве (согласно теории Кельзена, государственный и правовой режимы отождествляются).

3.2. Поскольку правопорядок существует, значит – существует и право, но не в виде слов закона, и не как правовые представления, а как порядок общественных отношений в поведении людей. На таком понимании основаны **социологические концепции права**. Представители социологического правопонимания призывают исследовать право в действии, «живое право», то есть те правовые отношения, которые реально существуют на данный момент изучения или еще только складываются в обществе. Право есть порядок, система правоотношений, в которых выражены и согласованы (тем самым упорядочены) многочисленные интересы членов общества. Источник права, с этих позиций, – **правовое отношение**.

Задача социологического направления права – не поиск сущности права вообще, вне времени и исторически преходящих условий общества (теории естественного права), а инструментальный анализ права – уяснение эффективности (действенности) правовых предписаний в существующих условиях конкретного общества. Не отвергая объективного права, устанавливаемого государством, сторонники социологической юриспруденции утверждают, что сами по себе нормы права, содержащиеся в текстах законодательных актов, еще не образуют права. Согласно их воззрениям, содержание права раскрывается только при условии глубокого анализа различных факторов, влияющих на возникнове-

ние правовых предписаний и создающих в конечном итоге систему права. Именно поэтому содержанием права, по этой теории, является правовое отношение, а в более широком масштабе – правовой порядок в обществе – в первую очередь те обычаи и традиции, которые отличают данный народ, а также характеризуют отношение общества к праву и правовые предпочтения в государстве.

Социологический подход к праву сформировался во второй половине XIX века, в эпоху свободной конкуренции, когда законы государства уже не успевали регулировать стремительно развивающиеся экономические и социальные отношения. В связи с этим большая роль в этих концепциях отводилась судам и иным правоприменительным органам, призванных восполнять многочисленные пробелы законодательства, интерпретировать нормы существующего права исходя из новых экономических условий «дикого капитализма» и воплощать нормативные предписания государства в реальных отношениях. Отличительной чертой социологического правопонимания явилось изучение в большей степени тех отношений, которые формируются в обществе и только формализуются в государстве¹⁰.

Основополагающие идеи этих теорий были заложены в работах немецкого юриста Р. Иеринга, раскрывшего содержание права с точки зрения цели права – охраняемом законами государства общественном интересе. Данный подход к праву нашел сторонников и в России. Так, например, Н.М. Коркунов понимал право как разграничение интересов¹¹, С.А. Муромцев – как порядок отношений, урегулированных законом. Согласно С.А. Муромцеву, вначале возникают правовые отношения, основу которых образуют интересы лиц и их объединений; далее, на их основе, создаются юридические нормы и отношения, необходимые для защиты правовых отношений¹².

Согласно социологическому правопониманию, большое внимание в государстве должно отводиться судебским функциям (Е. Эрлих, Ф. Жени, Г. Канторович, Р. Паунд, К. Ллевеллин, Д. Фрэнк и др.). С этих позиций правом называются те нормы, которые создаются судом; судья, таким образом, выступает в роли основного «творца права». «Предсказания того, что суды будут делать в действительности, безо всяких дополнительных претензий, и есть то, что я называю правом», – писал О. Холмс. Основная задача юридической профессии, по мысли Холмса, как отмечают современные исследователи его творчества, заключается в сужении сферы неопределенности в праве («сделать предсказания более четкими и привести в логическую систему»). Судьями индуктивно формируются общие положения (принципы, доктрины). Принципиальное отличие такого подхода от нормативизма американский юрист показывает в совершенно ином понимании абстрактных правовых норм, принципов их формирования и применения. Такие нормы могут быть созданы только в результате обобщения последовательной прогрессии прецедентного

10 Так, например, Г. Еллинек обращал внимание на то, что «конкретный характер права всегда зависит от данных социальных отношений определенного народа». А право в целом, «в конечном результате есть сила не творческая, а охраняющая и защищающая. Она может создавать лишь внешние условия для положительной человеческой деятельности, содержание которой всегда дается только всем конкретным социально-историческим развитием». Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб., 2004. С. 243, 246.

11 Н.М. Коркунов понимал правовые нормы как нормы разграничения интересов (нравственность дает только оценку интересов), которые указывают «насколько мы имеем или не имеем права осуществлять наши интересы при столкновении их с чужими интересами. Следовательно, нормы разграничения интересов определяют границу между правом и неправом и суть юридические нормы». Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. (Печ. по изд.: Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. Изд. 9. СПб, 1914.) СПб., 2003. С.60-61.

12 Оценку этих доктрин см.: Фролова Е.А. История политических и правовых учений: учебник. 2-е изд, перераб. и доп. М., 2021. С. 456-465.

опыта (кодификация) и являются воплощением самой сути выявляемых судами подходов к разрешению споров. Систематизация этих норм в форме писаного законодательства осуществляется только для практического удобства судей и юристов. Они выступают лишь ориентиром для того, чтобы понять, в какую часть прецедентного опыта необходимо погрузиться для выявления полного правового содержания того или иного института и сути принципа. Этот принцип может умеренно развиваться судьями, так как предполагается не автоматическое применение «нормы» к тождественным фактам, а смысловой и целеполагающий поиск решения, наиболее соответствующего сути этого жизненного опыта и вызывающих его к жизни потребностей общества¹³.

3.3. Согласно *теории естественного права*, право – это не только тексты, но и форма общественного сознания. Источником права является **правовое сознание**, т.е. содержащаяся в общественном сознании система понятий об общеобязательных нормах, запретах, правах, обязанностях, условиях их возникновения и реализации, порядке и формах защиты.

Часто в правовой науке эта теория отождествляется с философией права, однако концепция естественного права в истории воспринималась юристами по-разному: в качестве методологии, исторической гипотезы, политического и юридического идеала, части действующего права.

Содержание теории естественного права на разных этапах общественного развития видоизменялось. «Старое» или «классическое» (с античного времени до середины XVII века) понимание естественного права основывалось на представлении, что оно есть система норм, подробно регламентирующих жизнь человека, эти требования носят вечный и неизменный характер у всех народов и во все времена. После XVII века в основу этой доктрины кладется представление о естественном праве как о проявлении здравого смысла человека. С этого времени, не подвергая сомнению нормативный характер естественного права, сторонники этой школы рассматривают его как правовое сознание людей. Кроме этого, в Новое время юристы и философы привнесли в понимание естественного права качественно новое содержание, конкретизировавшие требования здравого разума человека¹⁴.

В конце XIX века на смену господствовавшему на тот момент юридическому позитивизму приходит «возрожденное» естественное право¹⁵. В это время восприятие естественного права, как регулятора общественных отношений, становится иным: правовые предписания уже не предполагают построения конкретных целей в жизни общества, а ищут только абсолютного начала, исходя из которых можно решать любые задачи позитивного права. Так проявляется социальная нацеленность права и обосновываются требования не-олиберализма, суть которых сводилась к тому, что государство больше не является сторонним наблюдателем общественных проблем, а становится действенным участником охраны прав и свобод своих граждан¹⁶. Государство возлагает на себя социальные функции,

13 См.: Лесив Б.В. Реалистическая философия права О. Холмса: истоки, содержание и интерпретация // Философия права. Очерки: монография / под общ. ред. Е.А. Фроловой. М.: Проспект, 2022; Лесив Б.В. Правовой реализм: доктрина Оливера Холмса о судебном правотворчестве. Автореферат дис... к.ю.н. М., 2022.

14 Так, родоначальник концепции естественных прав человека в Новое время Дж. Локк обосновал триаду естественных прав (свобода, равенство, собственность) существующих на стадии догосударственного состояния, однако получающих гарантированность только в государстве. Последнее, по Локку, выступает в качестве охранителя прав человека. См.: Локк Д. Соч. в 3 томах М., 1988. Т.3 С. 292-293, 310-313 и др.

15 Об этом см.: Фролова Е.А. Рациональные основания права: классика и современность. М., 2020. С.144-146; Она же. Моральная философия П.И. Новгородцева. М., 2022.

16 О концепции прав человека в России см. комплексное исследование: Туманова А.С., Киселев Р.В. Права человека

деятельно отстаивая интересы не только и не столько обеспеченных граждан (государство «ночной сторож»), сколько создавая прожиточный минимум обездоленных, неимущих лиц, нуждающихся в материальных средствах со стороны государства. Следствием этой теории явилось провозглашение и юридическая разработка теоретиками естественного права – сторонниками либерализма – права на достойное человеческое существование.

Неоднозначные толкования естественного права по сути сводятся к различному пониманию источников права. В качестве первоосновы естественного права выделяли: «природу вещей» (Аристотель и римские юристы полагали, что типичные социальные явления следует считать естественным правом, «так должно быть, потому что так было всегда с незапамятных времен»); «истинный разум» или «здравый смысл»; «божественный закон»; моральные требования (те основы, исходя из которых человек способен оценить предписания действующего права).

Содержание теории естественного права, как было замечено, изменялось на протяжении истории, осложняя как понимание идей этой доктрины, так и создавая трудности для практического применения предписаний права в жизни людей. Сами по себе представления и убеждения людей о праве не являются действенными социальными регуляторами и не гарантируют существование правового порядка: люди думают одно, говорят другое, делают третье (и все по-разному). Поэтому правосознание не всегда способно повлиять на волевой выбор вариантов поведения в соответствии с их правовой оценкой.

4. Заключение

Право по своей природе во все времена имеет оценочный характер, поскольку отражает отношения людей между собой и в рамках социальных групп разного уровня, а также представляет развитие отношений с точки зрения долженствования. Давно замечено, что право – это требования должного поведения людей, обращенные в будущее. Именно так право выстраивает юридические модели отношений – нормативно закрепляет, какие отношения правомерны, а какие нет; что дозволено, а что запрещено; что рекомендовано в качестве желательного поведения и т.п. Этим обуславливается гибкость правового воздействия на поведение человека в рамках общественных связей.

Каждая из обозначенных нами теорий права выражает реальную сторону права и служит его осуществлению: теория естественного права важна для правового воспитания и развития действующего права. Без позитивного понимания права недостижимы определенность и стабильность правовых отношений, законность в деятельности государственных органов и должностных лиц. Через социологическое понимание право обретает конкретность и практическое осуществление, без него оно остается только лишь декларацией, системой абстрактных пожеланий.

В современной правовой науке эти правопонимания выражены нечетко. На всех уровнях правосознания еще сильна привычка видеть в праве только волю государства: меняющиеся приказы власти, средство политики, временное, нестабильное право. Заметим, что в масштабе всего общества юридическое мышление не может сложиться по приказу свыше. Оно возникает вместе с массовым интересом к осмыслению общественных отношений через конкретные права и обязанности их участников, в связи с процессуальными

гарантиями правоотношений и ответственностью за нарушения прав и невыполнение обязанностей¹⁷.

В заключении подчеркнем, что для каждой правовой системы важен стабильный и предсказуемый правопорядок с действенной системой источников права, чему, в том числе, служат дискуссии о содержании права, способствующие лучшему осмыслению права как эффективного социального регулятора. Примером такого обмена мнений служит проведенная научная конференция, организованная на Юридическом факультете Софийского университета и опубликованный по результатам ее проведения сборник докладов¹⁸.

1.2. Теоретико-методологические основания исследования источника и форм права в контексте компаративистики.

Введение. Ни для кого не секрет, что слова в юриспруденции не всегда означают то же самое и в разговорной обыденной речи. Так обстоит дело и с термином «источник» (или «источники») права. В «Толковом словаре Ожегова» «источник» определяется следующим образом: «1. Водная струя, выходящая на поверхность из-под земли. *Целебный и. Горячий и. И. минеральной воды.* 2. То, что даёт начало чему-нибудь, откуда исходит что-нибудь. *И. света. И. всех зол. Сведения из верного источника.*

3. Письменный памятник, документ, на основе которого строится научное исследование. *Источники для истории края. Использовать все доступные источники*»¹⁹.

Очевидно, что в современном разговорном русском языке преимущественно используется второе значение слова «источник». Применительно к праву тем самым предполагается, что источник – это то, откуда право проистекает²⁰. В то же время в отечественной юридической литературе со вт. пол. XIX в. констатируется многогранность термина «источник права», включающего не только «силы, творящие право», но и «материалы, положенные в основу того или иного законодательства», а также «исторические памятники, которые когда-то имели значение действующего права»²¹. Сегодня, благодаря влиянию юридического позитивизма, как справедливо отмечает М.Н. Марченко, «„формально-юридическое“ представление об источниках права в отечественной и зарубежной юри-

17 См. об этом: Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. М., 2002. С.276 и др.

18 Научни четения на тема «Предвидимост на правото». Сборник доклади от научната конференция, организирана от катедра «Теория и история на държавата и правото» и катедра «Наказателноправни науки» на Юридическия факултет на СУ «Св. Климент Охридски», проведена в София на 12 май 2021 г. / Съставители проф. Янаки Стоилов, доц. Ралица Илкова, гл. ас. Дилян Начев, гл. ас. Красимир Манов. София, 2022.

19 Толковый словарь Ожегова. С.И. Ожегов, Н.Ю. Шведова. 1949-1992. // <https://dic.academic.ru/dic.nsf/ogegova/76986> (дата обращения - 25.12.2022)

20 Вспоминаю свое недоумение во времена моего обучения, когда на первом курсе преподаватель по истории государства и права заявил, что источником римского права был Закон 12 таблиц. Как же так, рассуждал я, закон ведь закрепляет право, но никак не является его источником; право ведь должно было откуда-то попасть в закон, вот это и есть источник! Все объяснялось тем, что дисциплина «История государства и права» преподается раньше, чем в курсе «Теории государства и права» проходят соответствующую тему.

21 Шершеневич Г.Ф. Общая теория права: учебное пособие. Т. 2. Вып. 2,3, 4. М, 1995. С. 5. Следует заметить, что такой авторитетный юридический позитивист, как Дж. Раз под источником права понимает «факты, создающие право», юридическую причину или основание что-либо сделать. – Раз Дж. Авторитет права. Эссе о праве и морали / пер. с англ. И. Дягилевой; под науч. ред. Д. Раскова. М.: Издательство Института Гайдара, 2021, С. 119, 125. В то же время Дж. Раз, как и другие сторонники нормативизма в праве ничего не пишет о том, как именно «создается право», вынося вопросы правовой политики за рамки предмета юриспруденции.

дической литературе является в настоящее время, пожалуй, наиболее распространенным и наиболее часто употребляемым»²².

Наиболее продуктивным к анализу источника права представляется подход, который уместно именовать «постклассическим», предполагающим в качестве обязательного аспекта указание на точку зрения, с позиций которой таковой – анализ – производится. Собственно говоря, его разделяет М. Н. Марченко, когда пишет, что источник права следует рассматривать «одновременно с разных сторон и в разных аспектах»: этимологически; под углом зрения источника права как естественного – географического, климатического, биологического и иного фактора, оказывающего непосредственное влияние на процесс правообразования и опосредственное – на процесс правотворчества и, соответственно, на само право; с точки зрения источника права как социального, политического, идеологического, культурологического и иных подобных факторов, оказывающих прямое воздействие на процесс правотворчества, а через него, опосредственно, - и на само право; с материальной, точнее – экономической стороны, с точки зрения восприятия в качестве источника права экономических факторов, существующих в том или ином обществе и оказывающих на процесс правообразования. Кроме того, как пишет ученый, «при рассмотрении источника права с философской точки зрения, в философском плане основное внимание обращается прежде всего на то, какие по своему характеру (либеральные, консервативные и проч.) философские идеи легли в основу той или иной правовой системы, того или иного источника права, на базе каких философских конструкций создается та или иная правовая система и, соответственно, система права. Когда же речь идет об источнике права, рассматриваемом в формально-юридическом плане, то основное внимание исследователей концентрируется на средствах или способах внутренней организации правовой материи, а также на формах ее выражения вовне»²³. Полностью соглашаясь с тем, что источник права – это то, что оказывает воздействие на процесс правообразования, считаю, что именно он – процесс – и должен быть объектом самого пристального внимания при экспликации этого сложного, многогранного явления. Постклассический подход²⁴ как раз и акцентирует внимание на процессе (или механизме) функционирования соответствующего явления в историческом и социокультурном контексте. Такой подход дает новый импульс не только анализу источника права в связи с его формально-юридическим аспектом, но и весьма продуктивен для сравнительных исследований источника права и форм его внешнего выражения.

Источник права в социолого-правовом смысле, вписанном в постклассическую методологию, – это не только то, что обуславливает процесс правотворчества, но и его объективизация в соответствующих формах, а также реализация в конечном результате, в правопорядке. Хотя источник права в прямом, буквальном смысле – это предпосылки правообразования, но они социально действительны только тогда, когда воплощаются в правопорядке. Анализ правопорядка позволяет заключить, что источник права вписан в юридические практики. ***Источник права как процесс или механизм работает (функционирует) только тогда, когда предпосылки или потребности в правовом регулировании фиксируются в знаково-символических формах (опосредуются ими), наделя-***

22 Марченко М.Н. Источники права: учеб. пособие. М.: Проспект, 2005. С. 51.

23 Там же. С. 46-51.

24 См. подробнее: Постклассическая онтология права: монография / под ред. И.Л. Честнова. СПб.: Алетей, 2016.

ются юридической значимостью и воспроизводятся многократно повторяющимися правовыми практиками, образующими правовой порядок. Следует подчеркнуть, что этот механизм, как и вся правовая реальность, включает множество аспектов, пластов, что дает основания рассматривать ее с разных, дополняющих друг друга точек зрения²⁵. Важным в данной связи является взаимодополнительность поведенческого (который с некоторыми оговорками можно именовать как материальный) и психического (ментального, идеального, который всегда характеризуется знаковым опосредованием) аспектов.

1. Источник права как предпосылка правового регулирования.

Источник права в социолого-правовом ключе – это, прежде всего, факторы, влияющие на процесс правообразования. В классической науке Нового и новейшего времени считалось, что природа (например, климат у Ш. Монтескье), экономика, политика, демография и т.д. самым непосредственным образом влияют на право – его образование и преобразования. В то же время сегодня очевидно, что это влияние не прямое, а опосредованное, преломляемое селективной функцией правовой культуры, по терминологии Л.И. Спиридонова²⁶. Это связано с тем, что человек (и человечество) реагирует на внешние факторы избирательно. Не существует одного, единственно верного рецепта как индивидуального, так и социального поведения под воздействием тех или иных природных, экономических и т.п. обстоятельств. Онтологическая неопределенность, находящаяся во взаимодополнении с эпистемической и семантической неопределенностями²⁷, обуславливает принципиальную вариативность человеческой деятельности и норм, ее регулирующих.

Постулируя функциональную значимость права – обеспечение выживания общества – как его трансцендентное основание, приходится признать, что ее невозможно аподиктично эксплицировать. Отрицать этот идеал невозможно, но никогда нельзя быть уверенным в том, что он реализован на практике. Во многом это связано с изменчивостью и неоднозначностью социальных оценок событий и явлений, происходящих в мире. Соглашаясь с распространенной в современной философии точкой зрения (со времен Д. Юма), что «нормативные предложения невозможно верифицировать или фальсифицировать, то есть, проверить по тем же правилам игры, что и дескриптивные»²⁸, тем не менее нельзя отрицать, что если нормы утратят всякую функциональность, то превратятся в бессмысленную фикцию.

В этой связи представляется, что оригинальная, эвристически ценная делиберативная теория правообразования Ю. Хабермаса должна быть дополнена функциональной значимостью норм, прошедших дискурсивную²⁹ проверку «притязания на значимость»³⁰.

25 Принцип дополнительности, имеющий общеметодологическое значение, предполагает «объемную» картину исследуемого объекта, изучаемого с разных сторон, с разных точек зрения.

26 Спиридонов Л.И. Теория государства и права. Курс лекций. СПб.: СПбВШ МВД России, 1995. С. 120.

27 Об онтологической, эпистемической и семантической неопределенностях см. подробнее: Семенов В.Е. Метафизические основания неопределенности // Неопределенность права: философское осмысление и юридическое значение: монография / под общ. ред. О.Ю. Рыбакова. М.: Проспект, 2022.

28 Хабермас Ю. Моральное сознание и коммуникативное действие / пер. с нем. под ред. Д.В. Складнева. СПб.: Наука, 2000. С. 84.

29 Дискурс – это «некая мера, которая с помощью правил коммуникации гарантирует, что все заинтересованные лица получают одинаковые шансы на участие в достижении честного компромисса». – Там же. С. 108-109.

30 Там же. С. 91.

Такая процедура, заимствованная Ю. Хабермасом у Р. Алекси, предполагает рациональность обсуждения любых социальных проблем, включая, несомненно, и правовые. К этим процедурам относятся следующие:

- каждый владеющий языком дееспособный субъект может принять участие в дискурсе;
- каждый может ставить под вопрос любое утверждение;
- каждый может вводить в дискурс любое утверждение;
- каждый может выражать свои установки, желания и потребности;
- никакое принуждение, господствующее вне или внутри дискурса, не должно мешать никому из говорящих реализовать свои права, определённые выше³¹.

Какая-либо спорная норма лишь тогда может получить одобрение со стороны всех участников практического дискурса, когда данный принцип имеет силу. То есть, «когда прямые и побочные действия, которые *общее* следование спорной норме предположительно возымеет для удовлетворения интересов *каждого отдельного* индивида, могут быть без какого бы то ни было принуждения приняты всеми. ... На значимость могут претендовать только те нормы, которые получают (или могли бы получить) одобрение со стороны всех заинтересованных лиц как участников практического дискурса»³².

Тем самым, «этика дискурса предлагает не какие-либо содержательные ориентиры, но опирающуюся на определенные предпосылки процедуру, которая должна гарантировать беспристрастность в формировании суждений. Как процедура, практический дискурс предназначен не для продуцирования оправданных норм, а для проверки того, насколько действительны гипотетически взвешенные нормы. ... Основоположение этики дискурса запрещает особо выделять, ссылаясь на философский авторитет, какие-либо определенные нормативные содержания (например, определенные принципы справедливого распределения) и *раз и навсегда* закреплять их средствами теории морали»³³. Несомненно, универсальность – а дискурсивная теория немецкого мыслителя претендует на универсальность – может быть только формальной. Но она не может абстрагироваться от содержания: сегодня убедить любую аудиторию с помощью манипулятивных технологий можно почти во всем, что угодно (вспомним про онтологическую неопределенность, включающую неопределенность рисков³⁴). Поэтому минимальная функциональная значимость – условие выживаемости социума (трансцендентное условие) – дополняется делиберацией, наделяющей формальные процедуры дискурса контекстуальным содержанием (и наоборот: дискурсивные процедуры должны обладать хотя бы минимальной функциональностью). Конечно, не любое выживание достойно того, чтобы жить (как справедливо утверждает Д. И. Луковская³⁵).

31 Там же. С. 140.

32 Там же. С. 146.

33 Там же. С. 182.

34 Об этом весьма красноречиво пишет автор теории «общества риска» У. Бек. «Во Втором модерне мы находимся в совершенно ином игровом поле, поскольку что бы мы ни делали, мы всегда ждем неожиданных последствий... Несмотря на значительные усилия исследователей, мы знаем только то, что не знаем, как развиваются цепи инфекции, на какой инкубационный период рассчитывать и сколько будет смертельных случаев только в Европе – 500 или 5000. ...Мировое общество риска, таким образом, является эпохой цивилизации, в которой решения, касающиеся жизни не только нынешнего, но и последующих поколений, принимаются на основе сознательного незнания». - Бек У. Власть и ее оппоненты в эпоху глобализации. Новая всемирнополитическая экономика / пер. с нем. А.Б. Григорьева, В.Д. Седельника; послесловие В.Г. Федотовой, Н.Н. Федотовой. М.: Прогресс-традиция, 2007. С. 152-153.

35 Луковская Д.И. Легитимность права: дискуссионные проблемы // Легитимность права: коллективная монография / под общ. ред. Е.Н. Тонкова, И. Л. Честнова. СПб.: Алетейя, 2019. С. 22, 26.

Но само по себе выживание – это минимальное условие всего остального, включая достойную жизнь. Без обеспечения выживания невозможен общественный прогресс, невозможно обеспечение прав человека, реализация принципа справедливости и т.д.

Очевидно, что сегодня в разных странах процедуры обсуждения социальных проблем и придания им юридической значимости отличаются, как и практики, воспроизводящие эти процедуры. Но во всех государствах такие практики – это прерогатива правящей элиты и представителей основных социальных сил страны. Крайне редко, в основном – в кризисных ситуациях, инициативу выработки социальных инноваций, всегда облакаемых в правовые формы, берет в свои руки неорганизованное население. Более того, именно политические лидеры организуют население в общество (по крайней мере – в социальные группы) через механизм представительства. Они же – лидеры – ведут борьбу за право определять «медиа повестку» и, в конечном счете, социальную (и юридическую) значимость тех или иных проблем.

В то же время принципы делиберации сегодня закреплены в конституционном законодательстве большинства стран мира. Право на участие в управлении делами общества, право петиций, всеобщее избирательное право и др. достаточно полно выражают идеи делиберации. При этом нужно помнить, что идеал никогда не может совпадать с его воплощением – на то он и идеал. Более того, важно, чтобы закрепление идеала в законодательстве было адекватным, а его актуализация в практиках действенным. Об этом речь пойдет ниже.

2.Объективация источника права в формах его внешнего выражения.

Право не существует вне его объективации – закрепления в соответствующих формах. Форма в предельно широком смысле слова – это организация чего-либо. Социальная (и правовая) реальность может существовать только при том условии, что она будет оформлена – соответствующим образом организована. Реальность как таковая характеризуется двойственностью: сотворенностью и одновременно структурностью – организованностью формой, предшествующей процессу конструирования³⁶. Именно форма задает «горизонт определённого модуса существования» чему-либо, в нашем случае – праву. Форма – оформление – права одновременно означает, что какой-либо социальной проблеме придана юридическая значимость.

Формы внешнего выражения права уместно разделить на нормативные и индивидуальные. К первым традиционно относятся нормативные правовые акты, судебные прецеденты (или решения высших судебных органов, имеющих прецедентный характер), правовые обычаи, нормативные договоры, доктрина. Некоторые авторы к формам внешнего выражения нормативности права относят также и другие их разновидности: религиозные правила; прецеденты толкования (официальные нормативные интерпретационные акты высших органов публичной власти, например: обзоры судебной практики и постановления Пленума Верховного Суда РФ, постановления Конституционного Суда РФ); юридическая практика; моральные воззрения; локальные акты муниципальных образований; корпоративные нормы; деловые обыкновения; правосознание; принципы права; нормы международного права; интуитивное право (индивидуальную нормативную систему); наука (не только юридическая); нормы политических партий; нормы освободительных

³⁶ Об этом небезынтересно рассуждает М. Ямпольский: Ямпольский М. Формы реальности. Очерки теоретической антропологии. М.: Новое литературное обозрение, 2022. С. 28.

движений; нормы преступных сообществ; разум³⁷. Не все из перечисленного, как представляется, относится к формам нормативности права (например, интуитивное право, правосознание, если оно не объективировано в другие формы, разум). Признавая дискуссионность изложенной точки зрения (восходящей к теории множественности «источников права» Л.И. Петражицкого), считаю, что данной вопрос требует специального исследования. Сейчас же полагаю важным акцентировать внимание на другой проблеме: можно ли логически непротиворечивым способом обосновать полное и точное закрепление социальной проблемы (в ее юридической значимости) в законодательстве?

Казалось бы, юридическая техника должна дать положительный ответ на этот вопрос. Однако все обстоит гораздо сложнее, чем казалось в век кодификации (в XIX – XX вв.). Сегодня стало очевидной завышенность претензии человеческого Разума, которую можно обозначить как «миф позитивного права», – построить идеальную (завершенную, непротиворечивую, охватывающую все возможные юридически значимые ситуации) правовую систему. Беспробельность системы норм права (трагуемых как языковые конструкции, по-разному действующие при разных обстоятельствах и посылках, а не императивные предписания, заключающие в себе раскрытие неких объективных идей и принципов)³⁸ – не более, чем иллюзия³⁹. В этой связи достаточно последовательной представляется позиция М. ван Хука по данному вопросу: «Правовые системы, в отличие, например, от математических систем, не являются независимыми от общества, которому они принадлежат и которое организуют. Каждая правовая система представляет собой часть более общей социальной системы. Правовая система – это способ организации общественного, экономического, морального и других типов поведения. Следовательно, правовые системы должны соответствовать обществу. /.../ В то же время встроенные в общество и строго детерминированные им современные правовые системы оказываются относительно автономными. /.../ В самом слабом смысле ‘автономия’ означает только то, что правовая норма или система могут быть идентифицированы как нечто отличное от морали, религии или другой системы правил, и что это не просто повторение свода внеправовых правил./.../ Параллельно существует методологическая автономия, включающая следующие три аспекта а) автономию языка: технический язык права развивается, создавая собственные понятия и наделяя специфическими значениями привычные слова; б) автономию стиля: уставы, судебные решения, договоры и т.п. составляются в определенном стиле; с) автономию аргументации: способы аргументации и мышления, используемые в праве, отличаются от принятых в других формах дискурса (например, в экономическом, политическом или религиозном дискурсе)»⁴⁰.

37 Тонков Е.Н. Толкование права как способ его принудительной легитимации // Легитимность права: коллективная монография / под общ. ред. Е.Н. Тонкова, И.Л. Честнова. СПб.: Алетей, 2019. С. 114-115.

38 Так понимается норма права К.Э. Альчурроном и Е.В. Булыгиным. - Антонов М.В. Право в аспекте нормативных систем // Российский ежегодник теории права. Вып. 3. СПб., 2011. С. 301.

39 «Так называемый постулат герметической (или необходимой) полноты права – а он представляет собой юридическую версию того же самого логического постулата – необоснован в утверждении о том, что любая правовая система является полной./.../ Из того, что правовые системы являются гипотетическими, следует, что ни одна правовая система не может быть абсолютно замкнутой /.../О полноте как свойстве нормативной системы можно говорить только применительно к контексту множества обстоятельств или случаев и множеству деонтически квалифицированных действий /.../Поэтому нормативная полнота – не более, чем идеал, к которому нормативные системы должны стремиться, идеальное правило». - Альчуррон К.Э., Булыгин Е.В. Указ. Соч. С. 314, 424, 402, 444.

40 Ван Хук М. Право как коммуникация // Российский ежегодник теории права. Вып. 1. СПб, 2009. С. 409, 412-413.

Одновременно оказалось невозможным дать исчерпывающее понятие какому-либо сложному правовому явлению или процессу⁴¹, найти логические связи между уровнями системы законодательства. Между принципами права и законодательством, а тем более его конкретизацией в процессуальных нормах, нет содержательной связи. Из одного и того же принципа права или конституционного положения можно сделать логически непротиворечивым способом значительно отличающиеся выводы. Например, из принципа разделения властей можно сформировать президентскую, парламентскую или смешанную республиканские формы правления и конституционно-монархическую. Из принципа независимости судебной власти – несколько вариантов организации судебной системы. То же самое касается «сводимости» прав человека к конкретной системе его реализации: право на образование ли медицинское обслуживание может быть реализовано в разных вариантах. Более того, между принципами права всегда существует конкуренция, которая не имеет универсальных рациональных оснований разрешения: невозможно разрешить все случаи коллизии права наций на самоопределение и территориальной целостности государства; права на информацию или свободу передвижения и безопасность и т.д.

Вышеизложенное дает основания для заключения, сделанного в свое время Г. Хартом: «Какой бы механизм, прецедент или законодательство ни выбрать для сообщения образцов поведения, они, как бы гладко ни работали среди огромной массы обычных случаев, окажутся в некоторый момент, когда их применение будет под вопросом, неопределенными: они будут обладать тем, что терминологически выражается как *открытая структура*»⁴².

3. Воплощение источника права в юридических практиках.

Источник права в конечном счете проявляется или дает о себе знать только тогда, когда он становится массовой (широко распространенной) и многократно используемой практикой. В социолого-правовом смысле это не что иное, как правопорядок. Именно в нем и воплощается источник права. По правопорядку можно судить о том, стала ли правовая инновация реально действующим и действительным (опять-таки в социолого-правовом смысле) правом.

Правопорядок как совокупность юридических практик – правоотношений и простых форм реализации права (соблюдения, исполнения и использования, которые могут протекать как в правоотношениях, так и вне их) в постсовременном, информационном социуме конструируется властью, использующей новые цифровые технологии воздействия на массовое правосознание⁴³. «Власть – указывает М. Кастельс, – базируется на контроле

41 Уже И. Бентам признал, что общий (классический) метод определения юридических терминов несостоятелен. «Среди подобных абстрактных терминов мы вскоре приходим к таким, для которых отсутствует более общая родовая категория. Определение *res genus et differentiam* в случае его применения к указанным терминам не может обеспечить никакого продвижения вперед ... Его также недостаточно для того, чтобы определить предлог или союз ... «через» – это ... «потому что» – это ... и так далее» (Bentham. A Fragment on Government. Ch. V. Note 6. – Цит. по: Касаткин С.Н. Как определять социальные понятия? Концепция аскриптивизма и отменяемости юридического языка Герберта Харта: монография. Самара, 2014. С. 382-383.

42 Харт Г.Л.А. Понятие права. СПб., 2007. С. 130. Р.Алекси называет это «неопределенностью»: «Таким образом, можно говорить о «зоне неопределенности» позитивного права, которая в той или иной степени присутствует в каждой правовой системе. Случай юридической практики, попадающий в зону неопределенности позитивного права, можно назвать «сложным случаем или сложным судебным делом». – Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) / пер. с нем. А.Н. Лаптева, Ф. Кальшойер, ред. Т.Ф. Яковлева М.: Инфотропик, 2011. С. 87.

43 См. подробнее: Честнов И.Л. Институционализация правопорядка постклассическая интерпретация // Правопорядок: элементы общей теории: монография / под общ. ред. М.А. Беляева, В.В. Денисенко, А.И. Клименко. М.: Проспект, 2020. С. 55-62.

за коммуникацией и информацией», хотя «власть больше чем коммуникация, а коммуникация больше чем власть»⁴⁴. Цифровые технологии, определяющие содержание коммуникативной революции, «приводят к образованию глобальных мультимедийных бизнес-сетей, характеризующихся либерализацией, приватизацией и упорядочиванием дерегулирования как на национальном, так и на международном уровне...». В результате резко возрастает «влияние корпораций в медиа, информационных и коммуникационных индустриях на общественно значимые институты, что может превратить коммуникационную революцию в сервис по обслуживанию бизнес-интересов. Влияние рекламной индустрии на медиабизнес путем трансформации людей в измеряемую аудиторию ведет к подчинению культурных инноваций или удовольствия от развлечения коммерческому потреблению. Свобода выражения и коммуникации в Интернете и в глобальных/локальных системах мультимедиа зачастую сокращается, оказываясь под наблюдением государственного аппарата, политических элит и идеологических/религиозных аппаратов»⁴⁵. Таким образом, налицо амбивалентность оценки технологических изменений, влекущих социальные (включая политические) последствия: как справедливо замечает И. Крастев, по мере того как распространяются информационные и коммуникационные технологии, общественная жизнь все больше демократизируется, а индивиды получают все больше возможностей. Однако в то же время новые технологии позволяют правительствам и крупным корпорациям собирать, организовывать и иметь моментальный доступ к почти неограниченным объемам информации о предпочтениях и моделях поведения граждан. Возможности для манипулирования и даже принуждения становятся все более очевидными, так что над самыми основами демократии нависла реальная угроза. Элиты обращаются к выборам как к возможности манипулировать людьми, а не выслушивать их; новые технологии маргинализуют голосование как источник обратной связи, в то время как протестующие используют выборы в качестве возможности собственной демонстрации, а не как инструмент формирования политики⁴⁶.

В то же время новые цифровые технологии, прежде всего, интернет, производит **сегментацию (или фрагментацию) процесса институционализации правопорядка** в связи с новой социальной дифференциацией или социальной диффузией: сегодня существует множество центров или референтных групп, в которых формируются свои правопорядки (на уровне обычного права), которые не всегда дополняют официальный правопорядок. Это связано, ко всему прочему, с тем, что в условиях «многообразия информационных потоков трансляция целостной и универсализированной картины мира оказывается невозможной, Она становится клиповой и разорванной; для нее характерны теперь поверхностное скольжение по разным дискурсам и отход от привычных иерархических схем мышления»⁴⁷. Более того, при очевидном росте контроля со стороны государства за населением, опять-таки использующем новые технологии, он – контроль – затрудняется используемыми цифровыми технологиями, обеспечивающими относительную приватность. Поэтому в множестве социальных групп складываются собственные нормы права (так называемое «живое право» в социолого-правовой терминологии), воспроиз-

44 Кастельс М. Власть коммуникации / пер. с англ. Н.М. Тылевич; под науч. ред. А.И. Черных. М., 2016. С. 20.

45 Там же. С. 76.

46 Krastev I. From Politics to Protest // Journal of Democracy. 2014. Vol. 25. N24. P. 5-19.

47 Горин Д.Г. Производство смысла и коды социального опыта в России. М.: Книжный дом «ЛИБРОКОМ», 2011. С. 336.

водимые повседневными практиками. В этой связи возникает серьезная теоретическая (и практическая) проблема как официальное право должно реагировать на такую мультикультурность. Полагаю, что ответ зависит от политики данного государства и оценки неофициальных правовых институтов – насколько угрожающими они воспринимаются правящей элитой⁴⁸. Кроме того, развитие цифровых технологий в демократических государствах формирует нового субъекта правовой инновации – народную инициативу, которой, чтобы она стала фактически действующей, должен быть предан официальный статус законодательной инициативы. Еще важнее, с точки зрения социологии права, роль медиа, использующих цифровые технологии, в деле легитимации официально принятого нового правового института. Так, в нашумевшей книге Э. Херманна и Н. Хомского «Производство согласия»⁴⁹, авторы развивают идею о принципиально важной роли СМИ в формировании общественного мнения (прежде всего, в международной политике, в том числе, в отношении к Вьетнамской войне в США, в признании выборов в странах третьего мира как свободных или антидемократических в связи с идеологическим отношением к ним в Белом Доме). Только если широкие народные массы принимают нормативный правовой акт, используют его в повседневных практиках, тогда он обладает социальной действительностью как действительностью, в противном случае остается мертворожденным.

Итак, власть (точнее – власти во множественном числе в конкурентной борьбе с другими центрами власти), используя цифровые медиа-технологии, формирует общественное мнение, убеждая население в том, что правовая инновация жизненно необходима. Затем придает ей юридическую форму. Далее – убеждает правоприменителей и население соблюдать, исполнять, использовать и применять новое правила поведения (новый правовой институт). М. Кастельс достаточно подробно описывает как именно медиа создают основной источник социализирующей коммуникации, т.е. коммуникации, обладающей потенциалом охвата общества, с помощью «фреймирования общественного сознания». «Исследования коммуникации, - пишет испанский социолог, - определили три основных процесса, вовлеченных в отношения между медиа и населением при передаче и получении новостей, с помощью которых граждане воспринимают себя в отношении с миром: установление повестки дня, прайминг и фрейминг.

Установление повестки дня относится к формированию особой значимости одного конкретного вопроса или набора информационных тем источником сообщения (например, конкретной медиаорганизацией) в надежде, что аудитория с повышенным вниманием отнесется к содержанию и формату подобного сообщения. ... Исследования повестки дня установили, что осведомленность общества в вопросах, в частности, политических/стратегических, тесно связана с уровнем освещения вопросов в национальных медиа.

Прайминг (фиксирование установки) происходит: когда новостной контент подсказывает новостным аудиториям, что они должны использовать специальные темы как ориентиры для оценки эффективности деятельности лидеров и правительств. Это часто понимается как расширение установленной повестки дня... Гипотеза прайминга опирается на когнитивную модель ассоциативных сетей. Она предполагает, что сюжеты, связанные

48 Подавляющее большинство неофициальных правовых институтов дополняют действующее законодательство, хотя некоторые (например, институты преступных сообществ) ему очевидно противоречат.

49 Herman E., Chomsky N. Manufacturing Consent: The Political Economy of the Mass Media. 2-nd ed. N.Y., 2002. О роли СМИ в конструировании общественного мнения авторы опираются на пионерскую работу У. Липпмана «Общественное мнение» (1922).

с конкретными вопросами, которые влияют на один узел памяти, могут распространяться, влияя на мнения и установки по другим вопросам.

Фрейминг – это процесс отбора (селекции) и выделения некоторых аспектов событий или проблем и установления связей между ними таким образом, чтобы способствовать распространению определенной интерпретации, оценке и (или) решению. Фрейминг представляет собой основной механизм активации сознания, поскольку он напрямую связывает структуру передаваемого медиа нарратива с нейронными сетями мозга.... Фрейминг как выбранное отправителем сообщения действие иногда является преднамеренным, иногда случайным, а иногда интуитивным, но он всегда обеспечивает прямую связь между сообщением, получающим его мозгом и следующим за этим действием»⁵⁰. Очевидно, что описанные механизмы формирования общественного сознания нуждаются в «переводе» на юридический язык применительно к процессу институционализации правопорядка, но отрицать их эвристическую ценность не приходится.

Важную роль в организации практик, воспроизводящих правопорядок, играет *мотивация*. Она (включая в широком смысле слова все психические проявления активности человека) детерминирует практики, являясь «ближайшей» причиной любого действия и его результата. При этом мотивация задается институтом, в который включен индивид, хабитусом, индивидуальными предрасположенностями (идиосинкразией) и конкретной ситуацией, в которой происходит выбор способа действия (зачастую без специальной рефлексии как результат установки, привычки).

Основоположник социальной феноменологии А. Шюц различал мотив как «состояние дел, цель, которую намерены достичь предпринимаемым действием («мотивом-для») и «(подлинный) мотив-потому-что», с точки зрения действующего относящийся к его прошлому опыту, побуждающему его действовать тем или иным образом»⁵¹. «Даже самые простые взаимодействия в повседневной жизни, - пишет А. Шюц, - предполагают наличие серии конструктов здравого смысла – в данном случае конструктов ожидаемого поведения Другого, - основанных на идеализации, что „мотивы-для“ действующего лица станут „мотивами-потому-что“ его партнера и наоборот. Мы будем называть ее идеализацией взаимности мотивов»⁵².

Правопорядок образуют те практики, которые осмысляются акторами и означиваются ими же с позиции внешнего наблюдателя как юридические. Поэтому правовые практики, именуемые на юридическом языке правоотношениями и простыми формами реализации права (соблюдением, исполнением и использованием), включают как внешний, поведенческий аспект (материальную или объективную сторону), так и внутренний, ментальный или психический, выраженный в постоянной интерпретации и переинтерпретации действий и последствий акторов, контрагентов, ситуации, контекста. Изменения убеждений, как указывает Р. Дворкин, проистекающие из социальной жизни, вызывают трансформации практик⁵³ и, добавлю от себя, являются их источником в социолого-правовом смысле.

50 Кастельс М. Указ. Соч., С. 184-185.

51 Там же. С. 23, 24.

52 Там же. С. 25.

53 Дворкин Р. Империя права / Перс с англ. С. Моисеева; под науч. ред. С. Коваля, А. Павлова. М.: Издательство Института Гайдара, 2020. С. 191.

Таким образом, институциональные практики, образующие и воспроизводящие правопорядок, включают взаимообусловленность (всегда уникальную) структурного принуждения социальных типизаций и личностного опыта, преломляемые к интериоризируемой ситуации в историческом и социокультурном контексте. Такой подход значительно отличается от традиционного позитивистского описания юридической практики, так как акцентирует внимание не только на внешнюю ее сторону, но на диалог как взаимообусловленности разных сторон или аспектов этой сложной многогранной деятельности.

4. Методология сравнительного правоведения применительно к источнику и формам права.

Сегодня – в начале XXI в. – наблюдается переход от классической картины мира к неклассической и постклассической (постнеклассической), который связан с изменением соответствующих типов рациональности⁵⁴. Классическая рациональность, соединяющая познавательный и онтологический аспекты⁵⁵, ориентирована на объективность познания внешнего мира трансцендентным субъектом, воплощающим научный разум как таковой, а тем самым постулирует универсальность и аподиктичность научного знания. Она четко описывается схемой субъект-объект. Неклассическая рациональность проблематизирует объективность познания, признавая зависимость представления об объекте от используемого метода (шире – позиции субъекта). Она вписывает в субъект-объектное отношение опосредующий его метод. Постклассическая (или постнеклассическая) рациональность вводит субъект-объектное отношение в социокультурный контекст, определяемый историей, ценностями, интересами и потребностями субъекта⁵⁶. Ближе всего к постклассическому типу рациональности, как представляется, примыкает парадигма социальной эпистемологии⁵⁷, а также социологии знания. Именно они могут быть использованы в качестве методологии компаративистики, адекватной вызовам постсовременности⁵⁸.

«Человекоцентристское» измерение социальности, сформированное постклассической картиной мира, основанное на методологии социального конструктивизма⁵⁹, а также близких ему теоретических направлениях дискурс-анализ⁶⁰ и теории социальных пред-

54 См. подробнее: Постнеклассика: философия, наука, культура: Коллективная монография / Отв. ред. Л.П. Киященко, В.С. Степин. СПб., 2009.

55 «Научный Метод должен обеспечивать взаимное соответствие мышления и социальной действительности» - описывает Декартову установку Ю.Л. Качанов. – Качанов Ю.Л. Социология социологии: антитезисы. М.; СПб., 2001. С. 39.

56 Отличия классической, неклассической и постнеклассической научной картины мира, включающей соответствующий тип рациональности, связаны также с типами объектов исследования (конструируемые научной картиной мира): простые механистические системы, сложные саморегулирующиеся системы и сложные саморазвивающиеся системы. – Степин В.С. Классика, неклассика, постнеклассика: критерии различения // Постнеклассика. С. 250 и след.

57 См.: Социальная эпистемология: идеи, методы, программы / Под ред. И.Т. Касавина. М., 2010.

58 См. подробнее: Честнов И.Л. Методология сравнительного правоведения // Голубева Л.А., Черноков А.Э., Честнов И.Л. Сравнительное правоведение: учебник для высших учебных заведений. Гатчина: Изд-во ГИЭФПТ, 2020. С. 51-78.

59 Честнов И.Л. Конструирование социально и правовой реальности // Конструирование девиантности. Монография / Под ред. Я.И. Гилинского. СПб., 2011; Gergen K. Realities and relationships: soundings in social construction. Cambridge (Mass.); London, 1994. P. 184.

60 Fairclough N. Critical Discourse Analysis. London, 1995; Laclau E. Discourse // The Blackwell Companion to Contemporary Culture / Ed. By R. Goodin, P. Pettit. Oxford, 1993; Laclau E, Mouffe C. Hegemony and Socialist Strategy. Towards a Radical Democratic Politics. London, 1985.

ставлений⁶¹ предлагает следующую «картину» социальной реальности: 1) любое социальное явление (процесс, норма, институт) существует в трех модусах бытия – в виде массового поведения, знаковой формы и ментального образа, включая индивидуальные, групповые и коллективные (социальные, общественные) формы проявления, взаимодействующие друг с другом; 2) социальное явление является результатом предшествующей практики, в том числе, означивания, в определенном смысле результатом произвола (по отношению к предшествующим явлениям и практикам), который, впрочем, не может быть каким угодно, выступая, в то же время, относительно устойчивой структурой – массово повторяющимся поведением, зафиксированным знаком и общепринятым ментальным образом; 3) социальное явление (институт) не есть некая данность, объективная сущность, открываемая в «природе вещей», а представляет собой социальный конструкт, обусловленный и ограниченный хабиитуализацией (опривычиванием) предшествующих практик; 4) оно никогда не является окончательно завершенным, а находится в состоянии постоянного переосмысления, а тем самым, трансформации; 5) любое социальное явление контекстуально и релятивно: оно зависит от исторического и социокультурного контекста, то есть, его содержание определяется связью с другими социальными явлениями и обществом как целым.

В общем и целом, постклассическая методология предполагает «переоценку фундаментализма, признание многомерного образа реальности, а также неустранимой множественности описаний и «точек зрения», отношения дополнительности и взаимодействия между ними. Преодоление тотального господства одной (любой) доктрины – это, по существу, не только идеологическое, но и методологическое требование для философии познания XXI века. Мы уже работаем в контексте многих постмодернистских принципов, не всегда осознавая, как известный герой Мольера, что „говорим прозой“»⁶².

Переходя собственно к методологии сравнительного правоведения, необходимо отметить, что для нее характерны все изложенные выше проблемы⁶³. В принципе, единственное отличие методологии сравнительного правоведения – преимущественное использование всеобщего научного метода – сравнения. При этом юридическая компаративистика использует все иные методы правоведения для наполнения сравнительно-правового анализа конкретным содержанием.

Структуру юридической компаративистики можно вслед за А.Д. Тихомировым описать как единство и взаимодополнение доминирующего мировоззрения, типа научного мышления, существующих общенаучных и частнонаучных парадигм. философских и других оснований, методологических подходов, теории и других научных знаний, потенциально возможных и используемых методов, методик конкретных юридических компаративных исследований⁶⁴.

61 Moscovici S, Farr R. (eds.) Social Representations. Cambridge, 1984.

62 Микешина Л.А. Философия познания... С. 53 – 54. Авторы коллективной монографии «Социальная эпистемология», которую смело можно квалифицировать как постклассическую, выделяют следующие ее характерные черты: контекстуализм, герменевтическую истолковательность, дискурсивность, интерсубъективность, смысловую направленность, релятивизм, акцент на практическое знание и экзистенциальный опыт, категориальные сдвиги в неклассическом мышлении. – Социальная эпистемология: идеи, методы, программа /Под редакцией И.Т. Касавина. М., 2010. С. 15 – 257.

63 См. подробнее: Тихомиров А.Д. Юридическая компаративистика: философские, теоретические и методологические проблемы. Киев, 2005. С. 187-261.

64 Тихомиров А.Д. Указ. Соч. С. 253.

Сравнительный метод позволяет соотнести изучаемое явление с другими явлениями и тем самым гораздо лучше выявить его существенные характеристики. Однако, несмотря на многочисленную литературу по сравнительному правоведению, приходится констатировать, что этот метод (точнее – методика, основанная на всеобщем методе сравнения) в юриспруденции разработан крайне недостаточно. Поэтому обратимся к социологической и политологической литературе, в которой методологические проблемы сравнительного анализа изучены гораздо лучше⁶⁵.

Сравнение как таковое – это выявление общего и особенного в сравниваемых объектах, явлениях. В результате можно обнаружить эмпирические законы соответствия (корреляции), последовательности условий и явлений (каузации) или отношения подобия, хотя само по себе сравнение – не более чем описание, иллюстрация, средство подтверждения некоторой гипотезы⁶⁶.

В основе методики сравнения лежит выявление отношений между заранее выделенными переменными. При этом выделяются зависимые переменные (выступающие как результат воздействия некоторых условий, обстоятельств) и независимые (характеризующие эти условия и обстоятельства), а также вмешивающиеся (оказывающие определенное воздействие на связь зависимых и независимых переменных). Важное значение при сравнительных исследованиях придается также выбору параметров – постоянных характеристик (качеств) объекта.

При проведении сравнения возникают достаточно серьезные методологические проблемы, на которых следует остановиться подробнее.

1) Проблема сравнимости. Условием сравнения является некоторая относительная схожесть и различие исследуемых объектов, явлений. Тожественные и абсолютно несхожие явления сравнительному анализу не поддаются. Поэтому необходимо найти «золотую середину» того и другого. При исследовании отношения зависимых и независимых переменных рекомендуется выбирать объекты, схожие по большинству параметров, хотя можно использовать максимальное различие для выявления их контрастности.

2) Проблема эквивалентности понятий и процедур, используемых в исследовании. Она связана с проблемой лингвистической относительности, то есть невозможности адекватного перевода содержательных понятий с языка одной культуры на язык другой⁶⁷.

65 Алмонд Г., Пауэлл Дж., Стром К., Далтон Р. Сравнительная политология сегодня. Мировой обзор. М., 2002; Доган М., Пеласси Д. Сравнительная политическая социология. М., 1994; Сморгун Л.В. Сравнительная политология: Теория и методология измерения демократии. СПб., 1999; Он же. Современная сравнительная политология. Учебник. М., 2002; Чилкот Р.Х. Теории сравнительной политологии. В поисках парадигмы. М., 2001. Обращаем внимание, что в этих работах рассматриваются именно методологические проблемы сравнения, а не просто приводятся результаты сравнительных исследований. Из юридических исследований метода сравнительного правоведения можно выделить: Ансель М. Методологические проблемы сравнительного правоведения // Очерки сравнительного права / Отв. ред. В.А. Туманов. М., 1981; Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. Т. I.: Основы. М., 1998; Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. М., 1996; Марченко М.Н. Сравнительное правоведение. Общая часть: Учеб. для юрид. вузов. М., 2001. Пожалуй единственным монографическим исследованием методологии сравнительного правоведения на постсоветском пространстве является монография А.Д. Тихомирова: Тихомиров А.Д. Юридическая компаративистика: философские, теоретические и методологические проблемы. Киев. 2005.

66 Сморгун Л.В. Сравнительная политология. С. 35.

67 С этой проблемой столкнулись, в частности, японцы, когда в конце XIX в. проводили реформы своего законодательства по образу и подобию западноевропейского: оказалось, что в японском языке не адекватного эквивалента английскому *freedom*, так как соответствующий японский термин означает эгоизм, что для японцев высшей ценностью не является. В каком же смысле тогда можно говорить о правах человека в Японии? – См.: Doi T. The anatomy of dependence. Tokyo, 1981. P. 84 – 85; White M. The Japanese educational challenge: A commitment to children. N.Y., 1987. P. 24.

Поэтому перед проведением сравнительного исследования необходима концептуализация и по возможности операционализация основных понятий, терминов, на основе которых оно будет производиться. При этом желательно сходство индексов и индикаторов сравниваемых объектов. Для установления единства используемых в разных культурных контекстах понятий рекомендуется процедура обратного перевода, предварительного зондажа используемых понятий.

3) Проблема универсальности: отражают ли общие понятия реальное содержание правовых процессов и явлений в различных культурно-исторических контекстах? Для преодоления этой, вытекающей из предыдущей, проблемы рекомендуется сравнение, проводимое по нескольким уровням абстрактности выделяемых процессов.

4) Проблема интерпретации сравниваемых явлений: одно и то же правовое явление имеет разные смыслы в различных культурно-исторических контекстах. Способом преодоления этой проблемы может быть идея, высказанная Л. Витгенштейном, состоящая в том, что смысл слова может быть обнаружен только в контексте его использования, применения. Поэтому сравнительный анализ, например, демократического политического режима или прав человека в различных странах должен быть конкретизирован условиями (способами) их практического воплощения и анализом значений, им придаваемых в соответствующей культуре.

Существуют и другие проблемы методологического свойства, относящиеся к сравнительному анализу⁶⁸. При проведении конкретных сравнений используются следующие методики: 1) case study – анализ отдельного случая, одного конкретного правового института, явления и его сравнение с другим отдельным конкретным явлением. Она используется для интерпретации данного явления с точки зрения определенной теории, для проверки (подтверждения) теории, гипотезы, для изучения отклоняющихся от нормы явлений. 2) Бинарное сравнение – исследование двух явлений для выявления общего и особенного в них. 3) Региональное сравнение – сравнение групп регионов, государств с точки зрения схожести и различия их некоторых параметров (например, уровня преступности). 4) Глобальное сравнение – анализ некоторых параметров (например, преступности) в мировом масштабе (в большинстве стран мира, в регионах мира). Эти исследования стали наиболее популярными в 60-е гг. XX в. в связи с появлением «глобальной» статистики, однако в 90-е гг. их интенсивность несколько упала из-за проблемы сравнимости. 5) Кросс-темпоральное исследование – включающее переменную времени, то есть динамический анализ: динамику изменения какого-либо явления, свойства изучаемого объекта в определенный промежуток времени. Это может быть как локальный уровень сравнения, так и глобальный⁶⁹.

Использование перечисленных выше методик может быть использовано достаточно легко для сравнения форм внешнего сравнения нормативности права. И учебники, учебные пособия, монографии по компаративистике содержат хороший именно такого рода материал. Однако если пытаться проводить сравнительный анализ источника права в социолого-правовом аспекте, то потребуются гораздо более сложное с методологической точки зрения исследование, которое включало бы анализ правовой культуры как контекста юридически значимых практик, господствующий в данном социуме механизм юри-

68 См.: Сморгун Л.В. Сравнительная политология. С. 40 – 48.

69 О видах сравнительных исследований см. подробнее: там же. С. 49 – 53.

дического означивания, изучение мотивации акторов правопорядка и другие моменты, о которых речь шла выше. Но, несмотря на большую сложность такого рода исследования, именно оно даст гораздо более адекватную картину, например, правовой системы Японии и объяснит почему близкая к романо-германской система законодательства реализуется на практике весьма специфическим образом. Это же, хотя и с меньшей очевидностью, характерно и для сравнения источника и форм права в России и Болгарии.

1.3. Соотношение источника права и формы права

Авторство термина «источник права» принадлежит перу не юриста, а историка. Им стал древнеримский историк Тит Ливий. Античный учёный в произведении «Римская история от основания города» писал: «Законы двенадцати таблиц – источник всего публичного и частного права». Сегодня мы можем предположить, что эти слова носят характер метафоры, сравнения, но не научного понятия. Вероятно, Тит Ливий понимал под источником права в данном контексте истоки, корни римского права, основу, фундамент, на которых сложилось право Римского государства. С тех пор понятие «источника права» прочно вошло в словарь юриста и используется как учёными, так и практиками. Вместе с тем и сегодня продолжают споры о значении данного понятия, то, утихая, то, вновь вспыхивая с новой силой, словно тлеющие угли.

В дореволюционном правоведении Е.Н. Трубецкой писал, что источники права представляют собой не все силы и причины, которые вызывают право к жизни, а только те силы и причины, которые сообщают тем или другим правилам значение юридических норм, т.е. обуславливают их обязательность. Обязательность законам придаётся государственной властью, обычаям – практикой. Все эти причины или условия сводятся по существу к одному первичному условию – авторитету общества людей, в котором действуют эти нормы⁷⁰.

В советской правовой науке также не было единства мнений по поводу понятия источника права. Одни исследователи источниками права считали материальные условия жизни общества, другие – формы выражения права и придания ему свойства обязательности, третьи объединяли эти подходы и выделяли два значения данного термина – материальный и формальный (специально-юридический)⁷¹. Вслед за Н.М. Коркуновым ряд исследователей советского периода сущность источника права связывали с теми формами объективирования юридических норм, которые служат признаками их обязательности⁷².

Следует отметить, что взгляды советских учёных на понятие источников права были обусловлены господствующим в то время юридическим мировоззрением, основываемым на марксизме-ленинизме. Поэтому неудивительно, что истоки, корни права учёные того времени искали в производственных отношениях, а право и его формально-юридические источники сводили к государственной воле и такой форме его выражения как нормативно-правовому акту. Отрицалось в советском правоведении значение таких

70 Трубецкой, Е.Н. Энциклопедия права. / Е.Н. Трубецкой. - Спб.: Лань, 1999. С. 98.

71 Шебанов, А.Ф. Форма советского права. / А.Ф. Шебанов. - М.: Юридическая литература, 1968. С.39; Зивс, Л.С. Источники права. / Л.С. Зивс. - М., 1981. С. 22.

72 Левенок, А.А. Источники права в современной теории государства и права. / А.А. Левенок. // Правовые проблемы укрепления российской государственности: Сборник статей. Ч. 15. / Под ред. В.Ф. Воловича. Томск. 2003. С. 126 – 130.; Муромцев, Г.И. Источники права (теоретические аспекты проблемы). / Г.И. Муромцев. // Правоведение. 1992. № 2. С. 23 – 30.; Мицкевич, А.В. Источники (формы выражения) российского права. / А.В. Мицкевич. // Закон: создание и толкование / Под ред. А.С. Пиголкина. М., 1998. С. 7 – 40.

источников права как правовой обычай, юридический прецедент, судебная практика, правосознание и правовая доктрина.

Неоднозначно источник права определяется и в зарубежной юридической науке. Разные подходы к определению источников права приводит французский учёный-теоретик Жан-Луи Бержель. В своём произведении «Общая теория права» автор выделяет содержательные и формальные источники права. Содержательными (сущностными) источниками или созидательными силами права могут быть, как указывает Жан-Луи Бержель, разнообразные принципы, служащие идеологической основой права, а также факты социальной действительности, требования ситуации. Формальными же источниками, с точки зрения учёного, являются формы формирования юридических норм, то есть приёмы и акты, посредством которых эти нормы вызываются к жизни, становятся составной частью позитивного права и обретают статус норм закона⁷³.

По нашему мнению, споры по поводу термина «источники права», отсутствие поддерживаемой всеми учёными точки зрения на его значение предопределяются следующими причинами.

Прежде всего, многозначностью самого слова источник. Правоведы основываются лишь на одном или двух значениях этого слова, а потому и не приходят к единодушному пониманию⁷⁴. На наш взгляд следует определить все значения данного понятия, используемого в науке о праве и практической юриспруденции, и выбрать из них тот, который действительно отражает те или иные закономерности права и имеет практическое значение в правовом регулировании для упорядочения отношений между людьми и разрешения юридических дел.

Кроме того, смысловое значение понятия источника права зиждется на правопонимании исследователя.⁷⁵ Так, сторонники естественно-правовой концепции связывают источник права с божественной волей, естественным порядком вещей, разумом человека, равенством и справедливостью. Юристы, которые стоят на позициях юридического позитивизма, источник права отождествляют с волей государства. Представители социологического направления в юриспруденции источники права сводят к социальным условиям жизни общества или правотворческой и правоприменительной деятельности государственных органов. Основатель юридического нормативизма Ганс Кельзен источник права выводит из самого права. Одна юридическая норма основывается на другой правовой норме, истекает из её юридической силы.

Анализ подходов к источникам права наводит на мысль, что большинство юристов источники права понимают как силы, творящие право.

Представляется, что источник права следует понимать в нескольких смыслах.

Во-первых, с позиций происхождения слова, его общеупотребительного значения источник представляет собой: 1) струю жидкости, вытекающую из земли; 2) то, что даёт начало чему-нибудь, откуда исходит что-нибудь; 3) письменный памятник, документ, на основе которого строится научное исследование⁷⁶. Юристы восприняли второе и тре-

73 Бержель, Ж.-Л. Общая теория права. / Ж.-Л. Бержель. - М.: Notae bene, 2000. С. 97 – 98.

74 Марченко, М.Н. Источники права. / М.Н. Марченко. - М.: Проспект, 2005. С. 45 – 46.

75 Остроух, А.Н. Всероссийская научная конференция «Источники (формы) права: вопросы теории и истории». / А.Н. Остроух. //Правоведение. 2002. № 4. С. 207 – 213.

76 Словарь русского языка/Составитель С.И. Ожегов. М., 1953. С. 225.

ть значение понятия источник в аспекте причин образования права и форм выражения его вовне.

Во-вторых, источники права понимаются как силы, факторы, причины, которые порождают право. При этом как было выше замечено, характеристика источников права как порождающих право факторов зависит от мировоззрения учёного. Источник права коренится в общественной практике, в экономических, социальных, политических и культурных отношениях, которые отражаются в правосознании народа и закрепляются в тех или иных формах права, приобретая черты формальной определённости, общеобязательности, нормативности и гарантированности силой государственного принуждения.

В-третьих, в информационном, идеологическом смысле источник права понимается как идеи, принципы, ценности, воспринятые действующим позитивным правом.

В-четвёртых, источники права могут рассматриваться в качестве источников познания правовых систем прошлого и современности⁷⁷. Это своего рода материал, с помощью которого познаётся происхождение и сущность той или иной правовой системы. Источниками познания права могут быть нормативно-правовые акты, судебные и административные решения, сборники правовых обычаев, произведения и комментарии учёных, археологические и этнографические памятники.

В-пятых, источник права в формально-юридическом аспекте равнозначен внешней форме выражения права, то есть форме его существования и выражения вовне. Данное значение источника права, на наш взгляд, и имеет собственно юридический характер.

Материальный и идеологический аспекты источника права отражают генезис права, его возникновение, причины, лежащие в его основе, сущность права, а потому относятся к вопросам происхождения и понимания права, а также проблемам теории правотворчества, предмету философии и социологии права. Источник права как источник наших знаний права, как правило, употребляется в исторических науках о праве (истории государства и права России, истории государства и права зарубежных стран).

Источник же права в специально-юридическом смысле отражает закономерности существования и организации права, формы его выражения, то есть права как такового, реального, сложившегося социального феномена. В практическом отношении источник права в этом значении характеризует на основе, каких форм права упорядочиваются общественные отношения, какие формы права устанавливают права и обязанности субъектов права, с помощью каких форм права разрешаются юридические дела правоприменительными органами. В этом смысле теория источников права охватывается предметом юридической теории, догмы права, аналитической юриспруденции и имеет практическое значение.

Сущность и назначение источников права выражается в следующих чертах:

1. Источники права придают праву формальную определённую, ясность, точность и недвусмысленность, что препятствует произвольному толкованию и применению юридических норм в угоду чьим-либо интересам. Иными словами формальная определённая права обеспечивает реализацию принципа формального равенства – применение равной меры ко всем субъектам права;
2. Источники права обеспечивают стабильность, устойчивость права, и как следствие предсказуемость, мир и порядок общественной жизни;

⁷⁷ Калинин, А.Ю., Комаров, С.А. Форма (источник) права как категория в теории государства и права. / А.Ю. Калинин, С.А. Комаров. //Правоведение. 2000. № 6. С. 3.

3. Источники права гарантирует определённую и чёткую правовую позицию субъектов права, упорядоченность деятельности государства, что исключает произвол и злоупотребление властью⁷⁸;
4. Источники права служат средством упорядочения, организации содержания права. Так, в нормативно-правовых актах юридические нормы выражаются в особом порядке: распределяются по главам, частям, параграфам, статьям, пунктам и т.д. Такой порядок расположения правовых норм обеспечивает их взаимосвязь, способствует правильному пониманию и применению;
5. С помощью источников право становится доступным для его восприятия, толкования и применения субъектами права и правоприменительными органами;
6. Благодаря внешним формам существования и выражения права поддается научному познанию и осмыслению. Источники права – юридическая действительность, эмпирия, для исследования которой появляется наука – юриспруденция;
7. С помощью источников права право совершенствуется и улучшается;
8. Вне источников, форм выражения позитивное право не существует и представляет собой лишь ценности, идеалы правосознания законодателя или народа. Источником права такие идеалы, идеи, ценности становятся, когда признаются обязательными государством в той или иной форме в силу их авторитета или поддержки обществом.
9. К аргументам за употребление термина «источник права» следует отнести:
 1. Данный термин более удобен для использования в юридическом языке, нежели термин «внешняя форма права», так как он более краток и лаконичен;
 2. Категория источника права отражает все известные мировой практике виды форм выражения права, тогда как внешняя форма права охватывает своим значением писанные источники права (нормативно-правовые акты, договоры с нормативным содержанием, судебные прецеденты). Таким образом, категория источника права является универсальной, так как обобщает черты как писанных, так и неписанных форм права (правосознание, правовая доктрина, принципы права, правовой обычай)⁷⁹;
3. Употребление понятия «источник права» стало традицией, вошло в привычку, признаётся большинством учёных и практиков. Допустимость его использования стала, словно соглашением, конвенцией между правоведами.
4. Таким образом, в исследовании источник права понимается в смысле институциональной формы выражения права, получившей признание со стороны общества и государства и обеспечивающей упорядочение отношений между людьми. При этом право может иметь писаную или неписаную форму, различные способы формирования и санкционирования. Такой подход к источникам права позволяет отвлечься от догматического восприятия права как писаной воли государства и включить в научный обиход реально действующие, но не признаваемые в среде учёных формы проявления права – неписанные источники права. Тщательное изучение природы правовой доктрины приводит к выводу о том, что доктринальные идеи о праве выступают источником права.

78 Черданцев, А.Ф. Толкование закона и договора. / А.Ф. Черданцев. - М., 2003. С. 26 – 27.

79 Сорокин, В.В. Концепция эволюционных преобразований правовых систем в переходный период. / В.В. Сорокин. - Барнаул.: Алт-й гос. ун-т, 2002. С. 396.

1.4. Источники права как основание классификации национальных правовых систем

Одна из задач сравнительного правоведения заключается в разработке классификаций национальных правовых систем. Устоявшимися классификациями являются классификации, предложенные во второй половине XX в Р. Давидом и К. Цвайгертом и Х. Кетцом. Они предложили различные основания классификаций. Р. Давид, кроме юридических критериев, включая юридическую технику, использовал идеологический фактор, принимал во внимание религию, философию, экономику, социальную структуру.⁸⁰ На этих основаниях он ввел понятие «правовая семья» и изначально выделил романо-германскую правовую семью, правовую семью общего права и социалистического права. Позже семья социалистического права была им исключена.⁸¹

К. Цвайгерт и Х. Кетц вводят понятия «правовой стиль» и «правовой круг». Правовой стиль складывается из 5 факторов: это происхождение, эволюция правовой системы, своеобразие юридического мышления, специфические правовые институты, источники права и природа их толкования, идеологические факторы.⁸² В свою очередь выделяются следующие правовые круги – романский, германский, скандинавский, англо-американский, социалистический, право ислама, индуское право.

При всех различиях в классификациях все ученые-компаративисты признают особенность источников права как общее основание выделения правовых систем.

Традиционно две основные правовые семьи – романо-германского и общего права – расходились в соотношении закона и судебной практики. «Общее право» развивалось по пути признания судебного прецедента как источника права. Именно судейское право сформировало единое общее право, что позволяет в зависимости от контекста общее право⁸³ и прецедентное право применять как синонимы. Именно прецедентное право разработало многие принципы и категории права, поскольку писаное право, статуты и делегированное законодательство стали развиваться позже. В английском праве положение закона (статута) определялось принципом парламентского верховенства, согласно которому парламентские полномочия были неограниченными, а все статуты имели равную юридическую силу. В результате идея верховенства конституции как основного закона не была воспринята.

Иная ситуация наблюдалась в правовых системах романо-германского права. Они основывались на идее верховенства закона и исходили из концепции *res judicata*, согласно которой судебное решение является обязательным только для сторон, участвующих в деле. ГК Австрии оговаривает, что судейское право не является источником права. ГК Франции запрещает судьям выносить решения по рассматриваемым делам в виде общего распоряжения, т.е. решения, имеющего законодательную силу. В то же время кодекс Наполеона запрещал судьям отказывать в рассмотрении дела «под предлогом молчания, темноты или недостаточности закона» (ст.4 ГК Франции).

80 Давид Р. Основные правовые системы современности. 1988. М., Прогресс. 496 с.

81 Жофре-Спинози К., Давид Р. Основные системы современности. 2009. М., Международные отношения. 456 с.

82 Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. 2000. М., Международные отношения. 480 с.

83 Общее право также применяется для обозначения правовой семьи. В данном значении в статье термин применяется в кавычках.

Исследование источников права национальных правовых систем позволяет проследить как формирование их общих черт, так и проявление национальных особенностей. На уровне правовой семьи это в конечном счете дает возможность определить, насколько сохраняется своеобразие источников права на данном этапе развития. Ведь система источников, при всей общей консервативности, меняется, что выражается в характере и роли судебной практики, законодательства, правовой доктрины.

Исследование эволюции источников права вносит вклад в развитие теории права. Выявление общих и отличительных черт в развитии источников права ведет к заключениям либо о сближении (конвергенции) или расхождению (дивергенции). Каждое направление строится на приоритете одного или другого направления.

Определенная конвергенция наблюдается в развитии романо-германского и «общего права», прежде всего в изменении соотношения закона и судебного права.

В странах «общего права», несмотря на разное соотношение статута и прецедента на этапе становления, в настоящее время статут и статутное право в целом занимают значительное место в источниках права в результате роста удельного веса. Он привел к тому, что значительная часть общественных отношений регулируется статутами. Изменения в отдельных отраслях также проводится в форме статутов, поскольку прецедентное право развивается поступательно и значительно медленнее.

С другой стороны, в правовых системах романо-германского права увеличивается роль судебного права. В этих странах суды обязаны выносить решение на основе закона, однако расширительное толкование закона зачастую приводит к формированию новой нормы.

Сторонники идеи конвергенции исходят из естественной конвергенции в ходе правовой эволюции. Они полагают, что национальные системы в своей основе имеют общие начала, которые обуславливают в том числе глобальную конвергенцию, получившие в зарубежной правовой доктрине понятие «нового общего права» („new common law“). В данном случае термин «общее право» используется не только для английского права, но приобретает более общий, универсальный характер, определяющий общее развитие разных национальных правовых систем. Таким образом, в таком случае термин «общее право» наполняется новым содержанием. Предполагается, что сходное развитие источников права является проявлением так называемой «естественной конвергенции». То есть для национальных правовых систем характерна тенденция к сближению, и источники права ее выражают. Такая позиция получила развитие в конце XX в. и сохранилась еще в начале XXI в., однако события последних десятилетий продемонстрировали усиление национальных особенностей стран с разными правовыми культурами. Наиболее ярко это продемонстрировал брекзит - выход Великобритании из ЕС. Тем самым было продемонстрировано, что тенденции конвергенции не получили доминирующей позиции в развитии современного права.

Утверждение национальных особенностей привело к развитию «критического сравнительного права», которое делает акцент именно на отличительных чертах национального права и приходит к выводам не о сближении, а о дивергенции. Сторонники данного направления не отрицают, что в основе национальных правовых систем лежат общие подходы. Однако они трансформируются применительно к конкретным социальным условиям. При этом следует заметить, что отличия рассматриваются не в негативном праве, а как следствие многообразия правовых культур.

Черты дивергенции проявляются и в рамках отдельных правовых семей.

Достаточно обратиться к особенностям права стран Северной Европы, в котором традиционно судебское право играло значимую роль, в отдельных аспектах сопоставимую с прецедентным правом. С другой стороны, с этим связана особенность кодификации, которая в этих странах не получила такого завершённого характера, как в странах Западной Европы. В компаративистике это привело к дискуссиям о том, допустимо ли относить право данной группы стран к «общему праву». Однако в силу того, что «общее право» формировалось под влиянием английского права, а здесь такого влияния не наблюдалось, правовые системы стран Северной Европы были отнесены к семье романо-германского права, но выделены в отдельную подгруппу (по определению К. Цвацгерта и Х. Кетца, Северного права).

Определённые различия наблюдаются и в положении судебной практики. В отличие от ГК Франции ГК некоторых европейских стран допускает существование судебного права как вспомогательного, вторичного источника. ГК Швейцарии прямо допускает судебское законодательство. ГК Испании предлагает судьям при обнаружении пробела в праве последовательно обращаться к обычаю, судебному решению, общим принципам.

Различия имеют место и в правовых системах, входящих в правовую семью «общего права». Они начали наблюдаться уже в колониальный период с развитием адаптации английского права к местным условиям.⁸⁴ По мере укрепления национального права и освобождения от английского влияния национальное своеобразие стало проявляться более отчетливо, что привело к многообразию национальных правовых систем в рамках правовой семьи. Как отмечают английские ученые, «общее право» скорее стремится достичь «гармонию в различиях», чем «гармонизации путем устранения различий». Английское право способствовало тому, что различия не нивелировались, а продолжали существовать в рамках правовой семьи.

К примеру, для стран «общего права» характерно разнообразие конституций. Они различаются как по форме (писаные и неписаные, одноактные и многоактные), так и по времени принятия. В данной правовой семье сохраняется различие в положении статута. Если в английском праве он определяется принципом парламентского суверенитета, то в США - принципом жесткого разделения властей.

Ряд существенных различий можно отметить в положении делегированного законодательства. Несмотря на то, что оно активно развивается во всех странах «общего права», его статус, правовое регулирование, а также формы контроля над ним существенно различаются, прежде всего в США как президентской республике и Великобритании как парламентской монархии.

Таким образом, источники права продолжают оставаться важным основанием классификации национальных правовых систем. Они демонстрируют общее и особенное в развитии и состоянии национального права.

1.5. Источник права в трактовке Николая Григорьевича Александрова

Вопрос о понимании источника права и его видах можно рассматривать как один из центральных в теории права. Решение этого вопроса неразрывно связано с проблемой правопонимания, а также «с господствующим мировоззрением, свойственным соответ-

84 Markensinis B. Comparative Law. A Subject in Search of an Audience // Modern Law Review. Vol. 1. P.53

ствующему типу социума, находящемуся на определенном этапе исторической эволюции и характеризующемуся особой социокультурной спецификой»⁸⁵.

Понятие источника права активно обсуждалось еще дореволюционными правоведами. Например, Е.Н. Трубецкой отмечал, что источник права можно понимать в широком смысле – то, из чего право проистекает, и в узком смысле – как форму выражения правовых норм⁸⁶. В советской юридической науке, с одной стороны, был воспринят ряд положений применительно к теории источников права, обоснованных правоведами Российской империи, с другой стороны, в понимание источника права были привнесены новые аспекты, связанные с экономической, социальной и классовой обусловленностью права, с марксистско-ленинской методологией.

В первые годы после революции вопрос о понятии источника права не привлекал внимания советских юристов, так как не являлся актуальным с позиций практики в условиях отсутствия иерархии различных правовых форм. С принятием Конституции СССР 1936 года такая иерархия появилась, хотя и не приобрела завершенного вида. На конституционном уровне было впервые закреплено понятие закона как акта, принимаемого Верховным советом, что позволяло относить все иные акты к числу подзаконных. Это актуализировало вопрос о понятии источника права и его соотношения с понятием формы права.

Николай Григорьевич Александров – выдающийся ученый-правовед – родился в 1908 году, в 1929 г. окончил факультет советского права в Московском государственном университете. В 1936 г. его назначают заведующим сектором трудового права Всесоюзного института юридических наук (ВИЮН). В этой должности он оставался до 1952 г., одновременно с 1946 по 1952 гг. являясь заместителем директора Института по научной части.

Н.Г. Александров известен как специалист в области трудового права. Он в 1947 году защитил докторскую диссертацию на тему «Трудовое правоотношение», являлся членом комиссии Президиума Верховного совета СССР по разработке проекта Основ законодательства Союза ССР и союзных республик о труде и КЗоТ РСФСР 1971 г., был участником рабочей группы по подготовке третьей кодификации трудового законодательства СССР.

В то же время, Н.Г. Александров почти половину своих работ опубликовал в области теории государства и права. Его вклад в эту сферу научного знания представляется очень весомым. Фактически в своих трудах ученый высказал важные концептуальные идеи по многим базовым вопросам теоретико-правовой науки, сохраняющие свою значимость и в современных условиях.

Вопросу о понятии источника права Н.Г. Александров посвятил обширную статью, опубликованную в 1946 году в Ученых трудах ВИЮН⁸⁷.

При разрешении вопроса об источниках права Н.Г. Александров призвал руководствоваться важной методологической предпосылкой – источник любого явления связан с представлениями о его природе. Кроме того, он подчеркнул, что нельзя определять источник права, не опираясь при этом на определение самого права. На этой основе ученый выступил против распространенного в отечественной юриспруденции двоякого понимания источника права: как силы, создающей право, и как формы выражения пра-

85 Честнов И.Л. Сидоренкова М.К. Источник права как механизм правообразования (на примере института *reine forte et dure* в средневековой Англии) // Вестник МГПУ. Серия «Юридические науки». 2011. № 1. С. 36.

86 См.: Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. СПб.: Изд-во «Лань», 1998. 224 с.

87 Александров Н.Г. Понятие источника права // Ученые труды ВИЮН. 1946. Вып. VIII. С. 47-54.

вовых норм. По его мнению, такой подход противоречит принятому в советской науке определению права.

Аргументируя собственный подход к пониманию источника права, Н.Г. Александров отмечает, что непосредственным содержанием права является воля господствующего класса, и право свойственно не всякому обществу, а только классовому: «Следовательно, источники, общие для всех социальных норм классового общества, являются родовыми источниками права»⁸⁸. Исходя из данных предпосылок, ученый сформулировал собственное определение источника права: «Под источником права следует понимать те факты, которые непосредственно обуславливают отличие правовых социальных норм от неправовых и определяют таким образом специфику права»⁸⁹. В свою очередь, такая специфика заключается в общеобязательном характере правовых норм. Нормы приобретают правовой характер в силу их выражения в государственной воле.

Основываясь на обозначенных тезисах, Н.Г. Александров раскрывает свое понимание источника права: «Источник права – нормотворческая деятельность государства, выражающая политику господствующего класса, основанную на материальных условиях жизни данного класса. Источник права – вид деятельности государства, заключающийся в установлении юридических норм или в признании юридическими иных социальных норм»⁹⁰.

Таким образом, в своих суждениях об источниках права Н.Г. Александров проявляет себя не только как последовательный марксист, который в корень общественно-политических явлений ставит классовую борьбу, но и как нормативист, рассматривающий право в качестве продукта деятельности государства. Именно правотворческую деятельность государства он считает источником права, отвергая иные возможные подходы. В том числе применительно к обычаю, возникшему в повседневной жизни людей и затем санкционированному государством, ученый отмечает, что и тут усматривается государственная воля как источник права: «характер содержания этих норм меняется, поскольку, приобретая юридическую силу, они уже начинают выражать государственную волю, волю господствующего класса. Вот почему и акты санкционирования органами государственной власти тех или иных социальных норм нельзя считать источниками права только „в формальном смысле“»⁹¹.

Представляет интерес позиция Н.Г. Александрова по вопросу о судебном прецеденте как источнике права. В современных условиях интерес к вопросам, связанным с судебным прецедентом, актуализирован в связи с процессом конвергенции правовых систем, в силу которой прецедент все шире проникает в правовые порядки романо-германского типа.

Н.Г. Александров полагал, что судебные акты публичной власти древнейших времен можно рассматривать как источники права, так как этими актами складывавшиеся отношения возводились в обязательное правило. По его мнению, именно судебный прецедент бы самой древней формой права, а не обычай, которому традиционно приписывают эту роль. Дело в том, что правом становится не всякий обычай, а лишь тот, который офици-

88 Александров Н.Г. Указ. соч. С. 51.

89 Там же.

90 Там же.

91 Там же. С. 51-52.

ально санкционировал публичной властью. «Следовательно, правовому обычаю должен предшествовать акт признания этого обычая публичной властью»⁹².

Ученый справедливо утверждает, что в разных правовых системах и в разное время могут различаться и виды источников права, и соотношение между источниками разных видов. Это определяется тем, какие формы деятельности государства и какие его органы избирает экономически господствующий класс. Он приводит собственную позицию по вопросу о классификации источников права. В основание такой классификации, по мнению ученого, можно положить способ выражения правотворческой воли. В первом случае такая воля выражается в отношении относительно неопределенного числа однородных отношений. «В других случаях выражение воли касается единичного отношения, но повторяется, встречаясь с однородными отношениями... В первом случае будет иметь место законодательная деятельность в широком смысле этого слова, во вторых случаях – это судебная практика, а также практика органов государственного управления (административная практика)»⁹³. Н.Г. Александров особо подчеркивает значение административной практики, которую, по его мнению, часто недооценивают, в то время как она нередко не ограничивается применением норм права, но также может выступать источником выработки юридических норм. При этом он четко разграничивает административную практику как источник права и административный прецедент как одну из юридических форм. В этом положении, кроме прочего, последовательно проявляется защищаемое ученым разграничение источников и форм права.

Подводя итог, Н.Г. Александров констатирует, что видами источников права могут быть законотворчество, судебная и административная практика. Фактически речь идет о деятельности государства, направленной на выработку правовых норм. При этом ученый отмечает: «Встречающиеся в юриспруденции указания в числе источников права на обычай, договоры, правоведение и так далее находятся в противоречии с диалектически-материалистическим пониманием права, поскольку все эти факторы не способны непосредственно придать нормам юридическую силу, приобретаемую ими только в случаях признания их государством»⁹⁴. Такое признание, по мнению ученого, происходит посредством законотворчества либо судебной, а также административной практики. Соответственно, основными формами выражения правовых норм могут быть либо нормативные акты, принятые органами государственной власти, либо судебные и административные прецеденты. Все иные формы, такие, как правовые обычаи, договоры с нормативным содержанием и т.д. могут рассматриваться только как вторичные и производные. «Источник права, - пишет Н.Г. Александров, - есть особый акт волеизъявления, который не следует отождествлять с объективированной волей. Закон, судебный прецедент, юридический обычай и тому подобное суть именно формы объективирования правотворческой воли»⁹⁵.

Также представляют научный интерес рассуждения Н.Г. Александрова о таком источнике, как договор. В одной из статей ученый рассматривал роль договора в регулировании общественных отношений⁹⁶. Он отмечал разнообразие значений, в которых употре-

92 Там же. С. 52.

93 Там же. С. 53.

94 Там же. С. 53.

95 Там же. С. 53.

96 Александров Н.Г. К вопросу о роли договора в регулировании общественных отношений // Ученые записки

бляется понятие договора, в связи с чем призывал при пользовании им указывать, какой смысл в данном случае вкладывается.

Воззрения Н.Г. Александрова на договор можно представить в виде нескольких тезисов.

Договор является источником права в том случае, если он влечет возникновение юридической нормы.

Договор является одной из возможных форм выражения юридической нормы.

«Договор с нормативным содержанием должен быть познавательно противопоставлен договору как юридическому факту, договору-сделке»⁹⁷.

«Отличительной особенностью договора является формальное равенство участвующих в нем воле, по крайней мере в момент совершения самого договора»⁹⁸.

Завершая рассмотрение особенностей договора, Н.Г. Александров в очередной раз подчеркивает, что понятие источника права более логично применять не к нормативным актам, а к правообразующим фактам, что не исключает необходимости «рассматривать проблему договора не только в учении о юридических фактах, но и в учении об источниках права»⁹⁹.

Выраженный нормативизм, характерный для правопонимания Н.Г. Александрова и проявившийся в его трактовке источников права, привел ученого к выводу о том, что не существует содержательного отличия между законами и административными актами, такое отличие оказывается лишь формальным. Такая позиция противоречила воззрениям многих выдающихся отечественных юристов дореволюционного периода¹⁰⁰, но вполне соответствовала марксистским представлениям о сущности права. Формальные признаки, имеющие, как правило, важное значение для юристов, в марксизме отступали на второй, а то и третий план перед вопросами классового содержания правовых актов. В то же время, сохраняют свое значение и требуют дальнейшего исследования идеи Н.Г. Александрова о том, что соотношение между источниками права, их дифференциация зависят от формы правления, особенностей устройства каждого конкретного государственного аппарата.

1.6. Вклад болгарской юридической науки в развитие теории источников права

Высокий уровень теоретической юриспруденции в Болгарии имеет глубокие исторические корни. Еще в IX в. во времена Первого Болгарского царства была создана Преславская книжная школа, первая славянская книжная школа в мире, основанная первоначально в 886 г. в Плиске и перенесенная в 893 г. в новую болгарскую столицу Преслав. Главной задачей школы была деятельность по переводу священных христианских книг на старославянский язык, а также велась учебная и творческая деятельность. По одной из версий именно здесь была создана кириллица. Здесь же Константином Преславским была написана Азбучная молитва, одно из самых ранних славянских стихотворных произведений.

ВИЮН. Вып. 6. М.: Юриздат, 1947.

97 Александров Н.Г. К вопросу о роли договора в регулировании общественных отношений. С. 70.

98 Там же. С. 82.

99 Там же. С. 83.

100 См., напр.: Коркунов Н.М. Указ и закон. СПб., 1894.

Следует упомянуть и один из крупнейших культурных центров Болгарии – Охридскую книжную школу, созданную в 886 г. и действующую до 1767 г. За время своего существования школа подготовила более 3500 учителей и проповедников. По другой версии кириллица была создана учеником Кирилла и Мефодия Климентом Охридским в Охридской книжной школе.

Эти школы заложили традиции, которые в последующем повлияли на развитие всех гуманитарных наук. И при становлении и формировании юриспруденции в самостоятельную отрасль науки, правовые знания ложились уже на хорошо подготовленную почву.

Большую роль в развитии болгарской юриспруденции сыграл юридический факультет Софийского университета, который с небольшим перерывом существует с 1892 г.

Такие предметы как «Общая теория права» и «Общее учение о государстве» преподавались на юридическом факультете с момента его создания. К концу 1940-х годов во многом под влиянием советской юридической науки стала преподаваться общая учебная дисциплина – «Общая теория государства и права». В настоящее время на факультете вернулись к прежней системе преподавания¹⁰¹.

Прежде чем говорить о научных достижениях болгарских юристов, думается, имеет смысл хотя бы кратко сказать о том, как вопрос об источниках права отражен в болгарской учебной литературе.

Так, в учебнике «Общая теория права» Ц. Торбов пишет, что возникновение права протекает в трех основных направлениях: Во-первых, это правовой обычай – утвержденные государством уже существующие обычаи. Во-вторых, судебный и административный прецедент – правовой прецедент. Он представляет судебный или административный акт, который служит образцом для решения всех последующих подобных дел. В-третьих, нормативный акт – это источник права, созданный компетентным государственным органом, содержащий общие правила поведения¹⁰².

Подобные точки зрения высказаны и в других болгарских учебниках по общей теории права¹⁰³.

Это достаточно традиционный подход к пониманию и видам источников права, который характерен не только для болгарской юриспруденции, но для юриспруденции других социалистических и пост-социалистических стран.

В более современном учебнике по общей теории права Т. Колев рассматривает источники права также в трех аспектах, но его подход все же отличается определенной новизной. Суть его заключается в следующем. Во-первых, это источники права в историческом смысле, во-вторых, источники как основание права, и, в-третьих, источники как специфическая правовая форма, в которой действует позитивное право. В последнем случае источник права это акт, в котором содержатся действующие правовые нормы¹⁰⁴.

Представляет интерес и болгарская «Программа (вопросник) по теории государства и права», предназначенный для конкурса докторантов.

101 https://bg.wikipedia.org/wiki/Теория_на_правото

102 Торбов Ц. Обща теория на правото. – София, 2002.

103 Милкова Д. Обща теория на правото. – София, 2003; Ташев Р. Обща теория на правото. Основни правни понятия. – София, 2007 и др. Необходимо отметить, что помимо учебника по общей теории права, Р. Ташеву принадлежит и серьезное монографическое исследование по проблемам источников права: Ташев Р. Новите източници на българското право. – София, 1996.

104 Колев Т. Теория на правото. – София, 2015.

Тема IV «Источники права» данной программы предусматривает такие традиционные вопросы как понятие и виды источников права, закон как источник права, виды законов, нормативные акты исполнительной власти, международные договоры, судебный прецедент, правовой обычай, правовая доктрина как источники права и другие.

Вместе с тем, ставятся и вопросы, которые в российской юридической науке относятся к числу дискуссионных – решения Конституционного суда (в болгарской терминологии – толковательные решения), судебная практика как источник права.

Имеются и вопросы, которые в российской юриспруденции пока не нашли достаточного отражения – интегративные источники права, негативные и позитивные судебные источники. Такая постановка вопроса достаточно интересна и дает богатую пищу для размышлений.

Заслуживает внимания и список рекомендованной литературы к данной программе. В нем, помимо трудов известных болгарских ученых, рекомендованы труды классиков мировой юриспруденции Дж. Ролса, Ю. Хабермаса, Г. Харта, Г. Кельзена и других.

Что же касается научной составляющей, то необходимо сделать важную оговорку о том, что здесь использованы только те публикации, которые были доступны автору. Причем как на языке оригинала, так и публикации, переведенные на русский язык. Поэтому вполне возможно, что вне поля зрения остались какие-то работы болгарских ученых, которые значимы для полного и всестороннего исследования проблемы источников права в болгарской юридической науке.

В социалистический период труды болгарских юристов в нашей стране были весьма востребованы, многие из них переведены на русский язык¹⁰⁵, включены в списки литературы учебных программ по теории государства и права и получили высокую оценку у советских юристов.

Если не принимать во внимание политическую составляющую, которая в то время была неизбежна, то следует признать, что болгарские юристы внесли большой вклад как в развитие общей теории права в целом, так и теории источников права в частности.

Одним из наиболее известных в нашей стране болгарских юристов был и остается Н. Неновски, видный ученый, педагог и практик. В разное время он был профессором и заместителем директора Института государства и права Болгарской Академии Наук, преподавал в Софийском и Новом болгарском университетах, был заместителем Председателя Совета по вопросам законодательства и заместителем председателя Консультативного совета по вопросам законодательства Национального собрания Болгарии.

Исследуя проблемы преемственности в праве, Н. Неновски особо отмечал преемственность в форме права. Не вступая в полемику о понятии формы права, он исходил из традиционной точки зрения, что существует внутренняя и внешняя форма права. При этом, когда он писал о внутренней форме права, имелись в виду структура правовой нормы, либо структура системы права. А внешняя форма права – это источники права. И, как отмечал Н. Неновски, различие между внутренней и внешней формами права не должно скрывать единство двух этих форм¹⁰⁶.

105 Неновски Н. Преемственность в праве / пер. с болгар. – М., 1977; Янев Я. Правила социалистического общежития. Их функции при применении правовых норм / пер. с болгар. – М., 1980; Неновски Н. Единство и взаимодействие государства и права / пер. с болгар. – М., 1982; Спасов Б. Закон и его толкование / пер. болгар. – М., 1986 и др.

106 Неновски Н. Преемственность в праве. – С. 98-103.

С одной стороны, подход Н. Неновски во многом совпадает с преобладающей в то время в социалистическом праве точкой зрения. Однако, с другой стороны, такой системный подход к проблеме преемственности в праве позволяет дать всестороннюю оценку этому явлению, в том числе и в отношении источников права.

Так, например, автор писал, что хотя такой источник права как нормативный акт рассматривается как элемент формы права, он не исчерпывает форму права вообще как более широкого понятия, а лишь является ее проявлением. И что важно, и в целом источники права не исчерпывают формы права, а являются лишь внешним проявлением, внешней формой¹⁰⁷.

Это еще раз подчеркивает системный подход к исследуемой проблеме и делает эту работу автора значимой для всей общей теории права¹⁰⁸.

В другой своей монографии «Единство и взаимодействие государства и права» Н. Неновски также продемонстрировал образец системного исследования, показывая многоаспектность понятия права в его взаимосвязи с государством. В первом случае право рассматривается как совокупность норм, сформулированных в нормативных источниках государства – закон, указ и т.д. (институциональный аспект). Во втором случае как юридическая форма общественных отношений, причем как формально провозглашенных, так и фактически существующих (субстанциональный и атрибутивный аспекты)¹⁰⁹. И хотя данный вывод сделан в рамках исследования, имеющего другие конкретные задачи, его значимость для правильного осмысления проблемы источников права налицо.

Исследуя возможные пути воздействия государства на право, Н. Неновски главной формой считал правотворчество. Но при этом он обоснованно отмечал, что государство, хотя и участвует в формировании права, но не является основным определяющим фактором и этим направлением. Государство лишь придает праву те или иные формы (закон, судебный прецедент и др.), но не обуславливает необходимость существования права¹¹⁰.

Данный вывод говорит о том, что, несмотря на тесную взаимосвязь государства и права, право как социальное явление обладает значительной самостоятельностью в самых разных проявлениях, в том числе и в области источников права.

Другой болгарский исследователь Б. Спасов был известен не только как видный ученый, труды которого изданы во многих странах мира (России (СССР), Германии, Италии, Франции, Греции), но и как судья, политический и общественный деятель. В прошлом профессор Софийского университета, основатель и первый председатель Союза юристов Болгарии, вице-президент Международной ассоциации юристов-демократов. Много лет он был депутатом Народного Собрания Болгарии, и проблемы правотворчества и источников права были известны ему не только с позиций юридической науки, но и правотворческой практики.

Изданная на русском языке монография «Закон и его толкование» представляет собой объединение двух его работ «Народное Собрание (организация и законодательная деятельность)» и «Толкование Государственным Советом нормативных актов». Как отмечал сам автор, «объединение названных работ в одной книге, предназначенной для издания

107 Там же. – С. 123-124.

108 С.С. Алексеев отмечал, что подход Н. Неновски «имеет существенное методологическое значение при решении многих вопросов юридической теории, в том числе относящихся к особым модификациям права, к закономерностям развития правовой действительности» (Алексеев С.С. Общая теория права. – Т. 1. – М., 1981. – С. 76).

109 Неновски Н. Единство и взаимодействие государства и права. – С. 29.

110 Там же. – С. 48.

на русском языке, вызвало необходимость внесения некоторых изменений в структуру изложения материала, а также в содержание текста»¹¹¹.

Особое внимание Б. Спасов уделял такому источнику права как закон. Он писал, что закон как продукт законодательной деятельности предназначен регулировать основные и стабильные общественные отношения. При этом помимо технической стороны, которую предполагает законодательный процесс, механизм создания закона характеризуется и другими признаками. Автор обоснованно отмечал, что для создания закона необходимо познание конкретных условий общественной действительности, тех отношений, которые являются предметом правового регулирования¹¹².

Трудно не согласиться с такой постановкой вопроса. Действительно в реальной правотворческой практике бывает, когда закон принимается по вопросам, где достаточно другого, возможно подзаконного правового регулирования. В этом случае принижается значение закона как обладающего высшей юридической силой нормативно-правового акта, направленного на регулирование наиболее важных общественных отношений, что с позиций и юридической науки, и юридической практики недопустимо¹¹³.

Другое важное для теории источников права положение, содержащееся в монографии Б. Спасова, это первичные правовые нормы, содержащиеся в законах и иных актах. Автор подчеркивал, что именно закон содержит первичные правовые нормы и эти нормы должны создаваться преимущественно законом. Такие нормы предназначены для регулирования общественных отношений, которые еще не были урегулированы правом. Этот процесс следует понимать как оригинальное урегулирование соответствующей материи нормативными актами. А уже первичные нормы, содержащиеся в законе, являются основой для создания подзаконных нормативных актов¹¹⁴.

В принципе подобная мысль и ранее высказывалась в юридической литературе. Однако четкое указание на иерархию источников права остается важной и в точки зрения юридической науки, и точки зрения правотворческой практики.

Болгарский ученый Я. Янев был одним из немногих, кто подробно исследовал такой характерный только для социалистического права источник как правила социалистического общежития¹¹⁵. Его работы также получили высокую оценку в советской юриспруденции¹¹⁶.

Интерес к работам Я. Янева во многом вызван тем, что вообще среди юристов стран социалистического содружества мало кто обращался к этой теме¹¹⁷. Поэтому при недоста-

111 Спасов Б. Закон и его толкование. – С. 3.

112 Там же. – С. 11.

113 Точку зрения о том, что закон является основным источником права, поддерживали многие болгарские юристы еще до появления работы Б. Спасова. См., например: Петков В. Закон – главен источник на социалистическото право на НРБ. – София, 1962.

114 Спасов Б. Закон и его толкование. – С. 59-60.

115 Янев Я. Функции правил социалистического общежития при применении правовых норм. – София, 1977; Янев Я. Правила социалистического общежития. Их функции при применении правовых норм / пер. с болгар. – М., 1980.

116 Положительные рецензии были опубликованы в ведущих советских журналах: Алексеев С.С., Леушин В.И. Янев Я. Функции правил социалистического общежития при применении правовых норм. – София: Наука и искусство, 1977. – 258 с. (рецензия) // Сов. государство и право. – 1978. – № 11. – С. 153-154; Исламов З.М. Янев Я. Правила социалистического общежития. Их функции при применении правовых норм. – М.: Прогресс, 1980. – 270 с. (рецензия) // Сов. государство и право. – 1981. – № 12. – С. 155-156.

117 Справедливости ради следует отметить, что в Болгарии еще ранее была издана работа Геновски М., Попов А. Правила на социалистическото общежитие. – София, 1960.

точности исследований по данной проблематике интерес к работам Я. Янева в тот период был вполне закономерен. Однако в настоящее время интерес к такому источнику как правила социалистического общежития носит лишь ретроспективный характер.

Из работ, которые не были переведены на русский язык, хорошо известна монография профессора Софийского университета Д. Милковой «Юридические акты в социалистическом праве: понятие и система»¹¹⁸, также получившая высокую оценку как у советских, так и современных российских юристов. Так, например, В. В. Лазарев пишет, что читатель найдет в этой работе много заслуживающих внимания положений¹¹⁹.

Применительно к проблеме источников права Д. Милкова обоснованно писала о том, что государственно-правовая воля по-разному проявляется в разных юридических актах. В социалистическом обществе эта воля наиболее полно и наглядно выражается в системе нормативно-правовых актов, которые, по мнению автора, являются единственным способом воплощения государственной воли в законе¹²⁰.

Д. Милкова отмечала, что правовая направленность волевого содержания (содержательная характеристика) это то, что определяет место юридического акта в механизме правового регулирования. По этому критерию автор подразделяла юридические акты на четыре вида, первым из которых являются нормативные акты, а затем акты толкования нормативного и индивидуального характера, индивидуальные правоприменительные акты и акты реализации права¹²¹.

Представляет несомненный интерес и точка зрения Д. Милковой о «полиструктурной, полииерархической регулятивной системе» юридических актов, которая реализуется в вертикальном и горизонтальном направлениях. Вертикальная плоскость («пирамида» по определению автора) выражается в соподчиненности актов, и место каждого акта определяется в первую очередь его юридической силой. По ее мнению, именно юридическая сила является тем свойством, которое предопределяет место акта в системе других юридических актов¹²². Такой подход представляется вполне обоснованным.

И, конечно же, говоря о болгарской юриспруденции, необходимо отдельно сказать о Ж. Сталева, который, по мнению представителей правового сообщества, являлся крупнейшим болгарским юристом на последние сто лет.

Если упомянуть лишь некоторые вехи его юридической биографии, то это директор Института государства и права Болгарской Академии Наук, Председатель Конституци-

В советской юриспруденции эта проблема наиболее полно была исследована А.М. Айзенбергом. См.: Айзенберг А.М. Правила социалистического общежития советского общества: дис. ...д-ра юрид. наук. – Харьков, 1970; Марксистско-ленинская общая теория государства и права: Социалистическое право. – М., 1973. – С. 220-225 (автор параграфа А.М. Айзенберг). Также А.М. Айзенбергом была написана вступительная статья к изданной на русском языке монографии Я. Янева.

См. также: Авдеев Ю.И., Струнников В.Н. Правила социалистического общежития и участие общественности в их охране. – М., 1961; Иванова З.Д. Правила социалистического общежития. – М., 1963; Шепелев В.И. Перестройка и правила социалистического общежития // Правовая реформа и проблемы ее реализации. Тезисы докладов и сообщений региональной научно-практической конференции. – Краснодар, 1989. – С. 44-45 и др.

118 Милкова Д. Юридическиете актове в социалистическото право: Понятие и система. – София, 1984.

119 Лазарев В.В. Милкова Д. Юридическиете актове в социалистическото право: Понятие и система. – София: Наука и искусство, 1984. – 120 с. (Коротко о книгах) // Правоведение. – 1986. – № 4. – С. 92.

120 Милкова Д. Юридическиете актове в социалистическото право: Понятие и система. – С. 17.

121 Там же.

122 Там же. – С. 71-75.

онного Суда Болгарии, Председатель Центральной Избирательной комиссии Болгарии и другие.

Впечатляют и его научные достижения: автор двадцати шести монографий, пяти учебных пособий, более ста статей, член-корреспондент Международной академии сравнительного правоведения, член Международной академии процессуального права и другие.

Существенный вклад Ж. Сталев внес в теорию источников права и практику реализации этой теории. Достаточно упомянуть лишь два факта, подтверждающих этот тезис.

Первый, это «Закон о нормативных актах», автором которого является Ж. Сталев. И второй, это монография «Нормативната сила на фактическото»¹²³. Данная монография, как отмечает сам автор, написана под влиянием работ Л. Петражицкого и Г. Еллинека. Ж. Сталев считал, что теории Л. Петражицкого и Г. Еллинека нуждаются в дальнейшем развитии. В результате чего появилась названная книга. Основная идея этого труда состоит в том, что нормативная сила фактического состояния – это основная закономерность права. В главе «Другие проявления нормативной силы фактического» с позиций теории источников права наиболее интерес раздел «Конституция книга и фактическая конституция».

Труды Ж. Сталева внести значительный вклад и в развитие сравнительного правоведения. Некоторые из этих трудов переведены и на русский язык¹²⁴.

В заключение следует отметить, что проблема источников права продолжает быть актуальной и вызывает интерес и у современных российских и болгарских исследователей. Пример тому совместная статья директора Юридического института Алтайского государственного университета А.А. Васильева и профессора Софийского университета С. Гройсмана «Правовая доктрина как источник права в России и Болгарии: сравнительные аспекты». В ней авторы анализируют сложившиеся в юридической науке подходы к определению места правовой доктрины в системе источников права, предлагают дефиницию понятия «правовая доктрина». Предупреждая о потенциальной опасности идеологизации системы права, авторы обоснованно приходят к выводу о необходимости признания правовой доктрины в качестве источника права и определения его места в иерархии источников права¹²⁵.

Думается, что опыт таких совместных исследований нужно всемерно поддерживать и развивать.

123 Сталев Ж. Нормативната сила на фактическото – София, 1997.

124 См., например: Сталев Ж. Сравнительный метод в социалистической правовой науке // Сравнительное правоведение: сборник статей. – М., 1978. – С. 15-53.

125 Васильев А.А., Гройсман С. Правовая доктрина как источник права в России и Болгарии: сравнительные аспекты // Государство и право. – 2022. – № 7. – С. 30-39.

Глава II. Система и классификация источников права: сравнительно-правовые аспекты

2.1. Официальные и неофициальные источники современного права

О юридическом понятии источника права

Каждая правовая система – национальное право, международное право и право Европейского Союза – имеет свои собственные источники. Их перечень обычно содержится в конституции и других нормативных актах. В значительной части теорий права категория «источник права» занимает центральное место. В других она отсутствует или играет второстепенную роль. Вопрос определения источника права не вызывает существенных разногласий в научных кругах. Разница во взглядах состоит в том, делается ли акцент на волеизъявлении как источнике права и порядке его выражения, или на юридическом акте, в котором это волеизъявление материализуется и посредством которого оно удостоверяется. Чем большее внимание сосредоточивается на правовых актах, содержащих волеизъявление их создателей, тем более формализуется исследование источников. И наоборот, чем больше на первый план выдвигается проблема природы волеизъявления, ведущего к созданию источника права, тем более социологизируется подход к источникам. В теории права эти два подхода обычно сочетаются, при этом предпочтение отдается одному или другому.

Источники права показывают его связь с государством. Вначале источники права создаются уполномоченными на то государственными органами. Формализация источников права является частью его институциональной природы. Источники права – это институциональные формы, в которых проявляется содержание права¹²⁶. Одно из значений юридического акта – это документ, в котором выражена правовая воля государства; внешняя форма, в которую «выливаются» и в которой «живут» содержательные в социально-правовой действительности элементы правовой системы¹²⁷. Источники – это формальные категории объективного права, из которых оно черпает свою юридическую силу¹²⁸. Следовательно, источником является форма, в которой существуют правовые нормы, т.е. действующие обязательные юридические предписания¹²⁹. С этой точки зрения содержание правовых предписаний находит выражение в источниках права.

Источники права в юридическом смысле или источники позитивного права являются результатом сил, создающих право¹³⁰. Определение источника через волеизъявление подчеркивает властный характер права. Нередко при характеристике источника права воле-

126 Бойчев, Г. Курс по Обща теория на правото. С.: УИ „Св. Кл. Охридски“, 2010, с. 180.

127 Милкова, Д. Юридическите актове в социалистическото право. Понятие и система. С.: Наука и изкуство, 1984, с. 14.

128 Радев, Д. Обща теория на правото. Второ издание. С.: ЛИК, 2008, с. 117.

129 Колев, Т. Теория на правото. С.: Сиела, 2015, с. 206.

130 Торбов, Ц. Обща теория на правото. С.: Юриспрес, УИ „Св. Кл. Охридски“, 2002, с. 163.

вой и процессуальный аспекты объединяются в одно целое. В этом направлении мысли под источником права следует понимать любую изданную в определенном порядке или санкционированную государством правовую форму, через которую выражается в юридически обязательных правилах – нормах волеизъявление социального субъекта (класса, народа), нашедшее выражение в волеизъявлении государства¹³¹. Источником права является правообразующая власть, т.е. волеизъявление, которое его создает¹³². Последнее должно отвечать определенным требованиям и привести к созданию правовых норм: оно должно осуществляться в установленном законом порядке и направлено на создание общих правил поведения¹³³. Следовательно, источник права налично, когда достигнута цель принятия/издания правового регулирования определенных отношений, и это действие осуществляется в установленном законом порядке.

Таким образом, мы приходим к взгляду на источник права как на единство правовой процедуры и юридического акта. Согласно традиции, идущей из континентального права, особенно из Франции, источниками права являются способы формирования правовых норм, т.е. процедуры и акты, посредством которых эти нормы обретают свое юридическое существование, вписываются в позитивное право и приобретают законную силу¹³⁴. Цитируемое понимание широко распространено и в нашей стране. «Источником права являются установленные в системе права процедуры и акты как критерий действительности содержащихся в них правовых норм»¹³⁵. Следовательно, источник права содержит правовые нормы, которые приобрели это качество в результате осуществления определенной юридической процедуры.

В болгарской теории гражданского права преобладает определение источника посредством помещения его в плоскость юридических фактов. Источником права является нормативный факт, поскольку действующее право данного общества придает ему нормативные правовые последствия, заключающиеся в возникновении, изменении или отмене правовых норм¹³⁶. Источники права как юридические факты следует отличать от других юридических фактов тем, что их действие связано с возникновением, изменением и прекращением не правоотношений, а правовых норм¹³⁷. Недостатки источников, как и других юридических фактов, касаются правовых последствий, в данном случае законной силы содержащихся в них правовых норм.

Общим во всех представленных взглядах является то, что источником права является носитель правовых норм. С этой точки зрения объективное право представляет собой систему правовых норм, выраженных в формальных источниках.¹³⁸ Источники права опре-

131 Цонев, В. Теория на източниците на социалистическото право. С.: Наука и изкуство, 1973, с. 22.

132 Таджер, В. Гражданско право на НРБ. Обща част. Дял I. С.: Наука и изкуство, 1972, с. 58.

133 Тоже там.

134 Virally, M. La pensée juridique (L.G.D.J.), 1960, p. 149. – Цит. по Бержел, Ж.-Л. Обща теория на правото. С.: КА"Л-КА" ООД, 1993, с. 65.

135 Ташев, Р. Обща теория на правото. Основни правни понятия. 4-то издание. С.: Сиби, 2010, с. 28. Така също Колев, Т. Цит. съч., с. 206.

136 Сталев, Ж. Нормативната сила на фактическото. С.: УИ „Св. Кл. Охридски“, 1997, с. 145.

137 Русчев, И. Нормативните актове източник на частното право. С.: „Албатрос“, 2008, с. 14. В същия смисъл Павлова, М. Гражданско право. Обща част. Второ прер. и доп. издание. С.: Софи-Р, 2002, 67-68.

138 Карбоние, Ж. Гражданско право. Въведение. С.: Лик, 1999, с. 200.

деляют способ создания норм и начальный момент их действия¹³⁹. В зависимости от способов, которыми нормы обретают законную силу в правовой системе, различают разные виды источников – закон, обычай и т. д.

Создание/признание источника права зависит от компетенции соответствующего органа и учреждения в целом. С юридической точки зрения компетенция сводится к полномочию создавать или применять тот или иной источник права. Сама компетенция осуществляется в порядке, принятом органом, создавшим источник, или иным лицом, на которое это возложено. В обобщенном виде источник – это правовой акт, содержащий правовые нормы. *Источник права, чаще всего нормативный акт, является результатом правомерно реализованного волеизъявления, выраженного в правовых стандартах – принципах и правилах.* Источник права закрепляет и содержит принципы и правила. Образно говоря, это «платформа», «хранилище» правовых стандартов. Стандарты, содержащиеся в источниках права, подлежат применению, а за их нарушение предусмотрены неблагоприятные (санкционные) последствия для нарушителя.

В зависимости от использования разных критериев источники права можно разделить на виды. Учитывая обсуждаемую тему, важно авторство источников – созданных государством (например, закон) или воспринятых им (например, обычай, посредством которого он становится правовым обычаем). Первые обычно называют формальными, или официальными источниками, а вторые – неформальными. «Официальные источники» охватывают формальные нормы, такие как закон и юриспруденция (в смысле актов, издаваемых судами – примеч. авт., Я.С.) и «неформальные источники», которые содержат только неформальные нормы, такие как обычай и доктрина¹⁴⁰. Опять же, с точки зрения составителя акта, речь идет о государственных и негосударственных источниках права¹⁴¹. И те и другие содержат общие правила поведения, с которыми должны считаться их адресаты.

Принимая во внимание установившееся значение используемых терминов, я придаю дополнительное значение различию понятий «официальный – неофициальный» источник права. Официальные – это признанные (юридически действительные) носители правовых норм в данной правовой системе, а неофициальные – те, которые имеют фактическую законную силу, в связи с чем содержащиеся в них нормы также вызывают правовые последствия. Таким образом, я показываю, что не существует абсолютной и неизменной границы между юридическим и фактическим, особенно в отношении источников права. Это означает, что правовые нормы могут содержаться помимо официальных, юридически действительных источников, и в иных правовых актах, например неофициальных источниках. Последние, не являясь частью законного перечня источников в данной правовой системе, производят примерно такой же эффект. Установление и признание указанного различия достигается путем соединения теории и социологии права, и такой подход помогает понять реальное бытие и действие права.

Особенности неофициальных источников права

Закон находится под влиянием условий, в которых он действует. Во всех обществах с момента возникновения права действует социологическая закономерность, согласно

139 Торбов, Ц. Цит. съч., с. 166.

140 Dabin, J. *Theorie generale du droit*. Dalloz, 1969, p. 22 and f.; Rubier, P. *Theorie generale du droit*. Sirey, 1951, № 2. – Цит. по Бержел, Ж.-Л. Цит. съч., с. 65.

141 Така Русчев, И. Цит. съч., 53-54.

которой правовая система зависит от природы регулируемой материи¹⁴². Чем быстрее и глубже она меняется, тем более фактические отношения опережают юридические отношения, возникающие на основе официальных правил. Однако фактические отношения обычно не развиваются полностью вне права. Наоборот, оно стремится охватить и урегулировать их, но это не всегда происходит только в последовательности юридически должное – юридически осуществимое. Указанное взаимодействие должного и существующего приводит к напряжению между системностью и устойчивостью права, с одной стороны, и изменениями в обществе, не сводящимися к предусмотренным законом, с другой. Именно глубокие изменения в общественных отношениях и особенно в распределении власти являются причиной появления новых видов источников права. Последние часто вначале прокладывают себе дорогу как его неофициальные источники. В этом качестве они являются субсидиарными, выполняют вспомогательную роль. Чем более динамичной является правовая система в результате социальных воздействий, которым она подвергается, в том числе со стороны других правовых систем, тем более вероятным становится появление и разнообразие неформальных источников права. В итоге неофициальные источники либо приобретают юридическую силу, либо дисквалифицируются как несовместимые с правопорядком. Эту проблему необходимо признать, чтобы искать ее решение.

Типичная последовательность в правовом регулировании состоит в том, чтобы вывести из законной силы источника ту содержащуюся в нем правовую основу, посредством которой квалифицируется определенное поведение. Однако также возможно и другое – определенные действия могут вызывать правовые последствия в силу того, что они имеют правовую форму, которая делает их частью данной правовой системы. Во втором случае формальный характер права приводит к использованию некоторых из имеющихся в правовой системе актов, посредством которых создается правовая основа. Вопрос в том, соответствуют ли такие акты (например, решения правительства, министерские приказы) требованиям, предъявляемым к источнику права. Эти акты, по крайней мере до признания их недействительными, выступают источниками права.

Основным свойством источника права является юридическая сила (действительность) содержащихся в нем правовых норм¹⁴³.

Неофициальный источник права имеет как общие черты с официальным источником, так и отличия.

Общим между официальными и неофициальными источниками является следующее:

- и те и другие являются правовыми актами;
- касаются персонально неограниченного круга адресатов;
- содержат абстрактно сформулированные правила, из которых вытекают юридические последствия.
- Неофициальные источники отличаются от официальных тем, что:
- правовые акты, не предусмотренные в перечне источников права, также содержат правовые нормы;
- правовые последствия возникают в силу фактической, а не формальной власти, которой обладает автор правил;

142 Сталев, Ж. Цит. съч., с. 145.

143 Ташев, Р. Новите източници на българското право. С.: ЛИК, 1996, с. 17. Така също Радев, Д. Цит. съч., с. 179.

- имеют условную юридическую силу до тех пор, пока не будут объявлены несовместимыми с существующим правопорядком.

Указанные признаки определяют неофициальный источник права. *Неофициальный источник права* — это тот источник права, который, не будучи явно признанным таковым в данной правовой системе, содержит правила, общие с условной юридической силой. Эти источники также можно назвать неформальными, но не в том смысле, что они неписанные, а поскольку они не фигурируют среди перечисленных в перечне достоверно признанных. Неофициальные источники принимают форму правового акта, изданного государственным органом или другим субъектом, который в силу делегирования или фактических полномочий устанавливает общие правила поведения. Введение понятия неофициального источника права дает еще одну возможность — охватить сходные, но различающиеся по виду акты, содержащие общие правила поведения. В массовых договорах, нормативных соглашениях и внутренних положениях корпоративных объединений юридические лица, не являющиеся государственными органами и не обладающие нормотворческой компетенцией в классическом понимании данного выражения, создают правовые нормы¹⁴⁴. Рассматриваемые источники являются неофициальными, поскольку выходят за пределы перечня официально признанных, но тем не менее влекут за собой юридические последствия для лично неопределенного круга лиц. Эти источники можно рассматривать как разновидность *soft law*. Однако в силу тяжести неблагоприятных последствий в случае пренебрежения ими они могут выступать в качестве *hard law*.

Для неформальных источников права в наше время характерно то, что они обычно создают обязательства, обуславливающие реализацию даже основных прав. Введение дополнительных обязательств в качестве требования реализации ряда прав и свобод ставит под сомнение реальность прав и принципов, на которых основан демократический правопорядок. В таких условиях необходимо оценить, не нарушает ли введение новых обязательств требование соразмерности, т.е. не затрагивают ли применяемые меры чрезмерно и, следовательно, незаконно определенные права.

Часть неофициальных источников возникает в результате взаимодействия различных правовых систем в отношениях, выходящих за рамки юридически урегулированного взаимодействия между ними. В основе конкуренции между национальными правовыми системами, а также в отношениях между правовыми системами разных типов лежит иерархичность как их главная характеристика¹⁴⁵. Проблема неофициальных источников часто является выражением юрисдикционного спора, вызванного взаимодействием различных правовых систем. Его решение предполагает четкое определение границ между национальным, европейским и международным правом с их соответствующими источниками и взаимодействием между ними. Распространение действия норм одной правовой системы на другую я бы назвал «глобальным правом». Оно не эквивалентно международному праву, поскольку последнее в принципе предполагает согласование волеизъявления между равноправными субъектами. Так называемое глобальное право создает проблемы как с точки зрения суверенитета государств, так и с точки зрения предсказуемости и стабильности правопорядка в целом.

144 Ташев, Р. Обща теория на правото, с. 142.

145 Стоилов, Я. Иерархия и конкуренция между съвременните правни системи. — В: Quo Vadis Justitia? Сборник доклади. Съставители Я. Стоилов, Е. Фролова, С. Гройсман. С.: УИ „Св. Кл. Охридски“, 2020, с. 55.

Виды неофициальных источников права

Современные правовые системы характеризуются разнообразием актов, выполняющих нормативную роль. Это позволяет различать различные виды неофициальных источников права. Их категоризация зависит от сочетания двух критериев: предназначение, которое они имеют, и акты, в которых они выражаются. Применение отмеченных критериев, не претендуя на полноту, показывает существование различных видов неофициальных источников права:

Источники, распространяющие действие норм из одной правовой системы в другую вне официально установленного порядка. Так обстоит дело с предусматриванием обязательств, соответственно санкций за пределами территории государства, которое их ввело. Примером может служить глобальный закон Магнитского в США. Меры по этому закону вступают в силу для болгарских граждан и юридических лиц на основании решения Совета Министров Республики Болгария¹⁴⁶. Оно распространяет действие иностранного правового акта на лиц и территорию за пределами юрисдикции государства, принявшего его, без создания самостоятельного правового основания. Дискуссионным является вопрос о правовой природе этого акта¹⁴⁷. На мой взгляд, некоторые его положения в почти неразрывном единстве содержат как нормативные, так и ненормативные предписания. По сути, это гибридный правовой акт, в котором преобладают общие ненормативные требования. Однако, в отличие от правил и постановлений правительства, такие решения носят скорее индивидуальный, чем нормативный характер. В судопроизводствах об оспаривании включения лиц в список по закону Магнитского Высший административный суд первой инстанции признал эти действия недействительными¹⁴⁸. Кассационная инстанция (это снова Высший административный суд, но в коллегии из 5 человек) в своих доводах подтверждает, что оспариваемые пункты решения Совета Министров не являются актом применения или выполнения международного обязательства, принятого в рамках международной организации многосторонним договором, в силу которого существует внутригосударственный акт; однако этот акт издан некомпетентным органом и в отсутствие уполномочивающей правовой нормы, что делает решение Совета Министров недействительным¹⁴⁹. Таким образом, суд в Республике Болгарии поставил препятствие перед попыткой правительства своим актом распространить действие иностранного акта на лиц, находящихся под юрисдикцией государственной власти в Болгарии.

Однако лица, не соблюдающие санкции, наложенные по закону Магнитского и подобных им, несмотря на права, признанные болгарским судом, рискуют понести неблагоприятные последствия. Например, банки, не прекращающие расчеты с определенными лицами, рискуют быть исключенными из расчетов в валюте (долларах). Таким образом, фактическая власть над системой международных платежей (SWIFT) позволяет навязывать правила, которые не содержатся в признанных на национальном уровне источниках права. Приведенный пример является красноречивым доказательством того, как неофициальный для болгарской правовой системы источник права может вызывать правовые

146 Решение Совета Министров № 441/4 июня 2021 г. в связи с действиями, предпринятыми 2 июня 2021 г. службой контроля за иностранными активами (OFAC) Министерства финансов США в отношении болгарских лиц.

147 См. по этому вопросу: Илиева, М. Какъв акт е решението за налагане на ограничения на свързани със санкционирани по „Магнитски“, 19.07.2022, <https://news.lex.bg/какъв-акт-е-решението-за-налагане-на-ог/>.

148 Решение № 1007/03.02.2022 г. по адм. дело № 8112/2021 г. ВАС, IV отд.

149 Решение № 5292/01.06.2022 г. по адм. дело № 2168/2022 г. ВАС.

последствия, влияющие на национальный правопорядок. Поэтому в нашей стране обсуждался вопрос о создании закона о защите экономических и финансовых интересов страны с целью придания юридической силы решениям, вытекающим из иностранного правопорядка. Возможное принятие такого закона, т.е. действующего официального источника права, должно найти баланс между борьбой с отмыванием денег и другими формами коррупции, с одной стороны, и защитой прав пострадавших лиц, с другой. Его предмет включает в себя условия и порядок введения в действие тех или иных ограничений, круг субъектов, на которые они распространяются, границы самих ограничений и формы защиты физических и юридических лиц от налагаемых санкций. Подобное регулирование необходимо и в рамках права Европейского Союза, поскольку такие ограничительные меры влияют на действие как права, так и правопорядка Союза.

Источники, которые создают обязательства для государств-членов Европейского Союза вне первичного и вторичного права Союза. И здесь, как и в предыдущем случае, речь идет о взаимодействии различных правовых систем, особенно между наднациональным правопорядком ЕС и правопорядком государств-членов. В последние годы Европейская комиссия создала различные механизмы для обеспечения выполнения определенных требований государствами-членами. Несоблюдение их приведет к финансовым санкциям, как бы они ни назывались. Это относится к обеспечению верховенства права, в том числе посредством национальных планов восстановления и устойчивости. Чтобы использовать фонды ЕС в рамках этого плана, государства (самостоятельно) берут на себя определенные обязательства. Некоторые из этих обязательств выражаются в описании нормативно-правовой базы, которая должна быть введена и конкретизирована через официальные источники (например, о подотчетности и ответственности Генерального прокурора, об улучшении режима банкротства, о снижении выбросов углерода и т. д.). В отличие от обязанности государств вводить директивы, регулируемые законом, здесь юридические последствия невыполнения аналогичны, хотя отсутствуют непосредственные правовые основания для наказания за бездействие. Получается, что документы директивного характера, не входящие в число нормативных (законодательных) актов Союза, также могут порождать обязательства. Если эти обязательства не находят места в официальных источниках государства, приводящих их в действие, их невыполнение влечет за собой неблагоприятные последствия.

Источники прав и обязанности персонально неограниченного круга лиц, создаваемые частными субъектами. Таковыми являются массовые контракты, которые уже анализируются в теории права. Положения массовых контрактов, к числу которых относятся договоры на общих условиях, представляют собой правила поведения, соответствующие нормативным актам и адресованные неопределенному кругу субъектов права¹⁵⁰. Эти акты не входят в число упомянутых в Законе о нормативных актах, но на практике они имеют нормативный характер. Поэтому их также следует отнести к группе неофициальных источников права. Тот факт, что адресаты обязательств имеют некоторую защиту, например, защиту потребителей от навязывания несправедливых условий в договорах, не исключает нормативного смысла регламента, а показывает его специфику.

Существует мнение, что участие большего числа субъектов в создании правовых норм является проявлением демократии. В качестве постоянного, хотя и не независимого источника демократических тенденций можно рассматривать создание индивидуальных

150 Вж. Ташев, Р. Обща теория на правото, с. 143.

предписаний участниками гражданского оборота¹⁵¹. Проблема с предоставлением такой власти частным лицам возникает, когда одна из сторон еще на момент заключения договора находится в экономически доминирующем положении над другой. Продолжение такой практики как минимум требует дополнительного регулирования, гарантирующего права стороны, которой предлагаются общие условия. Поэтому утверждение, что демократия является децентрализованным правотворчеством может быть принято только при соблюдении двух условий: если речь идет о публично ограниченной власти, при которой создание нормативных актов распределено между разными субъектами и на разных уровнях, и если осуществляется независимый юридический (судебный) контроль за соответствием создаваемых норм закону. В противном случае фактическая власть (экономическая, административная или иная) приводит к неравному положению сторон и дестабилизирует правопорядок с вытекающими отсюда неблагоприятными последствиями правового и социального характера.

Во время эпидемии COVID-19 в ряде случаев не только государством, но и учреждениями и корпоративными субъектами – организациями общественного питания, предприятиями и прочими вводятся обязательства (по вакцинации, анализам и т.п.), без выполнения которых лица не могут осуществлять ряд своих прав. Таким образом, посредством угрозы ограничения возможностей пользоваться различными, в том числе основными правами, граждане принуждаются к соблюдению требуемого от них поведения. Многие из пострадавших протестуют против таких действий, считая их недопустимым ограничением личной свободы и признанных прав. В этом отношении роль судебной власти незаменима, пока она выполняет независимо и в полной мере свою роль по защите прав.

Следует сделать вывод, что изучение проблемы соотношения официальных и неофициальных источников права позволяет ставить и обсуждать новые важные проблемы теории и практики права, попадающие в понятийное поле соотношения фактического и должного, взаимодействия современных правовых систем и защиты прав граждан.

2.2. Система и классификация источников права

Нормативная база правовой системы состоит из двух относительно самостоятельных подсистем, являющихся, в свою очередь, системами права и системами законодательства. Данное разделение не вполне совпадает с различиями естественного и позитивного права, так как немало естественно-правовых норм являются одновременно законодательными нормами. В то же время система права намного превосходит по содержанию естественное право. Вместе с тем вопрос о том, все ли естественное право входит в систему права, остается открытым. По нашему мнению, в действующую систему права (не путать с системой законодательства) значительная часть естественного права не входит, представляя собой, видимо, особый элемент правовой системы в целом.

Еще один аспект проблемы возникает, если соотношение «естественное- позитивное право» и «система права - система законодательства» проанализировать во взаимосвязи с другим соотношением «право-закон». Существуют правовые законы, законодательно не оформленное право и неправовые законы. Вопрос об отнесении их либо в систему права, либо в систему законодательства, о месте и роли в общей правовой системе также должен стать предметом обсуждения.

151 Така Вълчев, Д. Демокрацията като децентрализирано нормосъздаване. – Съвременно право, 2000/№ 4, с. 65.

Нередко термин «система права» в учебной литературе смешивается с понятием права, и на этой основе в качестве системообразующих начал берется только деление права на естественное и позитивное¹⁵². С этим не согласен А.И. Бобылев, который считает, что следует различать право и систему права¹⁵³. Если право – это система нормативных установок, опирающихся на идеи человеческой справедливости и свободы, выраженных большей частью в законодательстве и регулирующих общественные отношения, то система права – это внутреннее строение права, системная организация права.

В научной литературе отмечается еще одна тонкость. От системы права отличают его систематизацию, под которой понимается деятельность по упорядочению множества юридических норм, их группировка и расположение по тем или иным практически значимым признакам. Результатом систематизации является система нормативных актов, система законодательства¹⁵⁴. Под системой права подразумевают обусловленное характером общественных отношений внутреннее строение (или структура) права, выраженное в объединении составляющих его норм права в институты, подотрасли и отрасли права¹⁵⁵.

С первой частью этих доводов можно согласиться, в этом случае систематизация предстает как преимущественно техническая, инвентаризационная деятельность. Но то, что в результате систематизации образуется система законодательства, вряд ли является верным. Из этих суждений можно сделать вывод: во-первых, стирается различие между системой права и системой законодательства; во-вторых, и это главное, умалывается содержание системы законодательства, для создания которой будто бы достаточны «упорядочение», «группировка», «расположение» юридических норм.

Все эти анализируемые категории слишком значительны и фундаментальны, и их невозможно осмыслить столь легковесными рассмотрением и субординацией. Система права – видимо, главная субстанция правовой системы, ее главная подсистема. Систему права возможно предположить отчасти образно, отчасти – фактически материей правовой системы, ее первоначалом, первоисточником. В свою очередь, субстанцией системы права, ее первичным элементом является норма права.

Профессор М.Н. Марченко акцентирует внимание на то, что система права – весьма сложный, многоуровневый комплекс, структурными элементами которого, существующими и функционирующими на разных уровнях, являются отрасли, институты и нормы¹⁵⁶.

Эти утверждения идут, конечно же, вразрез с привычными представлениями о том, что право – явление надстроечное, и определяется базисом – совокупностью экономических отношений, что право нельзя изучать само по себе и невозможно понять из самой себя, что содержанием права является воля господствующего класса или «государственная воля народа», а формой права выступает его нормативное строение и структура.

152 Традиционное государство и право: монография / Под ред. докт. юрид. наук А.А. Васильева, канд. ист. наук Ю.А. Зеленина. – М.: Юлитинформ, 2020. – С.315.

153 Бобылев А.И. Современное толкование системы права и системы законодательства // Государство и право. – 2008. – № 2. – С. 22.

154 Спиридонов Л.И. Теория государства и права. – М.: Юрист, 2017. – С.173 с.

155 Лазарев В.В., Липень С.В., Саидов А.Х. Теория государства и права: Учебник для ВУЗов. – Ташкент: АКАДЕМИЯ, 2017. – С. 296.

156 Марченко М.Н. Теория государства и права: Учебник. – 2-е изд., переработ. и дополнен. – М.: Изд-во Моск.ун-та, 2007. – С. 562.

Теперь, когда мы право анализируем как самостоятельные и самодостаточные явление и фактор социального развития, многие его проблемы предстают в совершенно ином виде. Прежде всего, это положения о субстанциональности всей правовой системы, наряду с другими системами - духовной, социальной, этнической, экономической, политической, как важного фактора общественного развития. Далее, как уже было отмечено, субстанцией правовой системы выступает система права, ее первичный элемент - норма права. Попутно и несколько предваряя изложение, можно сказать, что первичным элементом системы законодательства является статья нормативного правового акта.

В связи со сказанным весьма важно обратить особое внимание на вопрос о содержании и форме права. Видимо, понимание соотношения в марксистской философии формы и содержания нуждается в уточнении, но это не наша задача. Даже отходя от известных диалектических зависимостей, заметно, что они все-таки больше касаются таких нормативных образований, как религия, мораль и нравственность, художественные совокупности норм.

В праве, и особенно в правовых законах, содержание и форма проявляются с большей специфичностью. Прежде всего, следует отказаться от категоричного утверждения о том, что содержание права – воля, а его форма – норма. В других нормативных образованиях, повторяем, это получает больший смысл. В праве же вообще форма имеет настолько крупное значение, что довольно часто приобретает значение, равное содержанию (например, соотношение материального и процессуального кодексов, хотя и процессуальное право, и нормы тоже можно анализировать с точки зрения содержания и формы).

В праве, в силу его особой строгой нормативности, предельной формальной определенности, почти равной значимости «духа и буквы» закона, считаем, что содержанием права в значительной степени является норма, а формой выступает статья закона.

Приведенные суждения небесспорны. Мы полагаем, что в праве возможны содержания разных уровней и формы неодинаковых значений. Нужно отметить, что основным содержанием правовой системы является система права и система законодательства, а поскольку материей или субстанцией системы права выступает норма права, то она же, точнее совокупность норм права, является основным содержанием системы права.

В пользу этого утверждения говорит и реальное состояние правовых исследований, их, так сказать, практика, особенно в «отраслевых» науках – гражданского, уголовного, трудового, административного, экологического, аграрного права и др., что это подтверждает российскую концепцию о системе права как о совокупности в первую очередь отраслей права¹⁵⁷. В этих исследованиях анализу подвергается круг общественных отношений, который составляет предмет той или иной отрасли права, основания отграничения одной отрасли права от другой. Смещение акцентов и увеличение удельного веса системных исследований в отраслевых науках объясняются качественными изменениями, происходящими в правотворчестве, и в возникающем новом законодательстве. Так, развитие институтов частного права существенно расширило рамки предмета гражданского права, что получило отражение в новых гражданских кодексах стран СНГ, и на это обращается особое внимание в научных публикациях¹⁵⁸.

157 Гражданское право. Ч.1 / Под ред. Ю.К. Толстого и А.П. Сергеева. – СПб. – 2016. – С. 3.

158 Сулейменов М.К. // Правовая реформа в Казахстане. – 2018. – № 4. – С. 16.

Правовая система и система права ныне претерпевают определенные изменения и развитие с появлением или выделением новых отраслей правового регулирования. Накопление законодательства в регулировании определенного круга общественных отношений выдвигает необходимость выделения новых звеньев законодательного регулирования. Что из себя представляют эти новые отрасли и новые звенья? Приращением какой системы в праве они являются - системы права или системы законодательства?

Во многих публикациях их не то по инерции, не то по убеждению называют «новые отрасли права», «новые звенья системы права»¹⁵⁹. Именуются они также правом с различными прилагательными названиями. Так, развитие законодательства о предпринимательской деятельности выдвинуло идею о формировании предпринимательского права, предмет которого определяется учеными¹⁶⁰.

Предполагается, что особый круг общественных отношений регулирует и муниципальное право, что обосновывается интенсивным созданием законодательной базы организации и деятельности местного самоуправления. В России уже изданы соответствующие учебные пособия¹⁶¹.

Этот процесс приобретает подобие и интенсивность цепной реакции. В настоящее время, по мнению многих ученых, происходит становление таможенного права, страхового права, избирательного права, банковского права, налогового права, космического права. Еще ранее появились дисциплины и кафедры сельскохозяйственного, аграрного, земельного, экологического права. По этой логике, кто может запретить говорить о Торговом и Транспортном праве, Морском и Воздушном кодексе и т.д.

Проф. А.И. Бобылев ставит вопрос: «А можно ли смириться с отсутствием четкой позиции ученых о формировании такой отрасли права, как «права человека»? Более трети статей Конституции РФ посвящено обеспечению прав и свобод человека и гражданина. В Оренбургском государственном университете первый шаг в этом направлении сделан. Студентам преподается учебная дисциплина «Права человека». Как видно, идет дальнейший процесс совершенствования как системы законодательства, так и системы права. Это дает основание обобщить основные тенденции их развития, соотношения и взаимосвязи, подтвердить или опровергнуть ранее выдвинутые концепции о системе права и системе законодательства»¹⁶².

Подобное множество предлагаемых отраслей права кто-то поддерживает, но есть авторы, которые с этим не согласны. Все-таки, полагаем, что право – слишком серьезное явление, чтобы его имя присваивать каждой новой, очередной совокупности законов. Но в то же время за неимением других терминов приходится мириться с тем, что одним и тем же словом обозначаются и учебные дисциплины, и отрасли науки, и определенные отрасли права, и само фундаментальное явление истории, культуры и общества.

В самом по себе появлении новых отраслей законодательного регулирования, конечно же, ничего плохого нет, более того, это является одним из существенных отрядных признаков движения общества – к гражданскому, государства – к правовому. Но в научном плане это приводит к немалой путанице в понимании сущности права и его системных

159 Тихомиров Ю.А. Правовая сфера общества и правовая система // Журнал российского права. – 2008. – № 4/5. – С. 7.

160 Предпринимательское право. Курс лекций. – М.: Юрид. Лит., 2013. – 486 с.

161 Фадеев В.И. Муниципальное право / под ред. О.Е. Кутафина. – М.: Юрист, 2014. – 168 с.

162 Бобылев А.И. Современное толкование системы права и системы законодательства // Государство и право. – 2008. – № 2. – С. 22-27.

образований, которая неизбежно отражается в практике законотворчества и правоприменения. В науке обязательно следует различать и не смешивать право как фундаментальное явление и производные от него системные и структурно-функциональные образования.

Вообще, эти процессы возникли, конечно, не сегодня. Для развития системы права и системы законодательства процессы дифференциации и интеграции (правового регулирования) свойственны в такой же мере, в какой они происходят во всех областях общественной жизни. Происходят также изменения сферы правовой регламентации в целом в сторону ее расширения или сужения. Поэтому развитие правовых систем и подсистем представляет сложный, неоднозначный, противоречивый процесс, в котором нередко сталкиваются несовместимые тенденции.

Важно при этом (и трудно) не упускать из виду объективные основания развития отраслей системы права, чтобы, с одной стороны, не вступить в «соревнование», кто больше создаст или насчитает, а с другой, чтобы сторонники традиционных отраслей права не превратились в своеобразных «собак на сене».

Основными критериями отраслевого деления системы права являются предмет и метод регулирования. Исходя из этого, в подобной же дискуссии в 1957 г. доц. Л. С. Галесник заметил, что при игнорировании этих двух оснований можно дойти до выделения бакалейно-гастрономического, банно-прачечного и трамвайно-троллейбусного отраслей права и т.д.¹⁶³.

Острота и меткость данного возражения была замечена и оценена. Но жизнь все-таки распорядилась иначе. После долгих споров из гражданского права выделилось хозяйственное право и вообще цивилистика, частное право сейчас является главным прародителем новых отраслей правового регулирования. Они носят разные названия, но, тем не менее объединяются в едином гражданско-процессуально-правовом цикле.

Считаем, что далеко не во всех подобных случаях новообразований возникают новые отрасли права, скорее всего, это – новые отрасли законодательства, а правом их следует называть с определенной оговоркой, условно, за неимением другого, более точного термина. В таком смысле в дальнейшем будут употребляться многие прилагательные с обозначением «право».

В большинстве случаев правовые новообразования представляют собой либо законодательно обособившуюся часть традиционных отраслей права, либо своеобразное соединение отдельных частей нескольких прежних отраслей. При этом нельзя отрицать того, что они приобретают определенную целостность, самостоятельность и самостоятельность в собственном бытии и системном функционировании. Как пишет проф. С. В. Поленина, «процесс дифференциации правового регулирования проявляется, прежде всего, в членении самой системы права на отрасли, подотрасли, институты и субинституты»¹⁶⁴. Именно данные процессы, считает она, преобладали до 90-х гг. в наших республиках в развитии рассматриваемых систем права и законодательства. Это привело, в частности, к появлению такой новой отрасли права, как право социального обеспечения, которое отпочковалось от трудового права, бюджетного (финансового) права, вычленившегося из административного, и др.

163 Галесник Л. С. О проблемах системы советского права // Советское государство и право. – 1957. – № 2. – С. 108-117.

164 Современное состояние российского законодательства и его систематизация: Сб. материалов круглого стола // Государство и право. – 2009. – № 2. – С. 23.

Положение о том, что не все новообразования в законодательной системе входят в систему права в качестве ее отраслей, косвенно подтверждается различным перечнем или «набором» отраслей права, приводимых в учебниках по теории права; они далеко не во всем совпадают по наименованию и по количеству. Несколько причин этого приводится в новейшей литературе.

Во-первых, далеко не всегда удается провести разграничение между отраслями и подотраслями права. Например, уголовно-исполнительное право, которое является продолжением уголовного права, некоторые ученые считают подотраслью уголовного права. Однако, по мнению большинства специалистов, уголовно-исполнительное право – самостоятельная отрасль, имеющая свой предмет, своих субъектов, свой специфический метод регулирования – воспитание, поощрение в сочетании с методом власти и подчинения¹⁶⁵.

Во-вторых, обращающиеся к системе права исследователи и практики часто именуют отраслью права то, что в действительности является отраслью законодательства, и наоборот. Так, отмечает С.В. Поленина, в Соглашении о партнерстве и сотрудничестве между Европейским союзом и Российской Федерацией к «отраслям права» отнесены различные виды деятельности и даже феномены нормирования, по которым должно сближаться законодательство: предприятия и предпринимательская деятельность, банковская деятельность, бухгалтерский учет, финансовые услуги, охрана здоровья, технические нормы, нормативные акты в области ядерной энергетики и т.п. Таким образом, понятие «отрасль права» употреблено в смысле «направления сближения законодательства»¹⁶⁶. В то же время утвержденный указом Президента РФ и ежегодно обновляемый Общеправовой классификатор отраслей законодательства, вопреки названию, отнюдь не решает (да и не может решать) практически важной и теоретически сложной проблемы систематизации отраслей права и законодательства.

В-третьих (и может быть, по мнению С.В. Полениной, главное), в науке весьма распространены попытки искусственного привнесения в процесс структурирования системы права не присущего ей на уровне отраслей и подотраслей признака комплексности. Так, «сельскохозяйственное право» (термин, употребляемый наукой и практикой) существует в виде обширного массива нормативных правовых актов, специализированных на регулировании отношений в аграрном секторе. Они включают в себя нормы ряда отраслей права: административного, финансового, гражданского, земельного, трудового. Условность наименования «сельскохозяйственное право» очевидна, считают авторы академического учебника, так как не принято какие-то массивы законодательства называть промышленным правом, торговым правом или коммерческим правом, хотя такие комплексы возможны¹⁶⁷.

Если правовая система, как целостная сфера общества и фактор ее развития, складывается и функционирует объективно, то значительной степенью объективности обладают и ее многие структурные подсистемы и элементы. Прежде всего, это относится к системе права. Влияние материальных и социальных условий жизни на право и законодательство нельзя отрицать. Однако перевод экономических и социальных факторов в такую кате-

165 Аюпова З.К., Кусаинов Д.У. Актуальные проблемы теории государства и права: Учебное пособие. – Алматы: Экономика, 2020. – С. 35.

166 Общая теория государства и права. Академический курс / Под ред. М.Н. Марченко. – М.: Юрист, 2018. – Т.2. – С. 24.

167 Поленина С.В. Взаимодействие системы права и системы законодательства в современной России // Государство и право. – 2009. – № 9. – С. 5.

горю, как право, во многом отличается от их перевода в категорию законодательство: различаются пути и стадии данного процесса.

Система права сама имеет объективный характер, так как отражает реально существующую систему общественных отношений и не может строиться по субъективному усмотрению людей. Система права выступает в качестве одного из важнейших факторов, определяющих построение и развитие системы законодательства. Формирование системы права есть одновременно выявляемый наукой процесс раскрытия объективно существующих закономерностей общественного развития. Научно обоснованная система права тем ценнее с точки зрения общественных интересов, чем точнее она отражает объективные закономерности. На достижение максимального соответствия системы права объективной действительности (а не признание той или иной области общественных отношений самостоятельной отраслью права) должны быть направлены усилия науки. По выражению проф. С.В. Полениной, познанная наукой объективно существующая система права должна служить тем компасом, с которым необходимо сверять свои действия законодателю при принятии конкретного решения, если он хочет добиться эффективности действующего законодательства¹⁶⁸.

Система права должна рассматриваться как единое целое, в котором отрасли, институты и нормы права согласованы между собой и не действуют изолированно друг от друга¹⁶⁹. То же самое можно сказать и о правовой системе – внешней среде системы права, и системе законодательства – отчасти внутреннего элемента системы права, отчасти непорядкового явления с ней.

Система права, как сложное правовое явление, имеет определенную структуру, подразделяется на составляющие ее относительно самостоятельные части – отрасли права и институты, регулирующие обособленно-значимые группы общественных отношений. При философском анализе выделяют системы органичного и суммативного родов. Последние по своим свойствам и строению представляют собой простую сумму совокупностей и множеств, образующих систему элементов. Что касается органичных систем, то для признания их системного характера недостаточно наличия у них простого множества элементов, выполняющих определенные функции. Необходимо, чтобы они представляли собой целостные образования, обладающие элементами и структурой, которые способны изменять свою внутреннюю организацию под влиянием внешней среды, внешних систем, а главное, исходя из собственных внутренне присущих импульсов.

Исследования правовых систем разного уровня должны привести к познанию закономерностей формирования общенациональной правовой системы как фактора объективного, складывающегося из многих подсистем и систем более низкого уровня разной степени объективности и субъективности.

Отметим, что немаловажной проблемой является недостаточная разработанность многих общетеоретических вопросов теории права и, в частности правовой системы. Нет в науке единой точки зрения о наличии или отсутствии в системе права и в системе законодательства более крупных, чем отрасль, структурных образований. Одни считают, что в системе права существуют надотрасли (С.С. Алексеев), другие утверждают, что более

168 Поленина С.В. Взаимодействие системы права и системы законодательства в современной России // Государство и право. – 2009. – № 9. – С. 7.

169 Сулейменов М., Книппер Ю. Устранение противоречий при толковании и применении Гражданского законодательства // Юридическая газета. – 2019. – 3 июня.

крупные, чем отрасль, структурные образования (именуемые законодательным массивом или комплексом) есть лишь в системе законодательства (А.В. Мицкевич, С.В. Полеина и др.). Нет полного единодушия среди исследователей и по вопросу о том, носит ли система права объективный характер, и, в силу этого, ее развитие обуславливает соответствующую трансформацию системы законодательства, создаваемой законодателем.

Еще более конкретизируя данное правовое противоречие (скорее, правовую безграмотность), авторы выделяют целый ряд правовых несообразностей, вытекающих из этого положения. Отметим лишь две из них.

Во-первых, в п. 2 ст. 6 Закона РК «О нормативных правовых актах» (далее - Закона о НПА) говорится, что «при наличии противоречий в нормах права нормативных правовых актов одного уровня действуют нормы акта, принятого позднее». Эта норма дает полное основание считать, что приоритет определяется датой принятия акта. Уважаемые ученые полагают, что термин «принятие» нуждается в уточнении. На наш взгляд, предельно ясно – принятие не есть введение в действие. Для определения приоритета имеет значение не дата формального принятия акта компетентным органом, а дата его введения в действие. Принятый, но еще не действующий акт, а этот период может продолжаться много месяцев, не порождает юридических последствий и еще не служит предпосылкой появления прав и обязанностей.

Эти свойства правового акта возникают лишь с момента введения его в действие, который определяется ст. 36 Закона о НПА. Поэтому на основании системного толкования предписаний данного Закона создатели ГК приходят к выводу, что в случае разногласий между нормами разных нормативных актов одного уровня приоритетом должен пользоваться акт, введенный в действие позже¹⁷⁰.

Во-вторых, норма п. 2 ст. 3 ГК РК в настоящее время действует в редакции Закона РК «О внесении изменений и дополнений в Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть)...» от 2 марта 1998 г. Закон о НПА принят 6 апреля 2016 г., позднее, чем было принято предписание о внесении изменений в ГК. Приведенный же выше текст п. 2 ст. 3 ГК в современной редакции был официально опубликован 11 апреля 1998 г. и вступил в силу 22 апреля, т.е. через 14 дней после введения в действие Закона о НПА. Значит, п.2 ст. 3 ГК, позже введенный в действие, имеет приоритет перед ст. 4 Закона и Гражданский кодекс – перед другими законами, содержащими нормы гражданского законодательства¹⁷¹.

К вышеприведенным противоречиям в Законе о НПА добавляются правовые несовершенства изложения понятия «законодательство», нерешенность противоречия между общими и специальными законами. Они также имеют системное значение, оказывающее свое соответствующее влияние на функционирование звеньев систем законодательства, права и всей правовой системы¹⁷².

Законодательство о собственности постоянно корректируется с учетом его применения, нарабатываются новые правовые акты, расширяющие сферу деятельности рыночных отношений и закрепляющие их. При этом юридической базой отношений собственности являются отдельно взятые законы в области экономики или даже их совокупность, а гражданское право в целом.

170 Саидов А.Х. Право собственности. – Ташкент: Национальный центр по правам человека, 2017. – С. 21.

171 Сейд-Ахметов М. Люфты правотворческой деятельности // Фемида. – 2018. – № 2. – С. 48.

172 Лукьянова Е.А. Указное право как российский политический феномен // Журнал российского права. – 2011. – № 10. – С. 89.

М. Сейд-Ахметов считает целесообразным:

1) «исключить статью 6 из текста Закона о НПА, как излишнюю» при существующем «подробном механизме проверки и контроля проектов предлагаемых нормативных правовых актов, что одновременно повысит качество их подготовки»;

2) «кодексы вывести из иерархической лестницы по примеру постановлений Конституционного Совета Республики Казахстан и пленумов Верховного суда Республики Казахстан»¹⁷³.

Свои выводы он основывает отчасти на доводах профессоров Ю.Г. Басина и М.К. Сулейменова и приводит собственные доводы, небезынтересные в плане проблем систематики права, тем более что они излагаются практикующим юристом. Автор, прежде всего, анализирует, так сказать, буквы ст. 6 Закона о НПА «Противоречия норм права различных нормативных правовых актов», п.1 которой гласит: «При наличии противоречий в нормах права нормативных правовых актов разного уровня действуют нормы права более высокого уровня».

Вполне логично рассуждая, он замечает, что присутствием выражения «противоречий» эта норма допускает принятие нескольких нормативных правовых актов по однородным общественным отношениям. Однако если в последующем был принят нормативный акт более высокого уровня, нежели уже существующий, то последний тем же нормативным актом должен быть признан утратившим силу, иначе на практике сохранение положения с существованием двух нормативных актов, пусть даже разных уровней, но регулирующих однородное общественное отношение, вызовет коллизию, прежде всего, в исковых делах гражданского судопроизводства. Понятно, что каждая сторона гражданского процесса будет опираться, отстаивая свои интересы, именно на нормы того нормативного правового акта, который более соответствует ее точке зрения. В соответствии со ст. 267 ГК лишь в судебном порядке признается недействительность нормативного правового акта, а поскольку прежний нормативный акт не признан утратившим силу, то участник гражданско-правового отношения отстаивает свою позицию и несет все материальные затраты по оплате судебного процесса. Поэтому, считает М. Сейд-Ахметов, нормативным актом более высокой юридической силы должна определяться судьба прежнего нормативного акта¹⁷⁴.

П.1 ст. 6 Закона о НПА по своему смыслу не исключает вероятность принятия нормативного правового акта меньшей юридической силы по сравнению с действующим нормативным правовым актом. Но возникает вопрос, какая необходимость в принятии нормативного правового акта, явно противоречащего содержанием существующему нормативному правовому акту более высокой юридической силы? Тем более что в п. 3 ст. 4 закреплено: «...каждый из нормативных правовых актов нижестоящего уровня не может противоречить нормативным правовым актам вышестоящих уровней». Данная норма категорически фиксирует недопустимость принятия нижестоящими субъектами нормативных актов вразрез действующим нормативным правовым актам вышестоящих инстанций. Более того, напоминает М. Сейд-Ахметов, такие нормативно-правовые акты не регистрируются в Минюсте РК (пп. 2) п. 2 ст. 38 этого же Закона), значит, они не могут быть признаны вступившими в силу.

Таким образом, казалось бы, вся система (организация, иерархия, планирование подготовки и разработки, согласование, процедура принятия нормативных правовых актов)

173 Сейд-Ахметов М. Люфты правотворческой деятельности // Фемида. – 2018.– № 2. – С. 51.

174 Сейд-Ахметов М. Люфты правотворческой деятельности // Фемида. – 2018.– № 2. – С. 50.

в целом исключает вероятность одновременного существования по регулированию однородных общественных отношений нескольких нормативных актов разных уровней, тем не менее, подобный правовой нонсенс в виде п. 1 ст. 6 Закона о НПА существует. Причины его следует искать в недостатках системы законо- и правотворчества, в неслаженности или еще несложности, несформированности правовой системы в целом.

П.2 этой же ст.6 является очередным подтверждением сказанному: «При наличии противоречий в нормах нормативных правовых актов одного уровня действуют нормы акта, принятого позднее». Эта норма также небыстречна, поскольку в ней предполагается параллельное наличие двух нормативных правовых актов одного уровня по регулированию однородного общественного отношения, но принятых в разное время. М. Сейд-Ахметов вполне логично задает вопрос: не совсем понятно, почему прерогатива заведомо отдана нормативному правовому акту, принимаемому в последующее время? Не исключено, что им будет произведено ущемление конституционных прав физических, должностных или юридических лиц. Вполне возможно, что он запланирован только для разового применения, можно высказать и другие предположения, но в любом случае неизбежна конфронтация разных правовых актов¹⁷⁵. Здесь возникают и системные неувязки со ст.ст. 27 и 28 Закона о НПА, устанавливающими порядок признания утратившими силу, изменения и дополнения нормативных правовых актов и их частей в связи с принятием нового нормативного акта; внесения в действующие нормативные правовые акты изменений и дополнений.

Проблемы законотворчества, законодательной инициативы, законодательного процесса, правотворчества, выработки нормативно-правовых актов, постановлений, инструкций, нормотворчества, «указного права» являются предметом внимательного изучения юристами-правоведами. Поскольку правовая деятельность выступает одним из важных элементов правовой системы, то через ее посредство в правовую систему включаются правовые нормы, уставы, программы и т.д.

Несмотря на то, что в специальном акте о делегировании законодательных полномочий подчеркивается, какой конкретно орган, в какие сроки обязан реализовать свое полномочие. Об этом отмечают в своих работах Е.А. Лукьянова, В.О. Лучин, А.В. Мазуров.

Доцент Е.А. Лукьянова утверждает: «Термин «указное право» впервые был введен в научный оборот В.О. Лучиным. И думается, что такое словосочетание предельно точно, поскольку речь идет не просто об указах как об источниках или об одной из разновидностей подзаконных правовых актов. Указное право, входящее в прямую конфронтацию с законом, – явление не столько правовое, сколько политическое. Поэтому указное право, как правило, безошибочный признак и верный спутник определенного политического режима и формы правления. По русской традиции закон – это предел, фундаментальная основа правовой системы. Он от бога, от разума, от воли народа. А указ – конкретная задача, подлежащая исполнению в рамках закона с учетом накопленного опыта взаимодействия с ним»¹⁷⁶.

В.О. Лучин и А.В. Мазуров констатируют: «Надо сказать, что «царистская» модель правления была с самого начала заложена в Конституции РФ. Как известно, ее разработчики многое позаимствовали из конституций других стран, в том числе американской,

175 Сейд-Ахметов М. Люфты правотворческой деятельности // Фемида. – 2018. – № 2. – С.49.

176 Лукьянова Е.А. Указное право как российский политический феномен // Журнал российского права. – 2011. – № 10. – С. 90.

беря из них нужное и выгодное и отбрасывая, с их точки зрения, лишнее. Основной Закон страны подгонялся под одного человека, руководившего его написанием и утвердившего затем окончательный текст этого документа (перед референдумом), предварительно «подредактировав» и дополнив его по своему желанию кое-чем весьма существенным. В частности, он собственноручно вписал положение о нормативности своих указов. Ельцин считал свое президентское правотворчество совершенно нормальным явлением»¹⁷⁷.

Об этом В.О. Лучин открыто высказывался в монографии «Указное право» России: «Многим указное право в России конца XX века представляется сугубо современным феноменом нашей правовой действительности, не имеющим аналогов и исторических предпосылок. Однако это не так. На деле первый Президент России не изобрел ничего нового. Используя указное право в качестве «права силы», он всего лишь еще раз доказал, насколько глубоки в нашем правосознании исторические корни и живучи национальные стереотипы поведения. Поскольку, во-первых, само по себе указное право традиционно для России. А во-вторых, практически во все переломные времена отечественной истории указы российских правителей играли своеобразную идеологически-диктаторскую роль альтернативных источников права, невзирая на то, что ими нередко вносился раскол в общество и поддерживалось перманентное гражданское напряжение вплоть до угрозы гражданской войны»¹⁷⁸.

Право, как и законодательство, относится к типу органичных систем, которым присуще диалектическое соотношение между их структурой в целом и элементами. При этом структура может пониматься и как строение (состав) объекта, и как закон связи, система устойчивых отношений между элементами, и как результат взаимодействия между элементами¹⁷⁹. При таком подходе мы можем получить более объемную, не только статичную, но и динамичную характеристику объекта. Особенно это важно для права и законодательства, которые, в отличие от политики, должны быть более устойчивы и консервативны, не теряя в то же время перспективных динамичных потенциалов.

Разумный динамизм системы права, при общей устойчивости главного каркаса правовой системы, выражается в изменениях и дополнениях системы права новыми правовыми институтами и, порой, новыми отраслями права. Система права – это правовая категория, означающая совокупность и внутреннее строение правовых норм любого государства.

Система права развивается, главным образом, по объективным причинам, ближайшей из которых являются изменения в правовой системе как более широком и действенном факторном явлении, взаимодействующем, в свою очередь, со всеми другими большими общественными системами. Но нельзя сбрасывать со счетов в развитии системы права и внутренних собственных импульсов – это уточнение и конкретизация имеющихся о ней научных представлений и выводов.

Некоторые элементы системы права – институты, нормы и иногда даже отрасли, начиная постепенно утрачивать свое значение, исчезают, поскольку устаревают или упраздняются регулируемые ими реальные общественные отношения и институты. Естественно, это дополняется противоположными процессами формирования новых разновидностей

177 Лучин В.О., Мазуров А.В. Указы Президента РФ. Основные социальные и правовые характеристики. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2010. – С.27.

178 Лучин В.О. «Указное право» России. – М.: ХГЦ Велес, 2016. – С.17.

179 Свидерский В.И., Зотов Р.А. Новые философские аспекты элементарных – структурных отношений. – Л.: ЛГУ, 1970. – С. 80.

общественных отношений или усиления значимости старых, сопровождаемыми неизбежным созданием новых структурных элементов системы права.

Категория «правовая система», вопреки устоявшейся традиции в учебной литературе, должна использоваться не только для характеристики внешних процессов в правовой сфере в сравнительном плане, но и активнее применяться для изучения внутренних правовых процессов.

Широкое применение понятия «система права» для обозначения комплекса действующих правовых норм, институтов и отраслей права, объективно существующего внутреннего строения права должно все более сочетаться с анализом понятия «правовая система» как правовой жизни, сферы, правовой организации и структуры всего общества, а также совокупности юридических средств, механизмов, институтов и учреждений.

Система права – один из главных системообразующих элементов правовой системы. Национальная правовая система, имеющая историко-культурные особенности, определяет такие же параметры национальной системы права во взаимосвязи и взаимодействии.

Есть определенная система источников права, в которой особо заметное место занимают общие правовые принципы, чего нет в особо выделенном виде в системе общего права. Конечно, в рождении судебных прецедентов, использовании доктрины и разума, при «гибком толковании» и др., несомненно, высока роль общих правовых принципов. Только особое место общих принципов в романо-германской правовой системе, вместе с обычаями, судебной практикой и доктриной, предохраняет от жесткого «огосударствления» права, несмотря на тяготение к нормативистскому пониманию права.

В романо-германской правовой системе, традиционно основанной на нормативистском понимании права, тем не менее, жесткого нормативизма нет. В субординации источников права на первом месте стоит закон, далее следуют по порядку, обозначенному Р. Давидом: обычаи, судебная практика, доктрина, общие принципы¹⁸⁰.

Нормы текущих законодательных актов конкретизируют конституционные положения, наполняют их вполне определенным содержанием, обеспечивая тем самым практическую реализацию Конституции. Но для достижения желаемого результата система действующего законодательства должна отличаться внутренней согласованностью и непротиворечивостью. К сожалению, пока эти характеристики нельзя отнести к отличительным свойствам нового законодательства.

Обращаем внимание на положение о том, что источники права – это внешняя форма права. Форма, да еще и внешняя, в отношении определения источников права вызывает сомнение и много вопросов. Вообще, вопрос о форме и содержании в праве – довольно сложный и запутанный. Его мы касаемся лишь в плане системности источников права и для общего уяснения термина. Если уж говорить о форме права, то ею называют нередко норму, а содержанием права – определенное волеизъявление, волевое деяние или социальную ценность и т.д. В то же время нормы права называют субстанцией, веществом, материей права.

Так как же определить, что такое источник права? Получается опять нечто трансцендентное, форма права понимается весьма многозначно, другое более широкое понятие по отношению к термину «источник права» пока отсутствует. Зарубежные исследователи-специалисты по сравнительному правоведению вовсе не ломают себе головы вопросом, что такое источник права, а просто перечисляют и анализируют эти источники в разных системах права, которые рискнем назвать различными видами совокупностей

180 Давид Р. Основные правовые системы современности / Пер. с франц. – М.: Прогресс, 1988. – С. 103.

норм – относительно обособленных, формально определенных, цельных своим внутренним единством и, может быть, отчасти представляющих какую-то систему, хотя в пределы характеристики не вполне вписываются такие часто называемые источники в западных системах права, как правовая доктрина, общие правовые принципы, судебная практика...

Одна из главных проблем, решаемых в данном Законе, как нам представляется, – это проблема источников права в нашей формируемой правовой системе, которые предусмотрены также в единой взаимосвязанной системе.

Прежде всего, следует высказать некоторые суждения об источниках права вообще в теории права. Насколько важна эта проблема в теории и практике правоотношений, конечно же, нет необходимости повторять, достаточно вспомнить, какое большое количество исследований ей посвящено было и в советской правовой науке.

Однако значимость этой проблемы в нашей литературе в немалой степени была занижена, точнее, «заужена», поскольку главным и единственным «источником» всех источников права считалось государство, а наиболее распространенными источниками права – только законы и подзаконные акты. В общем плане позитивистского, нормативистского понимания права такое положение является вполне нормальным, да и в настоящее время никому не отказано в праве защищать данную точку зрения, практику правотворчества и правового регулирования.

Есть определенная система источников права, в которой особо заметное место занимают общие правовые принципы, чего нет в особо выделенном виде в системе общего права. Конечно, в рождении судебных прецедентов, использовании доктрины и разума, при «гибком толковании» и др., несомненно, высока роль общих правовых принципов. Только особое место общих принципов в романо-германской правовой системе, вместе с обычаями, судебной практикой и доктриной, предохраняет от жесткого «огосударствления» права, несмотря на тяготение к нормативистскому пониманию права.

Таким образом, теория правовой системы дает возможность глубже изучить проблемы правового регулирования, правоотношений, правосознания, правовой культуры, деятельность государственных органов по совершенствованию законодательства, а также различных учреждений и институтов. С одной стороны, эта теория вызывает неподдельный интерес у исследователей, так как право оказывает непосредственное влияние на развитие духовной культуры. С другой стороны, нет единого мнения среди юристов по проблемам правовой системы, структуры ее элементов, функциям, этапам становления и т.д. Наблюдается даже своего рода игнорирование анализа такой важной правовой категории, что выражается в том, многие известные авторы не рассматривают ее в своих учебниках.

Если прежде в политической организации общества право рассматривалось как подчиненное государству явление, то ныне оно оценивается не только как приоритетное по отношению к политике и государству, но и как определенный системноформирующий, системообразующий фактор, значительное автономное образование со своими структурно-функциональными взаимосвязями и многообразными, подчас решающими, взаимодействиями с остальными общественными структурами и системами.

В заключение отметим, что проблема системы источников права в правовой системе перерастает из вопроса теории права в проблему философии права. Поэтому не случайными являются повышенное внимание юридической общественности к Закону о НПА, неоднозначные и отчасти слишком обостренные оценки его. В целом можно отметить, что ожидаемое содержание этого Закона и предварительные требования к нему оказа-

лись преувеличенными. Этим, видимо, отчасти объясняется то создавшееся мнение юридической общественности, в котором критические оценки Закона явно преобладают над констатацией его положительных сторон.

2.3. Акты систематизация законодательства в системе источников права

В общем плане формы и акты систематизации законодательства выступают в совокупности как комплекс взаимосвязанных и взаимодополняющих форм законодательной деятельности государства. Соответственно возникает и вопрос о понимании и юридической природе, особенностях и месте актов систематизации законодательства в системе источников права как носителей нормативно-правовой информации. При этом отметим, что в юридической науке имеется пласт исследований, которые создают теоретическую основу для изучения для рассмотрение форм и актов систематизации законодательства в контекст проблем анализа источников права¹⁸¹. В рамках данного раздела монографии представляется необходимым представить и представить авторское видение этих проблем.

1. Систематизация законодательства в юридической политике государства занимает одно из ведущих мест как властно-управленческой деятельности, направленной на развитие юридической сферы жизнедеятельности общества. В комплексе взаимосвязанных проблем, решаемых государством в последней ведущее место занимает законодательное направление юридической политики - законодательная политика, которая связана с оформлением политических решений власти на уровне законов, совершенствованием механизмов и процедур законотворчества и обнародования узаконении, также систематизацией массива нормативно-правовых актов.

Систематизация законодательства уходит своими истоками к кодификации римского права Юстиниана и представлено многочисленными европейскими кодификациям XIX – XX столетий¹⁸². Практическое использование собраний сводов законов достаточно хорошо известно и в систематизационных практиках в России. Это прежде всего Полное собрание законов Российской империи и Свод законов Российской империи, созданный в 1826–1832 г. и последующих продолжениях к нему и переизданиях выступавший в качестве носителя информации о действующих узаконениях вплоть до 1917 г.¹⁸³ Интересны также работы по изданию Свода законов СССР и сводов законов союзных республик в о второй половине 1970-х – 1980-е гг., были разработаны теоретические подходы и на практике создана система сводов законов. Свод законов СССР и своды законов союзных республик обеспечивали единство законодательного пространства Союза ССР стали завершающим этапом в централизации, и согласовании системы законодательства на уровне союзно-

181 См.: Пиголкин А.С. Систематизация законодательства // Общая теория государства и права. Академический курс. М., 2002. Т. 2 ; Михайлов О.В. Систематизация нормативно-правовых актов как способ их совершенствования. М., 2003; Систематизация законодательства в Российской Федерации. Под ред. А.С. Пиголкина. СПб, 2003. Систематизация законодательства как способ его развития. Отв. ред. В.А. Сивицкий. М., 2010. Систематизация законодательства в России: история и современность (историко-правовые, теоретико-методологические и технико-юридические проблемы). К 175-летию Свода законов Российской империи : Материалы Международного круглого стола., Нижний Новгород, 18–19 января 2008 года. Под ред. В.М. Баранова, В.Г. Графского, С.В. Кодана. М.-Нижний Новгород-Екатеринбург, 2008.

182 См.: Кабриак Р.К. Кодификации / Пер. с фр. Л.В. Головки. М., 2007. С. 29-109.

183 См.: Кодан С.В. Свод законов Российской империи. Место и роль в развитии юридической техники и систематизации законодательства в России в XIX-начале XX вв. // Юридическая техника. 2007. № 1. С. 178-191.

го государства и входящих в его состав республик как основы и основных инструментов поддержания единого законодательного пространства¹⁸⁴.

Исторический опыт развития государственно-правовых систем различных стран показывает, что систематизация законодательства занимает важное место в процессах развития и упорядочения правовой системы, а акты систематизация законодательства – прежде всего кодифицированного типа – выступают в качестве «индикатора изменений в праве»¹⁸⁵. Это как своеобразные «реперные точки», позволяющие проследить развитие права «до» и «после» их создания и издания, показать динамику накопления законодательного материала и на основе анализа последнего развивать правовое регулирование и совершенствовать действующее право.

В прикладном плане выделение форм и актов систематизации законодательства может преследовать самые различные целевые установки – от закрепления политических и идеологических ориентации власти до информационного обеспечения государственных структур и граждан актуальной правовой информацией. Посредством актов систематизации законодательства обеспечивается законодательное единство государства, особенно в условиях его федеративного устройства.

Важным аспектом является то, что посредством систематизации законодательства возможно преодоление такого негативного явления в пророческих процессах как «современная законодательная инфляция», которую современный французский исследователь Реми Кабриак рассматривает как «видимая часть айсберга кризиса источников права – его самое явное и, возможно, самое болезненное проявление. Но в ней абсолютно нет ничего оригинального, поскольку все предыдущие кризисы, встречавшиеся в истории, равным образом характеризовались избыточным ростом числа правовых норм»¹⁸⁶. Эти проблемы во многом решаются за счет систематизации законодательства,

В итоге обратим внимание на то, что систематизация узаконений выступает одним из элементов законодательной политики как направления политики юридической, направленной на решение комплекса задач сводящих перед государством в государственно-правовой сфере жизнедеятельности общества. Соответственно акты систематизации законодательства

2. Понимание, задачи и субъекты систематизации законодательства в рассмотрении места и роли актов упорядочения узаконений как источников права является определяющим вопросом. Позиционируя этот вид носителей юридической информации через указанные параметры появляется возможность охарактеризовать и показать место актов систематизации законодательства в системе источников и форм права, а также их значение как источников познания права. Поэтому необходимо прежде всего дать общее определение рассматриваемого правового явления.

Систематизация законодательства выступает как разновидность правовой деятельности и выражается в проведении работ по упорядочению действующих нормативных

184 См.: Ящук Т.Ф. Систематизация российского законодательства в советский период. Омск, 2021. С. 190-217; Кодан С.В. Свод законов СССР и своды законов союзных республик в обеспечении законодательного единства СССР (середина 1970-х - 1980-е гг.) // Genesis: исторические исследования. 2022. № 12. С. 278 – 294; Биюшкина Н.И., Кодан С.В. Сосенков Ф.С. Советский федерализм как результат политико-правовой бифуркации: идеологическое и организационное оформление. М., 2022. С. 166-218.

185 См.: Разуваев Н.В. Кодификация законодательства как индикатор эволюционных изменений в праве // Изменения в праве: новаторство и преемственность. СПб., 2022. С. 31-34.

186 Кабриак Р.К. Указ соч. С. 466.

правовых актов и имеет своей целью придание законодательному массиву упорядоченного, чётко структурированного характера, а также решения задач, связанных с развитием юридической (государственно-правовой) системы общества.

Цель систематизации законодательства состоит в создании и поддержании в системном, актуальном и информационно доступном для использования в различных сферах жизнедеятельности общества действующего массива нормативно-правовых актов, а также создание условий для совершенствования законодательства путём своевременной его переработки с целью своевременного введения новых и освобождения от устаревших положений, ликвидации коллизий и восполнении пробелов в праве, т. е. выступает в качестве формы «упорядочения действующей правовой системы»¹⁸⁷. Одновременно «потребность в систематизации возникает тогда, когда из-за неупорядоченности в массиве нормативных правовых актов становится неудобным пользоваться правовыми нормами. Даже если упорядочивается система правовых актов, все равно преследуется цель обеспечить удобство пользования нормами» - подчёркивает В. А. Сивицкий¹⁸⁸.

Задачи, разрешаемые в ходе систематизации законодательства, можно сгруппировать по следующим трём главным направлениям:

- в сфере правотворчества и правоприменения - повышение эффективности правотворческой деятельности; обеспечение развития законодательства; обеспечение повышения качества нормативно-правовых актов (устранение противоречий, неточностей, повторов и пробелов и т.п.); обеспечение формирования внутренне единой системы законодательства на основе научно обоснованных критериев классификации нормативных правовых актов; создание условий для правильного толкования и качественной реализации нормативных правовых актов; содействие обеспечению законности и правопорядка;
- в сфере организации и распространения правовой информации - обеспечение официальной правовой информацией граждан, государственных и общественных структур; создание условий для оперативного поиска необходимого нормативно-правового материала на основе традиционных (издание актов систематизации законодательства на бумажных носителях) и(или) современных (обобщение и распространение правовой информации через программные и аппаратные средства, базы данных и др.) информационных технологий; содействие формированию единого информационно-правового пространства страны;
- в сфере формирования правосознания и правовой культуры - создание необходимой предпосылки целенаправленного правового просвещения и воспитания, а также формирования правосознания и правовой культуры общества; организация базы для проведения правовых исследований; обеспечение качественной подготовке специалистов, связанных в своей деятельности с правом (юристов, государственных служащих и др.).

Субъекты, принимающие участие в систематизации законодательства, определяют направленность и предопределяют значение соответствующих актов упорядочения узаконений. По субъектам систематизация законодательства различается на:

- официальную, которая осуществляется государственными органами (или иными организациями), для этого специально созданными (или имеющими полномочия от имени

187 Пиголкин А.С. Понятие и формы систематизации законодательства // Систематизация законодательства в Российской Федерации. СПб., 2003. С. 30.

188 Сивицкий В.А. Понятие и виды систематизации законодательства (систематизации правовых норм) // Систематизация законодательства как способ его развития. М., 2010. С. 12

государства), и состоит в подготовке и распространении в целях обеспечения правового регулирования актов систематизации законодательства, которые носят официальный характер (приравнивается к официальным источникам опубликования нормативных правовых актов) и имеют юридическое значение (на них необходима ссылка в правотворческой и правоприменительной деятельности);

- *неофициальную*, которая осуществляется субъектами, не имеющими на это специальных полномочий (юристами - учёными и практиками, различного рода организациями - государственными, научно-исследовательскими, образовательными, издательскими, информационными и др.) и состоит в подготовке и распространении в целях обеспечения личных или корпоративных (ведомственных) интересов различного рода изданий упорядоченного законодательства, которые не имеют юридического значения (ссылки на них в официальных документах не допускаются), но способствуют совершенствованию правотворческой и правоприменительной практики.

В итоге можно констатировать, что систематизация законодательства, может рассматриваться как специфическая правовая деятельность в сфере законотворчества специально для этого созданных или имеющих на это полномочия государственных органов, которая состоит в проведении работ по упорядочению массива действующих нормативных правовых актов. В ходе систематизации законодательства решается комплекс задач связанных с обеспечением системности в праве и развитием правовой системы общества.

2. Юридическая природа актов систематизации законодательства как источников права определяется рядом существенных характеристик и параметров, которые показывают их особенности в системе носителей правовой информации. Всем им присущи общие свойства, которые позволяют выделить их в качестве особой группы источников и форм права, как источников познания права. носителей юридической информации, которые При этом акты систематизации законодательства имеют тройкий характер - являются источником развития права, формами его внешнего и упорядоченного представления в обществе и источниками познания процессов генезиса правовой системы общества.

Акты систематизации законодательства как источники права выступают таковыми при условии, если они:

- *содержат нормы права*, то есть правовую (общеобязательную) информацию, которая посредством тех или иных актов систематизации законодательства в упорядоченной систематизированной форме доводится до субъектов права;
- *имеют официальный характер*, то есть упорядочение законодательства производилось уполномоченными на это государственными органами или иными организациями, имеющими право создавать такие акты и распространять их от имени государства. Подготовленные юристами или организациями издания для собственного обеспечения правовой информацией, систематизирующие в той или иной форме нормативные правовые акты, официальными не являются и не выступают в качестве источника права;
- *имеют письменную форму внешнего выражения* и издаются уполномоченными государственными органами в виде официальных документов - актов систематизации законодательства, соответствующих определённым формам систематизации нормативных правовых актов, которые могут распространяться на различных носителях информации - в виде печатных изданий или электронном виде на основе баз данных государственных информационных структур или уполномоченных государством организаций);

- имеют юридическое значение, которое определяется в соответствующих нормативно-правовых актах, определяющих содержание и порядок введения в действие актов систематизации законодательства и которое состоит в том, что изданные в официальном порядке акты систематизации приравниваются к официальным источникам опубликования включённых в них нормативных правовых актов и имеют юридическое значение - на них необходима или допускается ссылка в правотворческой и правоприменительной деятельности. При этом сами акты систематизации законодательства могут одновременно выступать официальным источником опубликования нормативных правовых актов. Соответственно ссылки на различного рода неофициальные издания, в которых содержатся систематизированные нормативные правовые акты, в официальных документах не допускаются;
- не вступают в противоречие с нормативным содержанием исходных систематизируемых нормативных правовых актов, поскольку именно нормативные правовые акты, изданные в порядке правотворчества, выступают объектом систематизационных работ и акты систематизации законодательства по отношению к нормативным правовым актам носят вторичный характер, обеспечивают лишь решение проблем упорядочения законодательства;
- могут являться продуктом правотворчества в случае издания в виде кодифицированных актов, которые образуются в результате коренной переработки действующего законодательства и путём создания нового внутренне согласованного нормативного правового акта и который принимается государственным органом наделённым правотворческой компетенцией.

В итоге следует обратить внимание на то, что юридическая природа актов систематизации законодательства и их существенные характеристики, относящиеся к данной группе носителей юридической информации в целом, позволяет их выделить в особую группу источников права, форм его внешнего выражения и представления в обществе и в качестве источника познания права. Юридическая природа актов систематизации законодательства материализуется в их формах и видах.

3. Формы и виды актов систематизации законодательства как парные правовые явления показывают как диапазон возможных организационных и технико-юридических конструкций упорядочения законов, так классификационные характеристики видов и разновидностей актов систематизации законодательства. При этом они образуют собственную систему и обеспечивают системность права. Такой подход позволяет сопоставить формы систематизации законодательства, в рамках которых исходными являются цели, достигаемые при упорядочении нормативных правовых актов в той или иной форме и ее результат, получивший внешнее выражение в актах систематизации законодательства как правовых документах, выступающих в качестве носителей правовой информации. Соответственно представляется возможным с использованием научной классификации и выделением соответствующих оснований представить классификационную систему форм и актов систематизации законодательства и дать их общую характеристику, представляемую далее.

(1) *Учёт и учётные документы как акты систематизации законодательства* выступают первоначальным этапом и наиболее упрощённо форма и вид упорядочения узаконений с целью представления и получения достоверной информации об изданных нормативных правовых актах, состоящая в регистрации или их группировке в предметные блоки. Назначение учёта – представить «упорядоченную и постоянно пополняемую систему сведений о нормативных правовых актах, то есть сведения об их принятии, из-

менении, дополнении, распространения действия, отмене (утрате силы), опубликовании, вступлении в действие и иные сведения» - отмечает Е. П. Петров¹⁸⁹.

Учёт нормативно правовых актов в виде их реестров на бумажных и электронных носителях существует практически во всех современных странах существует система учёта и публикаций узаконений на бумажных и электронных носителях. На этом уровне упорядочивания узаконений *обеспечивается регистрация изданных нормативных правовых актах*, которая осуществляется на основе реализации принципов *полноты информации - фиксации и предоставление всего объёма справочной информации без пробелов и упущений), достоверности - использование официальных источников опубликования актов и своевременная фиксация внесённых в них изменений) и удобства использования - обеспечение оперативного поиска необходимых сведений.*

Учёт находит выражение в отдельных видах актов систематизации, которые как документы - источники правовой информации - отражают указанную форму упорядочения законодательного массива. Виды таких актов могут быть следующими:

- *журналы* - регистрация реквизитов актов по хронологическому, алфавитно-предметному или системно-предметному принципам;
- *картотеки* расположение карточек по хронологическому, алфавитно-предметному или предметно-отраслевому принципам с фиксацией реквизитов или текста актов ранее с ручным, а в современных условиях и автоматизированным поиском;
- *контрольные тексты действующих нормативных правовых актов* – первоначальные документы с внесением в тексты официальных актов отметок об отмене, изменении, дополнении с указанием актов, которыми они внесены;
- *учёт в электронный форме* на основе компьютерных технологий с использованием государственных (официальных) или коммерческих (неофициальных - «Гарант», «Кодекс» и др.) баз данных. В Российской Федерации создан и функционирует «Государственная система правовой информации. Официальный интернет-портал правовой информации» (ГСПИ) как интегрированный полнотекстовый эталонный банк правовой информации «Законодательство России». Характерно, что размещённые на нем тексты являются официальными¹⁹⁰.

(II) Инкорпорация и акты инкорпорации законодательства преследуют цель упрощения использования нормативных правовых актов и связаны с внешней обработкой нормативных правовых актов без изменения их нормативного содержания, т. е. без утраты ими прежней индивидуальной

По характеру расположения в собраниях и сборниках нормативного материала их можно разделить на хронологические - акты располагаются по времени, датам издания и систематические - по тематическим разделам в зависимости от содержания акта с расположением актов по предметному принципу и выстраиванием нормативного материала с учётом юридической силы. По видам нормативных правовых актов выделяются собрание законов, сборник постановлений правительства и др. При этом могут сочетаться различные методы расположения материала: разделы тематические - по предметному принципу, акты внутри них - в хронологическом порядке с возможным выделением их по видам. При этом могут сочетаться различные методы расположения материала: разделы темати-

189 Петров, Е.П. Юридическая терминология в процессе правотворчества и систематизации нормативных правовых актов // ScienceTime. 2014. № 10. С. 315.

190 См.: Государственная система правовой информации. Официальный интернет-портал правовой информации // <https://pravo.gov.ru> (дата обращения 18.12.2022).

ческие - по предметному принципу, акты внутри них - в хронологическом порядке с возможным выделением их по видам.

(III) Консолидация и акты консолидации законодательства связаны с созданием на официальном уровне укрупнённого правового акта с целью устранения множественности нормативных актов, включающего в себя положения (нормы) ранее изданных и действующих актов без изменения их нормативного содержания и служащего промежуточным звеном между текущим правотворчеством и кодификацией. Результат консолидации - образование крупных однородных блоков правовых норм, текстуально оформленных в форме нового укрупнённого акта с общей структурой, логической последовательностью и определённой редакционной правкой, который утверждается правотворческим органом в качестве самостоятельного источника права или издаётся определённым государственным органом. На ее базе проводятся операции по формированию сводных актов действующего законодательства - сводов законов.

Особо заметим, что теории государства и права практически общепринятым является мнение, что при утверждении консолидированного акта правотворческим органом «прежние разрозненные акты признаются утратившими силу»¹⁹¹. Эта устоявшаяся точка зрения противоречит исключительному праву на правотворчество органов законодательной власти, поскольку основу консолидированного акта составляют принятые ранее нормативные правовые акты. Акт консолидации носит по отношению к ним вторичный характер и не может означать для них утрату юридической силы или отмену. Возникает вопрос, какое же это правотворчество, если оно не меняет ни содержания правового регулирования, ни законодательства. В таком случае должны действовать сложившиеся в российской юриспруденции XIX - начала XX в. и европейской юридической практике два правила: (1) акты консолидации должны иметь указание на консолидированные исходные нормативные правовые акты; (2) в случае коллизии между исходными нормативными правовыми актами и актами консолидации действуют первые.

Консолидация практически не используется в современной российской юридической практике, хотя, как мы уже отмечали, российский дореволюционный опыт уникален, когда практически весь Свод законов Российской империи состоял из консолидированных актов инкорпорированных в его рамках в соответствии принятой в нем системой законодательства. Предпринимались такие попытки и в советское время для консолидации актов по регулированию вопросов сельского хозяйства, продукции и др. Эта проблема весьма актуальна в условиях работы по совершенствованию системы законодательства в России, когда актуализируется задача укрупнения нормативных актов посредством издания актов консолидации, что одновременно вполне может стать одним из приоритетных направлений в упорядочении законодательства.

(IV) Кодификация и кодифицированные акты отражают наиболее сложную и совершенную форму деятельности по систематизации нормативных правовых актов. Она направлена на коренную, внутреннюю и внешнюю переработку действующих нормативных правовых актов путём подготовки и принятия нового кодификационного акта компетентными государственными органами. При кодификации укрепляется системность нормативных актов. Их юридическое единство и согласованность выходят за рамки упорядочения изданного, уже имеющегося законодательства и представляют относительно

191 Пиголкин А.С. Понятие и формы систематизации законодательства ... С. 383.

самостоятельную, основную форму совершенствования законодательства, связанного с правотворчеством.

Цель кодификации - систематизация и качественная, коренная переработка нормативного правового материала (с отменой устаревших и разработкой новых норм, устранением пробелов и коллизий в праве) и созданием в качестве результата нового комплексного внутренне согласованного нормативного правового акта, который принимается правотворческим государственным органом (или другим субъектом правотворчества).

Результатом кодификации является издание особого вида актов систематизации законодательства, который характеризуется следующими признаками:

- *формулирует различные нормы* (принципы, дефиниции, непосредственного действия), определяющие правовое регулирование наиболее важных вопросов жизнедеятельности общества, устанавливает нормативные основы отрасли (института) законодательства и регулирует широкую сферу отношений (имущественных, трудовых и др.);
- *направлен на закрепление и создание законодателем наиболее стабильных норм* права, опробованных практикой и отражающих динамику и потребности социальной жизни, а также рассчитанных на длительный период действия;
- *по предмету обобщаемых норм права* определяется в зависимости от элементов деления системы права и законодательства - отрасли, институты или определённой сферы организации и регулирования определённой сферы деятельности государства и общества;
- *является итогом совершенствования законодательства* и представляет сложный, нередко значительный по объёму сводный акт как совокупность взаимозависимых предписаний, т. е. является единым, внутренне согласованным документом с чётко определённой и внешне выраженной системой нормативных предписаний, создающей условия для их информационной доступности и удобства использования;
- *издаётся в определённых видах* и представляет нормативно правовые акты, объединяющие различные правовые нормы и институты, регламентирующие разнородные общественные отношения в рамках отрасли права. Отнесение акта к разряду кодифицированных определяется в зависимости от его содержания, объёма, сферы регулирования общественных отношений, направленности на объединение действующих норм и внесение новелл в правовое регулирование.

Особо обратим внимание на то, что по мнению ряда правоведов кодифицированные нормативные правовые акты - основы законодательства, кодексы уставы и др., которые становятся таковыми только в процессе правотворчества и выступают как продукт последнего. На этом основании В.К. Бабаев исключает кодификацию из видов систематизации законодательства и считает, что «кодификация не укладывается в рамки систематизации, а представляет собой самостоятельную, причем основную форму совершенствования законодательства»¹⁹². А.С. Пиголкин аксиоматически подчёркивает, что «кодификация - форма правотворчества»¹⁹³. Интересен подход Е.П. Петрова, который считает, что «систематизация законодательства относится как к правотворческой, так и к информационно-правовой деятельности. Правотворческий характер систематизации проявляется в ее направленности на упорядочение и совершенствование законодательства, принятии консолидированных и кодифицированных актов, объединяющих ранее изданные акты

192 Бабаев В.К. Кодификация и систематизация нормативно-правовых актов // Общая теория права. Курс лекций. Нижний Новгород, 1993. С. 331-332.

193 См.: Пиголкин А.С. Понятие и формы систематизации законодательства... С. 384

по одному и тому же предмету правового регулирования»¹⁹⁴. По моему мнению, издание кодексов выступают и как продукт правотворчества, и как форма систематизации законодательства с точки зрения создания акта упорядочения узаконений, и, поэтому, кодифицированный акт носит двойственный характер и может быть отнесён к актам систематизации законодательства.

На основе изложенного представляется возможным классифицировать и выделить следующие виды кодификационных нормативных правовых актов.

Основы законодательства как акт систематизации законодательства содержат принципиальные, наиболее общие нормы по предмету правового регулирования отдельной отрасли (института) права и выступающие базой для дальнейшего издания нормативных правовых актов в определённой сфере правового регулирования как правило в виде кодексов. Основы возглавляют те или иные отрасли (институты) права и обеспечивают согласованность в их рамках всех норм через определение единых принципов правового регулирования, основополагающих понятий и рамок правового регулирования на уровне нижестоящих нормативных правовых актов. Структурно делятся на крупные, обособленные подразделения (разделы, главы). В данном плане интересен опыт использования основ законодательства в СССР¹⁹⁵. В условиях союзного государства существовали два уровня кодифицированных актов - «союзные основы - кодекс республики», которое были «органически связаны между собой» и в это связке основы законодательства «закладывают принципиальную базу кодификации данной отрасли права, и с них кодификация начинается. Республиканские же кодексы завершают кодификацию отрасли права. В конечном счёте Основы (Основные начала) и республиканские кодексы действуют в единстве, в сочетании» - отмечает С. С. Алексеев¹⁹⁶. В Российской Федерации согласно Федеративному договору от 31 марта 1992 г. по вопросам совместного ведения РФ и республик в составе РФ «федеральные органы государственной власти РФ издают Основы законодательства, в соответствии с которыми органы власти республик в составе РФ осуществляют собственное правовое регулирование, включая принятие законов и иных правовых актов». Такими актами являются «Основы законодательства РФ о нотариате» от 11.02.1993 г. и «Основы законодательства РФ о культуре» от 9.10.1992 г.

Кодекс являются системообразующим нормативным правовым актом, объединяющий по строго определённой логической системе нормы права, регулирующие какую-либо сферу общественных отношений или какой-либо деятельности. По характеру охвата общественных отношений выделяются кодексы: отраслевые, регулирующие конкретную сферу общественных отношений и определяющую деление права на отрасли и институты (ГК, ГПК, УК, УПК и др.) и комплексные (межотраслевые), регулирующие обособленную и значительную часть отношений и учитывающие ее специфику в определённой сфере (государственной, хозяйственной и др.), а также объединённые единой концепцией и общими принципами регулирования (Воздушный кодекс и Водный кодекс РФ).

Устав как акт систематизации законодательства регулирует правовое положение определённых органов, организаций (Устав ИТАР-ТАСС от 22.11. 2004 г.), определённых

194 Петров Е.П. Указ соч. С. 315.

195 См.: Яшук Т.Ф. Систематизация российского законодательства в советский период. Омск, 2021; Кодан С.В. Основы законодательства Союза ССР и союзных республик в централизации и образовании единого правового пространства СССР (вторая половина 1950-х - 1970-е гг.) // Юридические исследования. 2023. № 1. С. 22- 33.

196 Алексеев С.С. Общая теория права. М., 1982. Т. 2. С. 257.

ную сферу деятельности (ФЗ «Устав железнодорожного транспорта РФ» от 10.01.2003 г.) или особенности взаимоотношений субъектов права (Дисциплинарный устав ВС РФ от 14.12.1993 г.). В форме уставов кодифицируются нормы, определяющие правовой статус субъектов РФ (исключая республики) - структуру, полномочия и организацию деятельности государственных органов (Устав Свердловской области);

Положение также относится актам систематизации законодательства, поскольку определяет задачи и компетенцию органа, учреждения, организации (Положение о Министерстве юстиции РФ от 13.10.2004 г.);

Правила как нормативный правовой акт содержат приведённые в систему процедурные нормы и определяющие порядок организации определённой деятельности (Типовые страховые правила негосударственного пенсионного фонда от 15.11.2018 г.) или поведения в определённых условиях (правила пожарной безопасности).

Следует заметить, что в ряде случаев кодификационный акт может приниматься в форме закона без указания на его кодифицированный характер и использования терминологического обозначения «кодекс». Таким актом является, например, Закон РФ «Об образовании в Российской Федерации» от 29.12.2012 г. Соответственно отнесение его к разряду кодификационных определяется исходя из содержания, объёма и сферы регулирования им общественных отношений, уровня объединения действующих норм и дополнения их новыми.

(V) Сводообразования как форма систематизация законодательства и создание Свода законов выступают как наиболее сложная форма упорядочения законодательного массива страны с целью объединения действующих в стране нормативных правовых актов в единый комплексный правовой документ с чётко определённой структурой, созданием инструментария оперативного поиска правовой информации и использованием в сочетании различных форм упорядочения узаконений. Соответственно создание Сводов законов как актов систематизации законодательства связано с изданием на официальном правового документа, который выступает в качестве своеобразной «вершины» упорядоченности законодательства.

Свода законов как акта систематизации законодательства имел специфические черты¹⁹⁷. Они состоят в следующем:

- является официальным изданием систематизированного действующего законодательства, но при этом имеет повышенный уровень официальности, поскольку исходит от высших органов власти и должен отражать авторитет государственной власти, исходящих от нее нормативных правовых актов и права в целом;
- представляет наиболее сложную разновидность систематической обработки законодательства, должен максимально охватывать регулируемые правом общественные отношения и предполагает наиболее общую классификацию нормативного материала по предметному и целевому критериям, близкую к «всеобщей кодификации» типа «кодекс кодексов»;
- формируется на основе предварительной качественной обработки действующего законодательства с целью устранения множественности актов, пробелов в регулировании, совершенствования законодательства с предварительной подготовкой и изданием в качестве составных частей свода актов кодификации и консолидации законодательства;
- содержательно должен сочетать отражение системы права и требования к системе законодательства, а также строиться на основе обеспечения единства и согласованности включенных в его состав Конституции и актов систематизации законодательства (коди-

197 См.: Алексеев С.С. Общая теория права. М., 1982. Т. 2. С. 264-265.

фицированных или консолидированных), принятых или доработанных в установленном Конституцией и законодательством порядке и сгруппированных по основным сферам жизнедеятельности общества;

- структурно должен предусматривать развитие правового регулирования и допускать существенную переработку нормативного материала, содержащегося в нем, при сохранении преемственности между его переизданиями;
- в организации нормативного материала должен обеспечивать оперативное внесение изменений в его содержание, а также возможность использования материалов свода с использованием современных информационных технологий.

В итоге можно сделать вывод, что в настоящее время сложилась система форм соответствующих им актов систематизации законодательства. Каждая из этих форм сегментируя процесс систематизации узаконений, определяет направления и подходы к упорядочению законодательного массива. Соответственно каждой из форм корреспондируют виды и разновидности актов, которые поражают процесс систематизации и выступают источниками информации о законодательстве.

5. Практики использования форм и актов систематизации законодательства различны, что во многом зависит от традиции их использования и исторически сложившийся систематизационных практик. Обратим внимание на некоторые из них.

Систематизация законодательства в странах СНГ сохранила традиционное отношение к ней как инструмент обеспечения системности и упорядоченности в праве. Так, например, в Республике Беларусь в 1999-2007 гг. подготовлен Свод законов как полное систематизированное собрание республиканских законодательных актов. В него вошли Конституция Республики Беларусь, законы Республики Беларусь, декреты и указы Президента Республики Беларусь, акты Верховного Совета Республики Беларусь, межгосударственные и межправительственные договоры, акты о выражении согласия республики на обязательность для нее указанных международных договоров и нормативные правовые акты Республики Беларусь, направленные на реализацию международных договоров. Все эти акты распределены по структурным подразделениям свода законов - разделам, главам, параграфам, пунктам - в соответствии со структурой свода законов. Работу по формированию и поддержанию свода в актуальном состоянии осуществляет Национальный центр законодательства и правовых исследований Республики Беларусь¹⁹⁸. Этот опыт был бы весьма полезен и для восприятия в Российской Федерации, в которой на основании Указа Президента Российской Федерации от 6 февраля 1995 г. «О подготовке к изданию свода Законов Российской Федерации» была начата эта работа и затем отложена на неопределенное время¹⁹⁹.

Консолидация узаконений активно используется в Великобритании, где издаются акты консолидации, объединяющие нормативно-правовые акты парламента, принятые по одному предмету. Во Франции издаются консолидированные законодательства под наименованием кодексов - Кодекс дорог общественного пользования, Кодекс сберегательных касс и др. Интерес представляет и консолидация законодательства Европейского союза, когда для обеспечения доступности законодательства сообщества несколько юридических актов, первоначально опубликованных в разных выпусках «Официального Журнала

198 Национальный центр законодательства и правовых исследований Республики Беларусь // <http://center.gov.by/normotvorcheskaya-deyatel-nost/sistematzitsiya-zakonodatel-stva-i-s/svod-akonov/?ysclid=ldvunh9h1r223523569>

199 См.: Поленина С.В., Колдаева Н.П. О своде законов Российской Федерации. М., 1997; Литягин И.И. О подготовке свода законов Российской Федерации // Журнал российского права, 1999. № 11. С. 35-53.

Европейского Сообщества», объединяются в едином документе в виде «консолидированного семейства» по похожим проблемам. Но каждый консолидированный текст содержит перечень всех юридических актов, принятых во внимание при составлении нового текста, и каждая часть консолидированных текстов содержит достаточно информации о первоисточниках ее содержания²⁰⁰.

Практика издания и использования собраний и сводов законов в США представляет интерес с точки зрения практического опыта использования актов систематизации законодательства как носителей правовой информации. Своими истоками она уходит к середине 1920-х гг. и настоящее время на федеральном уровне включает два уровня – собрание и свод законов²⁰¹.

Полное собрание статутов Соединённых Штатов (United States Statutes at Large) является официальным источником американского федеральных законов и выступает инкорпорированное собрание всех законов и резолюций, принимаемых во время каждой сессии Конгресса. На официальном сайте этого издания указано, что «каждый публичный и частный закон, принятый Конгрессом, публикуется в Статутах в целом в порядке даты, когда он был принят в качестве закона. Законы упорядочены по номеру публичного права и цитируются по номеру тома и страницы. В Устав Соединённых Штатов в целом также включены одновременные резолюции, прокламации президента, предложенные и ратифицированные поправки к Конституции и планы реорганизации». В настоящее время собрание включает более 100 томов. При электронном варианте издания снабжено поисковой системой, позволяющей проводить поиск документов по различным параметрам²⁰².

Кодекс Соединённых штатов (United States Code) представляет текущие федеральные законодательства США представлены в рамках специально акта систематизации законодательства, который представляет собой Свод действующих законов США, хотя и используется традиционный для западной юриспруденции термин «кодификация». На официальном сайте этого издания указано – «Кодекс Соединённых Штатов представляет собой кодификацию по предмету общих и постоянных законов... Он разделен по широким темам на 53 названия и публикуется Управлением советника по пересмотру законодательства Палаты представителей США. Кодекс США был впервые опубликован в 1926 году. Следующее основное издание было опубликовано в 1934 году, а последующие основные издания публикуются каждые шесть лет, начиная с 1934 года. В промежутках между выпусками публикуются ежегодные накопительные дополнения, чтобы представить самую последнюю информацию». Издание снабжено многоуровневой поисковой системой. Интересна и процедура дополнения этого акта – при принятии закона Конгресс определяет его место в кодексе и какие изменения вносятся в его в разделы, главы и параграфы. С завершением сессии Конгресса издаётся постоянное сводное дополнение к каждому разделу с вновь принятыми нормативные предписания и тем самым происходит накопление нового нормативного материала, который при очередном переиздании кодекса (раз в шесть лет) включается в его основной текст. Кодекс доступен как в бумажных, так и в электронных версиях²⁰³.

200 Передовая практика ЕС по кодификации законодательства. М., 2005. С. 37-38.

201 См.: Петрова Е.А. Особенности систематизации американского законодательства // Вестник Южно-Уральского государственного университета. Сер. Право. 2012; № 7. С. 25-28.

202 См.: UnitedStatesStatutesatLarge // <https://www.govinfo.gov/app/collection/statute/2016> (дата обращения 15.12.22).

203 См.: UnitedStatesCode // <https://www.govinfo.gov/help/uscode#:~:text=What%20is%20the%20United%20States,the%20U.S.%20House%20of%20Representatives> (дата обращения 15.12.22).

В итоге отметим, что даже фрагментарно представленный опыт использования различных форм и актов систематизации законодательства в современных зарубежных странах представляет интерес и для отечественных систематизационных практиках. Его изучение и адаптация для российской юриспруденции, как и распространение опыта последней, требует дальнейшего изучения в рамках научных исследований.

* * *

Итак, рассмотренные вопросы систематизации законодательства как вида правовой деятельности, ее форм и результатов позволяют выделить в качестве разновидности правовых актов акты систематизации законодательства, которые в системе источников права выступают в качестве второго по значимости после нормативных правовых актов и производного от них обобщающего носителя нормативно-правовой информации. Использование всего диапазона актов систематизации законодательства позволяет способствовать максимальной доступности нормативных правовых актов для граждан и различного рода государственных и негосударственных организаций, а также способствовать укреплению правовой основы государственной и общественной жизни, обеспечить наибольшую определенность, системность стабильность законодательства, создать предпосылки для обеспечения прав и свобод граждан, укрепления правовой законности и усиления охраны правопорядка, конечном итоге - решению проблем создания правового государства в России.

2.4. Неофициальные источники права

В отношении романо-германской правовой системы определенный интерес представляют некоторые пояснения Р. Давида. Закон, по его мнению, во многих случаях для более точного понимания «нуждается в дополнении обычаем», даже в романо-германском, преимущественно «писаном» праве²⁰⁴. Он не формулирует свои суждения категорично, не навязывает их как единственно верные, предполагая возможности правового творчества, правовой инициативы в такой формально определенной области, как применение права.

В теоретическом плане системы источников права небезынтересно сопоставление такого источника мусульманского права, как кияс, или суждение по аналогии, с западными источниками - судебной практикой и правилом прецедента. А что из себя как источник права представляет иджма, или единое соглашение мусульманского общества, не похоже ли это на что-то вроде единого акта гражданского общества в религиозной форме? Сунна в качестве источника права разъясняется как совокупность традиций, значит, это тоже не жесткая совокупность норм, не подверженная толкованию и разъяснению.

Три перечисленных источника мусульманского права даже при поверхностном взгляде заставляют усомниться в оценке Р. Давида и К. Жоффре-Спинози с пренебрежительным оттенком об этой системе как «незыблемой» и «идеальной». К тому же сам главный источник права - Коран вовсе не исключает разъяснений, толкования и комментариев, поскольку даже многие авторитетные деятели на Западе оценивали ислам как наиболее совершенную из всех мировых религий, вобравшую в себя все достижения других религиозных систем (Л. Н. Толстой, Наполеон, писатель М. А. Алданов и др.), как наиболее молодую и менее догматичную систему.

Особого внимания заслуживает замечание французских ученых о том, что в качестве источников в мусульманском праве допускаются «разум и личное мнение». Не является

204 Давид Р. Основные правовые системы современности / Пер. с франц. - М.: Прогресс, 1988. - С. 129.

ли почти полным повторением этого источник английского права - доктрина и разум? И не допускаются ли тем самым в мусульманское право все вышеперечисленные достоинства открытой правовой системы: учет правовой реальности; наличие собственного «правильного» взгляда на право; присутствие большого числа правовых гипотез и возможность выбора из них наиболее справедливого решения; признание наличия предела у закона и возможность юристов вооружиться критериями справедливости, добрых нравов и публичного порядка; возможность ссылаться на обычаи и даже естественное право; право практикующих юристов на подобные коррективы и оговорки с целью недопущения расхождения между правом и справедливостью и т.д.

В ст.1 Конституции РК закреплено: «Республика Казахстан утверждает себя демократическим, светским, правовым и социальным государством». Это позволяет прогнозировать все большее сближение его правовой системы на новом качественном уровне, при сохранении специфики, с романо-германской правовой системой, как наиболее ныне нам близкой, а также восприятие некоторых достоинств прецедентного права, присущих системе «общего права» (Common Law).

Исходя из современного нормативного понимания права, проф. М.И. Байтин говорит, что «его систему (внутреннее строение) составляет совокупность правовых учреждений, институциональных образований, к каковым относятся нормы права, правовые институты, отрасли и подотрасли права»²⁰⁵. По нашему мнению, ведя речь в данном случае о системе права в его нормативном значении, автор все-таки исходит из «широкого» понимания права и включает в него правовые учреждения, которые относятся уже к правовой системе. Далее он говорит, что образующие право нормы издаются или санкционируются государством в строго определенных формах, в знаковых системах, каковыми служат различные юридические источники.

При этом предполагается, что иные нормы и источники, подобные Дигестам и Институциям, обычному праву, судебному прецеденту и т.д., не обладают строго определенными формами и находятся вне установленных знаковых систем. Думается, здесь опять-таки мимоходом затронут вопрос философии и теории права, а именно язык: символы, знаковая система в праве и правовой системе. Проблема в нашей науке мало разработана (если не сказать больше), ей много уделялось внимания в различных школах философии западного позитивизма, к которой в философии марксизма было отношение резко отрицательное.

Говоря о том, что наиболее распространенной основной формой выражения российского права служат нормативно-правовые акты, в ряду которых ведущее место принадлежит закону – нормативному акту, издаваемому на основе строго определенной демократической процедуры представительными и законодательными органами, М.И. Байтин, по существу, систему права сводит к системе законодательства. Такой вывод не колеблет краткое замечание: «кроме того, имеются и иные формы выражения права», которые предполагаются несущественными и малозначимыми.

Более заслуживает внимания поднимаемая им следующая проблема. В связи со значительным увеличением объема законотворческой деятельности и дальнейшим усложнением всего нормотворческого процесса в теории права утверждается, что назрел вопрос о необходимости выработки основанных на Конституции четких научных критериев ответственности отдельных норм праву... При этом, правда, к слову «праву» им добавляется фраза «как государственной воле общества». Понятно, что автор отстаивает нормативное

205 Байтин М.И. О современном нормативном понимании права // Журнал российского права. – 2009. – № 1. – С. 101.

понимание права, исходящее только от государства. По нашему мнению, не спасает положение, что государственная воля одновременно называется общественной волей²⁰⁶. Вообще, фраза «государственная воля народа или общества» представляется именно фразой, поскольку признаков отчуждения не утрачивает полностью даже правовое государство.

Но вернемся к проблеме критериев соответствия отдельных норм праву. Применительно к России такими «четкими» критериями «соответственно духу и букве Конституции РФ» являются: для норм, выраженных в законе, – соответствие Конституции; для норм, содержащихся в подзаконных нормативных актах и других источниках права (нормативный договор, правовой обычай), – соответствие нормам, выраженным в федеральных законах, уставах и законах субъектов федерации и, в конечном счете, в Конституции РФ; для норм, содержащихся во всех источниках права, – соответствие основным правам и свободам человека и гражданина, согласно общепризнанным принципам и нормам международного права, закрепленным и гарантированным в Конституции РФ в качестве непосредственно действующих²⁰⁷.

С соответствующими поправками на унитарность нашего государства эти предлагаемые критерии применимы и у нас, хотя в них оригинального немного, и они представляются либо слишком общими, либо само собой разумеющимися, тем более, что такие функции законодательно закреплены за Конституционным Судом Республики Казахстан, который был законодательно преобразован в результате референдума 2022 года. Другой вопрос, что Конституционный Суде вряд ли способен при существующем штате уследить за «другими источниками права», и это становится прерогативой судов общей юрисдикции при рассмотрении только конкретных дел. Поэтому проблема заключается не только в выработке четких критериев соответствия отдельных норм праву, но и не менее четкого легитимного механизма проверки такого соответствия.

В системе права происходящие процессы «перераспределения» сферы правового регулирования между отраслями права порождают новые явления, связанные со становлением и развитием комплексных, межотраслевых институтов, образующихся на стыке смежных однородных отраслей права, например, гражданского и семейного, гражданского и трудового, административного и налогового. По мнению С.В. Полениной, «пограничные институты характеризуются наличием между нормами отраслей права, образующими данный институт, подвижной предметно-регулятивной связи. Чаще всего эта связь проявляется в том, что на предмет одной отрасли накладываются некоторые элементы метода правового регулирования другой, как это имеет место в институте возмещения вреда, причиненного жизни либо здоровью работника при исполнении им своих трудовых обязанностей²⁰⁸.

Межотраслевые правовые институты пока трудно свести к общему знаменателю, развитие их неоднозначно, уже выделяются наукой разные варианты их эволюции. Один из них – это их развитие как института, так сказать, материнской отрасли права, когда привнесенные черты другой смежной отрасли права будут занимать все меньший удельный вес в регламентации данных отношений и постепенно институт утратит свой комплексный характер. Может быть и обратный вариант, когда по мере развития смежных

206 Байтин М.И. О современном нормативном понимании права // Журнал российского права. – 2009. – № 1. – С. 103.

207 Байтин М.И. О современном нормативном понимании права // Журнал российского права. – 2009. – № 1. – С. 102.

208 Поленина С.В. Взаимодействие системы права и системы законодательства в современной России // Государство и право. – 2010. – № 9. – С. 7.

отношений степень заимствования будет все больше возрастать, а сам институт начнет формироваться в качестве особого института «пограничной» отрасли.

Совокупность межотраслевых комплексных институтов только тогда может квалифицироваться как новая отрасль права, когда она приобретает качественно новые свойства и утрачивает признак комплексности. Это происходит не часто, ибо сама природа отрасли права как категория социальной действительности исключает возможность существования комплексных отраслей права (в отличие от комплексных отраслей законодательства). Данное обстоятельство весьма важно для понимания процесса становления новых отраслей права, устойчивости и необходимости определенного консерватизма системы права и, в свою очередь, правовой системы (в отличие опять же от системы законодательства).

«В условиях глобализации с особой остротой встали новые фундаментальные проблемы в сфере понимания современного права, обусловленные формированием основ информационного общества и влиянием современных научно-технологических достижений на стиль мышления специалистов и ученых в области гуманитарных наук. Во-первых, сегодня учеными различных направлений и научных школ исследуются взаимосвязи и влияния развития базовых (узловых) концепций новой естественнонаучной парадигмы (общая теория систем, кибернетика, синергетика, теория хаоса и порядка и т.д.) на изменение представления понимания правового статуса и правового пространства жизнедеятельности человека в среде информационного общества. Во-вторых, и в России и за рубежом широко анализируются взаимосвязи правовых проблем постиндустриального общества с изменениями традиционных представлений (XVIII-XIX век) о праве как об идеалах справедливости и необходимости, механизмах защиты прав, свобод и интересов человека, с реальными парадоксами нормативной системы права (XX век) как политической и правовой надстройки, фактически закрепляющей различные формы неравенства...В-третьих, информатизация обостряет и смещает социальные аспекты в проблеме обеспечения, сохранения и развития прав человека в условиях нарастания глобализации...»²⁰⁹.

Мы имеем значительную совокупность нормативных правовых актов, имеющих основание претендовать на образование определенной системы права и вхождение в общую правовую систему. Долгое время антропология права позволяла себе игнорировать международное право и объектом ее анализа выступали исключительно традиционные правовые системы и их институты. Ныне на авансцену выступила также «антропология современного права», объектом которой являются европейское позитивное право и антропологические проблемы современной цивилизации. Резко возросли интерес и внимание к международному праву прав человека. Человеческая личность больше не замкнута правовыми рамками государства²¹⁰.

В условиях глобализации актуальными представляются слова Фрэнсиса Фукуямы: «В конце XX века мы наблюдали как бюрократическая иерархия приходит в упадок и в политике, и в экономике, а ее место занимают менее официальные самоорганизующиеся формы взаимодействия»²¹¹.

209 Правовая система России в условиях глобализации и региональной интеграции: теория и практика. – М.: Формула права, 2016. – С. 69.

210 Саидов А.Х. Антропология права. – Ташкент: Национальный центр Республики Узбекистан по правам человека, 2017. – С. 29.

211 Фукуяма Ф. Великий разрыв. – М.: Издательство АСТ, 2004. – 474 с.

Л.В. Петрова полемизирует с проф. С.С. Алексеевым, утверждавшим, что в романо-германском праве на первом месте стоит закон, и видит в этом явную попытку современное западное право представить глубоко позитивистским. Но, полагает она, из западной правовой литературы известно, что законности, в том смысле как мы ее понимаем, на Западе не существует. Закон не единственный источник права. Наряду с ним, равноценными источниками являются правовая доктрина и судебная практика. Это, делает категоричный вывод Л.В. Петрова, дает практикующему юристу возможность, в случае необходимости, ссылаться именно на данные источники права и тем самым нейтрализовать или блокировать действие неправового закона. Более того, неправовой закон может быть отменен судебным прецедентом. Особенно невероятно для отечественных юристов-позитивистов, продолжает она, что западный юрист может ссылаться как на источник права на научные труды авторитетных ученых-правоведов. И при таком порядке вещей, подчеркивается, западные государства признаются цивилизованными и правовыми. Отсюда, разумеется, и то главное различие, которое отличало и во многом продолжает отличать отечественную систему юридического образования от зарубежной²¹².

Действительно, в наших вузах студенты-юристы изучают преимущественно законы, в западных правовых учебных заведениях главный акцент несколько иной – решение проблемы, какими законы должны быть и как, в соответствии с ними, решать правовые задачи, споры и конфликты. В наибольшей степени эту существенную разницу выразил уже упоминавшийся французский юрист-компаративист Р. Давид: «Преподавание права... есть нечто иное, чем изменяющиеся нормы. Смысл подготовки юриста не в том, чтобы он выучил наизусть и в деталях действующие сегодня нормы. Вряд ли это понадобится ему через десять лет в профессиональной деятельности, для которой большая часть этих норм будет не нужна». Важно понять сущность права, ту сущность, которую нельзя произвольно изменить росчерком пера национального законодателя²¹³.

Авторы учебника для вузов «Европейское право» отмечают: «Общие принципы права представляют собой концентрированное выражение самых важных сущностных черт и ценностей, свойственных данной системе права. В них находят свое выражение наиболее важные демократические ценности, свойственные правовому государству и разделяемые демократическими государствами или их Сообществами. В доктринальном плане необходимость вычленения общих принципов права связывают обычно с тем, что суд не может отказать в праве на правосудие, даже если отсутствует соответствующая правовая норма, регулирующая возникшее отношение или спорную ситуацию. Этот подход особенно характерен для англосаксонского права. В ряде континентальных стран принято проводить различия между принципами права и фундаментальными основами права. Причем во Франции, например, принципы права – это, по сути дела, принципы судопроизводства, а фундаментальные основы права – это, прежде всего, права и свободы, которые лежат в основе существования любого демократического общества»²¹⁴.

Приведенные выше доводы в пользу приоритета права над законом, естественного права над позитивным в теоретическом плане вряд ли у кого могут вызвать возражения. Если «пламень естественного права» в наших условиях представляется вроде некоего

212 Петрова Л.В. О естественном и позитивном праве // Государство и право. – 1995. – № 2. – С. 36.

213 Давид Р. Основные правовые системы современности / Пер. с франц. – М.: Прогресс, 1988. – С. 39.

214 Европейское право. Учебник для вузов / Под общ. Ред. Проф. Л.М. Энтина. – М.: Норма, 2011. – С. 92.

идеала, то «лед нормативизма» остается прозой жизни, с которой невозможно не считаться. Неизбежен также постоянный вопрос, насколько устоявшиеся западные правовые постулаты и юридические стандарты применимы к нашим условиям и реальностям. И дело вовсе не в том, что мы хуже, беднее, малоцивилизованные, некультурные и т.д. Явления культуры вообще нельзя измерять параметрами «выше - ниже», «хуже - лучше», дело в ином – мы разные, мы другие, что никоим образом нельзя игнорировать.

Во-первых, давно, на протяжении многих столетий мы, кажется, должны были убедиться, что многое, привнесенное в наши страны механически с Запада, дает совершенно противоположный предполагаемому результат. Отмена крепостного права в России привела к еще большей нищете крестьян, убийству царя-реформатора и, в конечном счете, к октябрьскому перевороту. Перестройка и демократизация по-западному, отмена колхозного крепостничества навлекли бедствия на сельское население в СССР. Монетаристская политика, выработанная на Западе для борьбы с инфляцией и падением производства, в странах СНГ еще более усугубила эти процессы для городских жителей и т.д.

Во-вторых, столь ли уж идеальны западные правовые системы? После принятия американской Конституции еще почти столетие в США существовало юридическое и фактическое рабство негров. Только во второй половине XX века пошла на убыль дискриминация негров.

Проф. Р.З. Лившиц форму права определял как «проявление содержания права в правовых идеях, правовых нормах и общественных отношениях», т.е., по существу, под формами права он имел в виду большие совокупности правовой системы - правосознание, совокупность правовых норм и систему правовых отношений²¹⁵. Вопрос об источниках права ему удалось обойти.

При этом подразумевается, что правовая система Республики Казахстан развивается не только в направлении восприятия европейского нормативизма в праве, но и других правовых источников, перечисляемых Р. Давидом. Кроме этого, само собой разумеется, что она движется и в направлении реанимации источников традиционного казахского права, прежде всего, обычного права.

Говоря о месте и роли правовых доктрин в романо-германской правовой системе, Р. Давид довольно осторожно разъясняет: «Можно, конечно, именовать правом лишь правовые нормы. Для тех же, кто считается с реальностью и имеет более широкий и, с нашей точки зрения, более правильный взгляд на право, доктрина в наши дни, также как и в прошлом, составляет очень важный и весьма жизненный источник права»²¹⁶. В отношении общих правовых принципов как источников романо-германского права весьма интересны следующие его замечания и выводы: «... законодатель может иногда отказаться действовать сам и обращается к юристам, чтобы выбрать из большого числа гипотез требуемое ситуацией справедливое решение. Закон сам обнаруживает свои пределы, когда вооружает юристов критерием справедливости, отсылает их к обычаям и даже естественному праву (австрийское Гражданское уложение, ст. 7) или подчиняет применение закона критериям добрых нравов и публичного порядка. Никакая законодательная система не может обойтись без таких коррективов или оговорок; их отсутствие может привести к недопустимому расхождению между правом и справедливостью»²¹⁷.

215 Лившиц Р.З. Теория права. – М.: БЕК, 2004. – С. 14.

216 Давид Р. Основные правовые системы современности / Пер. с франц. – М.: Прогресс, 1988. – С. 143.

217 Давид Р. Основные правовые системы современности / Пер. с франц. – М.: Прогресс, 1988. – С. 145.

Юридические ошибки или пристрастные решения, видимо, неизбежные в такой правовой системе, можно исправить с довольно высокой гарантией при наличии государственного контроля и, что еще существеннее, контроля общественности при развитой системе публичности и широкой гласности судопроизводства и других форм применения права.

Оптимальная применимость обычаев, по иллюстрации Р. Давида на английском праве, объясняется тем, что это и всеобщие старинные обычаи, местные и торговые обычаи, правовая надежность которых подтверждена многократными применениями в течение длительного исторического периода. Правовые доктрина и разум, юридические принципы, элементы рационального решения также не произвольны. Они – повседневное достояние общей и правовой культуры, которые определяют степень открытости или замкнутости правовой системы. Таковыми или в определенной степени подобными являются вышеназванные, по С.С. Алексееву, акты, объективирующие правовые обычаи, деловые обыкновения, правоположения в частном праве, судебные решения, санкционированные сборники юридически значимых обычаев, акты общественных и иных негосударственных организаций. Представляет определенный интерес восприятие западными правоведцами системы источников социалистического права. Внешне и формально она (система источников права) выглядит вполне благопристойно, как бы приближаясь к романо-германской системе права. В изложении Р. Давида и К. Жоффре-Спинози – это закон, судебная практика, обычаи и правила социалистического общежития, доктрина²¹⁸.

Тем не менее, вместо правового государства существовало тоталитарное. Зарубежные ученые акцентируют внимание на чисто словесном, формальном сходстве. Им неведомо, как на практике все эти источники права наполнялись противоположным естественному праву содержанием. Закон считался «мерой политической, ...политикой», судебная практика сводилась к разъяснениям пленума Верховного Суда СССР о единообразном применении этих, в основном, неправовых законов, обычаи применялись короткое время на ограниченной территории. Что же касается доктрины, то недостатка в ней не было. Это – и марксистско-ленинская теория, не признававшая ни естественного, ни частного права; и партийные директивы-решения съездов и пленумов КПСС, вплоть до «телефонного права»; и революционное правосознание, в соответствии с которым представители имущих классов лишались всех прав... Еще был один вид доктрины – комментарии ученых-правоведов к кодифицированному законодательству и исследования в юридической науке, которые (это заметили Р. Давид и К. Жоффре-Спинози) были, главным образом, комментариями, а не критикой замкнутой правовой системы, либо критика существовала лишь в пределах этой системы. Особо следует сказать об источниках системы мусульманского права. В связи с вышеприведенными словами о плохом самочувствии английских юристов в присутствии сформулированных законодателем норм Р. Давид и К. Жоффре-Спинози несколько пренебрежительно отзываются о «незыблемости мусульманского права», называя его «идеальной системой», чего быть не может²¹⁹. В то же время в другом месте они высказывают иное, не вполне согласующееся с вышеприведен-

218 Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / Пер. с франц. – М.: Межд.отнош., 1998. – С. 159.

219 Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / Пер. с франц. – М.: Межд.отнош., 1998. – С. 16.

ным примечательное утверждение: «Западный образ мышления не является ни господствующим, ни бесспорным в современном мире»²²⁰.

Источниками мусульманского права являются:

1. Коран – священная книга ислама;
2. Сунна, или традиции, связанные с посланцем бога;
3. Иджма, или единое соглашение мусульманского общества;
4. Кияс, или суждение по аналогии.

Приведя этот довольно-таки немалый и весьма содержательный перечень источников права, Р. Давид и К. Жоффре-Спинози, вопреки ранее сказанному ими о неприемлемости, «незыблемости» и «идеальности» системы мусульманского права, как бы мимоходом замечают, что в качестве источников допускаются «разум и личное мнение»²²¹.

Сегодня у большинства людей существуют неправильно сложившиеся стереотипы об исламе, что порождает конфликты, как на бытовом, так и мировом уровне. И чтобы эти конфликты реже переходили в стадию вооруженного столкновения, нужно знать те правовые основы, обычаи и религиозные тонкости, на которых основывается миропонимание мусульманского человека²²².

Нынешний Казахстан – светское государство, и здесь нет серьезных внутренних сил, призывающих к возрождению и широкому распространению мусульманского права, которое в прошлом оказало значительное влияние на историю, культуру, национальное самосознание казахского общества и государства, как бы мы ни похвалялись совсем недавно тем, что казахи среди всех исповедовавших ислам народов были в религиозном отношении самым недисциплинированным народом. Это, кстати, не подтверждается, если судить по творчеству аль-Фараби, Баласагуни, Абая и многих других выдающихся представителей народа. Может быть, что-то можно позаимствовать из правовых форм мусульманского права и наполнить их светским правовым содержанием? Это было бы более плодотворным, нежели непрерывно меняя, примерять то западные, то дальневосточные костюмы. Слегка перефразируя великого А. С. Пушкина, можно сказать: панталоны, фрак, жилет – всех этих слов в казахском ... нет. А чем плохо то, что в Республике Калмыкия в основу Конституции положено древнее собственное Степное уложение? Поэтому следует обратить серьезное внимание не только на правовую систему традиционного казахского государства, но и посмотреть внимательнее на рациональные моменты мусульманского права и судов кази. В 1999 г. издан учебник по мусульманскому праву²²³.

В статье З.К. Аюповой и Д.У. Кусаинова утверждается: «Мусульманское гражданское право, регулируя частную собственность, считает главным собственником всего существующего Аллаха. Поэтому пророк Мухаммед не считал частной собственностью ни землю, ни водные ресурсы»²²⁴. Что ж, проблема сложная, и в светских правовых системах споры по ней до сих пор не исчерпаны.

220 Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / Пер. с франц. – М.: Межд.отнош., 1998. – С. 308.

221 Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / Пер. с франц. – М.: Межд.отнош., 1998. – С.314.

222 Васильев А.А. – Мусульманская правовая доктрина как источник права: исторические аспекты // Право и политика. – 2009. – № 4. – С. 28.

223 Мусульманское право / Под ред. М.А. Сарсембаева. – Алматы: Данекер, 2009. – С. 17.

224 З.К. Аюпова, Д.О. Кусаинов. Религиозная толерантность как основа консолидации народов Казахстана // Вест-

В источниковедческом плане представляет интерес совместное сосуществование правовых норм шариата и обычного права. В монографии Саидова А.Х. «Антропология права» отмечено, что арабские миссионеры с самого начала пытались полностью внедрить в Казахской степи законы шариата. С этой целью они вели усиленную пропаганду норм шариата, указывая на их общие, схожие места с обычным правом казахов, сопоставимость культур, обрядов и быта. Тем не менее, в Казахской степи нормы шариата и обычное право, суд биев существовали параллельно²²⁵, причем бесконфликтно, это представляло, выражаясь современным языком, особый правовой плюрализм, традиции которого проявляются ныне в культурно-этническом плюрализме, мирном развитии постсоветского Казахстана, которое на территории СНГ оценивается как уникальное явление.

Формирующаяся казахстанская правовая система за непродолжительный период в своем становлении и развитии претерпела ряд существенных изменений. На наш взгляд, официально первым этапом является период с момента распада Союза ССР в декабре 1991 года по февраль 1994 года - момент принятия Государственной программы правовой реформы. Второй этап начинается с февраля 1994 года и продолжается вплоть до внесения изменений и дополнений в Конституцию Республики Казахстан в октябре 1998 года. Он сменяется третьим этапом в 1999 году и длится до мая 2007 года, когда вновь были внесены поправки в Основной Закон страны. С 2007 года и по настоящее время продолжается четвертый этап развития правовой системы. Критерием проведения подобной периодизации является политика проводимой в государстве правовой реформы.

Имеет право на существование и точка зрения, согласно которой, фактически начало правовой реформы восходит к «Декларации о государственном суверенитете Казахской ССР» от 25 октября 1990 г. и последующим важнейшим актам. Так, например, Председатель Сената Парламента Республики Казахстан М.С. Ашимбаев во втором подразделе второго раздела своей диссертации «Основные этапы политической реформы в Казахстане» изучает системные изменения, произошедшие в Казахстане, за весь период политической реформы, и выделяет четыре этапа. «Первый этап политической реформы, который можно условно назвать «периодом слома», приходится на 1990-1993 годы и происходил под знаком перехода от перестройки к суверенному государству, складывания в Казахстане суверенной властно-политической системы. На этом этапе у нас был отмечен ряд закономерностей, отличаемых в классических подходах Д. Растоу, Ф. Шмиттера и Г. О’Доннелла, Л. Даймонда, С. Хантингтона и В. Банс. Второй этап политической реформы, который можно назвать «периодом поиска», включает в себя 1993-1995 годы, когда процесс укрепления основ государственности принял реальные очертания и произошли структурные изменения в политической системе общества в связи с принятием первой Конституции независимого Казахстана в 1993 г. Помимо структурной политической реформы, Конституция 1993 г. привела к некоторой трансформации формы правления в стране. Третий этап политической реформы, который можно назвать «периодом концентрации власти», охватывает период с 1995 по 1998 годы, когда наблюдался процесс создания сегодняшнего стержня политической системы страны. Четвертый этап политической реформы,

ник КазНУ. Серия юридическая. – 2019. – С. 27-32.

225 Саидов А.Х. Антропология права. – Ташкент: Национальный центр Республики Узбекистан по правам человека, 2017. – С. 10.

который можно назвать «периодом эволюции», начался осенью 1998 г. и продолжается по настоящее время»²²⁶.

В этом году исполнилось двадцать три года Декларации «О государственном суверенитете (независимости) Республики Казахстан», принятой 25 октября 1990 г. Это был завершающий период так называемой горбачевской перестройки, рассчитанный на сохранение старой советской социалистической социально-экономической и политической системы, уже давно сгнившей на корню. Задачей горбачевской перестройки являлась некоторая модернизация, частичное избавление этой системы от наиболее бросающихся в глаза ее антидемократических институтов: введение многопартийности, отмена цензуры и, в конечном счете, отмена ст.6 Конституции СССР. Естественно, что перестройка была обречена. Партийная номенклатура, которая стояла над обществом и государством и эксплуатировала его, вызывала ненависть у широких масс, свидетельством чему являются декабрьские события 1986 года в Алма-Ате, выступления против разложившейся номенклатуры в Баку, Тбилиси, Вильнюсе и других городах бывшего СССР. А в 1990 году Верховные Советы Республики Прибалтики, а затем России первыми заявили о своих суверенных правах, принятых ими в Декларациях. Вслед за Россией и другие бывшие союзные республики и, в том числе Казахская ССР, ее Верховный Совет приняли свои собственные Декларации о государственном суверенитете. По существу это было заявление о почти полной самостоятельности республик в решении коренных вопросов внутренней жизни.

В Декларации Верховного Совета КазССР «О государственном суверенитете КазССР» от 25 октября 1990 года говорилось о том, что законы КазССР имеют приоритет над законами Союза ССР, а это означало, что кадровую и экономическую политику, а также политику в других сферах общественной жизни Казахская ССР будет осуществлять независимо от союзного центра и, в том числе, в области международных отношений.

Особым пунктом Декларации «О государственном суверенитете Казахской ССР» провозглашалась необходимость для народа Казахстана построения в Республике «гуманного демократического правового государства». Принятие Декларации независимости положило начало новому этапу политико-правовой истории Казахстана, стало исторически поворотным пунктом в жизни всех народов республики и фактически связано со сменой общественно-экономической формации. Об этом свидетельствует тот факт, что на высшем государственном уровне Парламент от имени народов республики официально заявил, что государственная власть обладает верховенством, самостоятельностью внутри республики.. Далее, одновременно с принципами национальной государственности и ответственности казахской нации через всю Декларацию проходит идея о необходимости утвердить человека, независимо от его национальной принадлежности и убеждений. Кроме того, Декларацией было предусмотрено изменение основных принципов государственного строительства, так как официально заявлялось, что государственная власть в республике осуществляется по принципу ее разделения на законодательную, исполнительную и судебную, провозглашались равноправие форм собственности, политический плюрализм, многопартийность и т.д. Но особо следует выделить тот факт, что Декларация стала основой национального законодательства новой Конституции Республики, так как формирование национального права представляет собой конкретное проявление политической

²²⁶ Ашимбаев М.С. Политический транзит в Казахстане в контексте процессов глобальной демократии: Автореф. канд.полит.наук 23.00.02. –Алматы: Институт философии и политологии Министерства образования и науки РК. – 2001. – С. 16.

независимости. Об этом прямо говорилось в ст.17 Декларации, указывающей на то, что разработка новой Конституции, законодательных актов, регулирующих статус Республики как суверенного государства, должна базироваться на основополагающих принципах Декларации о государственном суверенитете Казахской Республики. Уже в 1991 году произошло переименование КазССР в независимую, суверенную Республику Казахстан.

Особо следует отметить, как отрадный факт, начавшийся в государствах СНГ процесс законодательного закрепления и перехода из теории в практику системных категорий и пониманий права, подразумевающих в этих системах естественное и позитивное право, частное и публичное право, право и закон и др. Так, понятие правовой системы впервые введено в п.4 ст.15 Конституции Российской Федерации, но применительно к соотношению норм внутреннего и международного права. Тем не менее, считает проф. Ю.А Тихомиров, «по смыслу данной статьи правовая система связана, прежде всего, со всеми правовыми нормами. А доктринальная трактовка позволяет охарактеризовать ее как взаимодействие правовых идей и принципов правотворчества, правового массива и правоприменения». Именно в таком плане автор высказывал свое мнение более двадцати лет назад, на научно-теоретической конференции в Звенигороде²²⁷. В ст.6 Конституции Армении также говорится о правовой системе.

В других государствах СНГ системное понимание права закреплено в несколько иных формулировках. В ст.7 Конституции Республики Беларусь говорится о верховенстве права, выражающемся в действии «законодательных и правовых (нормативных) актов». В Конституции Республики Молдова признание Конституции высшим законом и соблюдение международных договоров связано с выделением части 3 «Законодательство», главы IV «Парламент».

Свидетельством неуклонного движения по пути правовой реформы являются наметившиеся сдвиги в области хозяйственного законодательства. По инициативе Президента Республики Казахстан и с его участием принята Общая часть Гражданского Кодекса, которая, по сути, является Конституцией рыночной экономики.

Глубокая правовая реформа по своей исторической значимости и масштабности равнозначна социально-экономическим реформам и в ее основе должно быть закреплено утверждение прав человека, создание рыночной экономики, построение демократического общества и правового государства.

Правовая реформа, как и любая общественная реформа, является делом не науки, не законодательства, а сама выступает как правовая политика. К сожалению, в нашей республике законы и подзаконные акты, зачастую переписанные с российских, страдают многочисленным дублированием, прямыми противоречиями, технико-юридическими изъянами и отсутствием реальных правовых механизмов. Более того, разработчиками законопроектов, не говоря уже о заказчиках, чаще всего выступают министерства и ведомства, что не может не привести к законодательному закреплению ведомственных интересов в ущерб общегражданским.

Совершенно не случайно в Республике, при наличии более или менее проработанных программ преобразования политической и экономической систем общества, не осуществляется осознанной постановки вопроса о перестройке всей правовой системы. Последним ярким тому свидетельством является разработанная правительственная программа

227 Гаврилов О.А. Концепция правового государства и стратегия правотворчества // Сб. Теория права: новые идеи. – М.: Институт государства и права АН СССР, 2011. – Выпуск 1. – 184 с.

антикризисных мер, где не нашлось места для раздела правовых проблем. По существу эта проблематика в правительственной программе исчерпывается задачами борьбы с организованной преступностью и коррупцией, а юридические вопросы идут приложением к социально-экономическим, что в корне неверно. Было бы принципиально неправильно винить в этих недостатках исполнительные или представительные органы. Причина кроется гораздо глубже – в соответствующем уровне развития нашего общества, его правосознания и правовой культуры. Более обстоятельно эти причины, на наш взгляд, выглядят следующим образом:

- архаическими представлениями о «сторожевой», а не регулятивной, роли права в жизни общества. По этой причине, видимо, в аппарате Президента и Правительстве собственно правовые вопросы ошибочно объединены с задачами координации правоохранительных органов;
- отсутствием в юриспруденции фактически научного метода и технологии проектирования законов, системы законодательства и строительства всей правовой сферы жизни общества;
- слабым знанием кадровым составом подразделений представительной и исполнительной властей, непосредственно ответственных за законодательную политику в Республике, концептуальной стороны всей правовой инфраструктуры, а также секретов юридической техники;
- отсутствием единого субъекта правовой политики в республике, который мог бы, проявив государственную волю, объединить интеллектуальный потенциал республиканской юридической науки, помощь специалистов ближнего и дальнего зарубежья, а также нарождающихся экономического и демократического движений для опережающего и последовательного построения адекватной условиям рынка правовой системы.

Вся сложность текущего момента состоит в том, что республика переживает процесс переходного периода, который сопровождается ломкой старых и возникновением новых общественных отношений. Не учитывать это при проведении реформ нельзя. В этой связи и должны быть определены общие направления правовой реформы, которые в решающей степени обусловлены характером экономических отношений. На данном этапе в короткие сроки необходимо выполнить задачи, относящиеся не только к сфере идеологии и правовой политики, но и решить проблемы совершенствования текущего законодательства, создания современной системы права. Если эти вопросы не будут решены, то, безусловно, затормозится сам процесс реформ и соответственно замедлится развитие общества.

Поскольку правотворчество есть своего рода отражение экономических и иных общественных отношений в юридических нормах, то представляется важным, чтобы эти обстоятельства обязательно учитывались при проведении реформы. Причем на этапе переходного периода данный процесс сопровождается влиянием, по крайней мере, двух важнейших факторов, где действие материальных (экономических) отношений является определяющим. Именно экономические отношения, по существу, обуславливают содержание и направление проводимой в республике правовой реформы. Ситуация во многом усугубляется нынешним мировым кризисом, а также проблемами в казахстанской банковской сфере, в строительстве жилья и т.д.

Если говорить конкретно, то, с одной стороны, все отчетливее проявляются тенденции отрицательного характера. Этот период отмечается резкими спадами, кризисами, инфляцией, возникновением в сфере производства и обмена стихийных процессов и др. С другой стороны, кризисные явления в сфере экономики могут вызвать, а зачастую и по-

рождать развитие явлений негативного характера в идеологии, политике, праве, морали. Такое состояние в развитии общества и государства требует учреждающих действий со стороны властвующих структур – не допустить разгула стихии, особенно негативных явлений, роста правонарушений и преступности.

В этот период главным направлением должна стать четко продуманная система мер, исключающих неуверенность или принятие не совсем продуманных решений. В такой правовой ситуации законодатель должен обязательно учитывать состояние существующих общественных отношений, правильно их отразить и закрепить в соответствующих нормативно-правовых актах. Причем устаревшие нормативные положения, которые становятся тормозом в развитии новых общественных отношений, необходимо своевременно отменить. Если это требование не будет соблюдено, тогда принятые акты будут неэффективными или вообще не будут работать. Отсюда, как правило, проистекала известная всем «война законов», а в настоящее время – обычное их неисполнение.

Второй фактор, влияющий на весь ход правовой реформы, – это предстоящая (в будущем) созидательная работа в различных сферах жизни людей, которая требует перспективного нормативного урегулирования. В этом случае право выступает опережающим фактором. Субъект правотворческого процесса, формулируя будущие общественные отношения, не исключает возможности непреднамеренного закрепления в правовых нормах противоречий или даже ошибочных юридических предписаний. К такого рода актам, например, можно отнести законы «О свободных экономических зонах в Казахской ССР», «О разгосударствлении и приватизации» и др. Даже поверхностный анализ позволяет сделать вывод, что эти акты, хотя и вступили в законную силу, но они, по существу, работали в свое время неэффективно.

В заключение подчеркнем, что осуществление реформы правовой системы в республике сопровождается влиянием, в первую очередь, причин объективного характера, которые в определяющей степени находятся в сфере базисных отношений, что, безусловно, должно учитываться правотворческим органом. Но когда речь идет о разработке нового (перспективного) акта, рассчитанного на регулирование еще не сложившихся общественных отношений или акта с нормативными предписаниями, предусматривающими санкции, то в этих случаях преобладает субъективный фактор. В этой связи не лишним будет заметить, что в любом случае процесс правотворчества, а вместе с ним и вся реформа не может обойтись без влияния субъективных моментов со стороны правотворческих органов. Вот здесь-то и требуется высокая законодательная техника, правовая и политическая культура. В этом деле должно быть тесное взаимодействие правовой науки и юридической практики. Процесс реформы особенно активно пошел в последние годы. Острота существующей проблемы подвела к необходимости проведения функциональных исследований, в основном, на уровне законодательных работ, осуществляемых непосредственно органами высшей государственной власти республики.

Глава III. Неформальные источники права: система, виды и значение

3.1. Неформальные источники права

Рассматривая неформальные источники права, необходимо отметить, что в качестве альтернативы праву обычно выделяют нормы морали и религиозные права. Справедливо утверждение, что многие правовые нормы являются отражением морали. Так, норма морали о том, что «убивать – плохо», находит подтверждение в нормах уголовного законодательства, запрещающего данное действие под угрозой наказания со стороны государственных органов. Однако отношение общества и государства к некоторым нормам морали, ввиду субъективности, не лишено недостатков. Во-первых, в качестве наиболее очевидного из них выступает положение о том, что мораль, являясь системой нравственных ценностей, имеет множество нюансов и оттенков. Во-вторых, ответственность за нарушение данных норм проявляется в применении мер общественного осуждения, что, по мнению автора работы, эффективно лишь в тех государствах, в которых установлена единая идеология. К примеру, опыт Советского Союза показывает, что в условиях повсеместного использования единой идеологии любое отклонение от общепринятых норм морали не просто выставляет гражданина в дурном свете, но и становится достоянием общественности. Вместе с тем, следует признать, что зачастую моральная ответственность является более суровой, чем юридическая, поскольку исправить ситуацию бывает уже невозможно.

Религиозные нормы тоже не являются наиболее эффективной мерой регулирования отношений в обществе с демократическим политическим режимом. Российская Федерация, являясь светским государством, провозглашает свободу вероисповедания. В то же время данным постулатом государство дает понять, что оно четко отделяет церковь от государства.

Исходя из этого, напрашивается вывод о том, что право, действительно, является более предпочтительным инструментом ограничения власти государства, нежели нормы морали и религиозные нормы.

Вместе с тем в состоянии динамики право эффективно только при условии, если оно имеет функционально допустимое количество дефектов, а существующая система социального регулирования дополняется нормами морали, обычаями и традициями. Иными словами, механизм регулирования общественных отношений является эффективным только при их тесном взаимодействии.

Право базируется на прочном нравственном основании. Свобода, справедливость, равенство – моральные источники права – то, откуда оно берет свое начало и на утверждение этих идеалов оно и направлено. Право, мораль, религия – разные, самостоятельные регуляторы, но в реальной жизни они переплетаются, взаимопроникают друг в друга, иногда впадают в противоречия, но имея одни и те же цели, тесно взаимодействуют, дополняя друг друга. Право само по себе – величайшая общекультурная ценность, показатель цивилизованности общества. Российское право, как социальный феномен, отличается духов-

ным потенциалом и в этом его сила. Другое дело, что сама по себе мораль (в том числе и общественная) переживает кризисные времена как результат того ценностного вакуума, который случился в 90-е годы и который дает о себе знать и сегодня. Вот поэтому-то и нужны «духовные скрепы», объединяющие все общество. И многое в этом направлении в последнее время в условиях всевозможных современных угроз национальной безопасности делается и государством, и гражданским обществом (например, утверждение программ воспитания молодежи, в том числе и нравственно-правового).

В настоящее время в России правовая доктрина в качестве официального источника права не признается, в то время как на практике, доктрина права — является важным связующим звеном в правовой системе российского государства, значительно влияющим на практику и теорию правотворчества, правореализации и правоприменения. В самой правовой доктрине по поводу её ратификации в качестве официальной формы (источника) права зачастую проговариваются антагонистические точки зрения и выработанного единого мнения по обозначенному вопросу в российской юридической науке и практике пока нет.

Вполне уместно будет, процитировать слова известного французского мыслителя XX века Р. Давида, который отмечал что «для тех, кто считается с реальностью и имеет более широкий взгляд, доктрина в наши дни составляет очень важный и весьма жизненный источник права. Эта роль правовой доктрины проявляется в том, что именно доктрина создает словарь и правовые понятия, которыми пользуется законодатель»²²⁸.

Правовая доктрина, по своим сущностно-содержательным и функциональным признакам — это научно-обоснованная система знаний, обладающая регулятивно-динамическими возможностями. Правовая доктрина подлинно и основательно отражает явления общественно-политической и государственно-правовой практики, выступает градиентом формирования и развития не только для юридической науки, но и для всей правовой системы и жизни общества и государства. Доктрина права как источник должна совмещать не только теоретические основы и методы, но и практико-ориентированные знания, механизмы и концепции.

Как было отмечено выше, на сегодняшний день правовая доктрина играет важную роль, как в законотворческом процессе, так и области реализации права и правоприменения, однако такое практико-ориентированное значение правовая доктрина имела отнюдь не всегда перманентно. Свое особое значение как форма (источника) права, правовая доктрина начала приобретать ещё в Древнем Риме (IV в. до н. э.), в деятельности магистров и преторов в форме эдиктов, вследствие ограничения их права конверсировать, упразднять и более того, издавать новые законы («*praetor ius facere non potest*» — «претор не может творить право»²²⁹). В частности, при руководстве судебными процессами, они (магистры и преторы) по истечению времени стали приобретать право толковать закон, внося при этом субъективно-произвольные начала в норму закона, непосредственно внося изменения в направлении развития гражданского права. Указанная функция преторов и магистров являлась отнюдь не злоупотреблением правом (положением), а носила вполне прагматический характер (так как с естественно-активным развитием общественных, в частности торговых отношений, действующие нормы гражданского права принимали анахронический

228 Давид Р. Основные правовые системы современности /Пер. с фр. и вступ. ст. В.А. Туманова. — М.: Прогресс, 1988. — 496 с. С. 143.

229 Новицкий И.Б. Римское право. Изд. 7-е стереотипное. М., 2002. С. 23.

характер и переставали соответствовать реалиям своего времени), тем самым придавая эдиктам преторов и магистров существенное значение в правовой системе Древнеримской империи. Следовательно, сложившаяся практика толкования закона, не затрагивающая компетентность гражданского законодательства, начинает развиваться и уже на основе эдиктов, устраняющих пробелы в праве и тем самым создающих новый эдикт с новыми положениями закона, приводит к изменению (исправлению) правовых норм гражданского права, придавая деятельности преторов особую форму правообразования.

Правовая доктрина и на протяжении Средних веков и в Новое время оставалась официальным источником права, пока место официального источника права не заняли позитивное право (закон) и набирающий вместе с тем силу — догматизм в праве.

На сегодняшний день, значение доктрины права в системе судебных органов мотивируется по следующим основаниям:

- правовая доктрина может выступать первоэлементом методологических предложений и рекомендаций в сложных правореализационных ситуациях (дефекты, коллизии, пробелы в праве и т.д.);
- является вектором формирования, совершенствования и модернизации судебных органов. В частности, доктрина права нашли своё воплощение в программном документе, утверждённом Правительством РФ ещё в 2012 году как федеральная целевая программа: «Развитие судебной системы России на 2013 - 2020 годы»²³⁰;
- правовая доктрина, как рациональная система знаний о праве и государстве, представляет собой объединяющий теорию и практику элемент правовой системы государства.
- именно судебные органы является существенным экстраполирующим звеном, способствующим внедрять доктринально-правовые идеи и выводы, как в судебную практику, так и в юридическую практику в целом;
- правовая доктрина предстает как базис при разработках актов и положений, регламентирующих деятельность судебных органов, в частности Кодекс судейской этики, Кодекс этики прокурорского работника Российской Федерации, Кодекс профессиональной этики адвоката и т.д.

Известно, что унифицированная судебная практика является основой для стабильной правовой практики и права в целом. Предметом частого обсуждения и дискуссии на уровне общей теории права и на уровне практики, является вопрос о признании судебной практики в качестве самостоятельного источника права. Аналогичные вопросы о признании разъяснений пленума Верховного Суда СССР в качестве источника уголовного права поднимались и в 40-е годы прошлого столетия, но по объективным (идеологическим) и субъективным причинам, эти попытки оказались тщетными²³¹.

Российская практика проявления правовой доктрины в деятельности судебных органов, на наш взгляд, вполне оправданно демонстрирует применение доктрины права при создании (обосновании, толковании) своих правовых позиций. Согласно современной практике, в Российской Федерации судами, системно применяющими доктринально-правовые положения, в процессе толкования норм права, являются — Конституционный Суд

230 Постановление Правительства РФ от 27 декабря 2012 г. № 1406 «О федеральной целевой программе «Развитие судебной системы России на 2013 - 2020 годы» (с изменениями и дополнениями) // Собрание законодательства Российской Федерации от 7 января 2013 г. № 1 ст. 13.

231 Бурдина Е.В. О совершенствовании органов судейского сообщества в контексте укрепления единства судебной системы // Российский судья. 2014. № 2. С. 24 - 27.

Российской Федерации (КС РФ) и Верховный Суд Российской Федерации (ВС РФ). Правоприменительные, в частности судебные акты имеют разное наименование и значение и зависят от вида судебного органа. Проекты постановлений Пленума ВС РФ, содержащие разъяснения по применению законодательства, и по материалам обобщений судебной практики и судебной статистики, перед тем как обрести форму официального документа, проходят стадию обсуждения в научно-консультативном совете при ВС РФ. Судьями КС РФ являются передовые учёные-юристы, специалисты в конкретных областях права, что само по себе говорит о проявлении доктрины права в судебных актах указанного судебного органа. Решения КС РФ (постановления, заключения, определения) содержат правовые выводы и заключения, основанные на различных методах и формах толкования, изложенные в соответствии с нормами Конституции РФ, основополагающими принципами и нормами международного права и международными договорами Российской Федерации, а также правовой политикой государства. Но, помимо ориентирования на выводы, методы и аксиомы, сформулированные в рамках доктринально-правовой мысли, в последнее время, суды нередко, при неопределённых, сложных ситуациях и толковании, и в качестве обоснования своих правовых позиций, стали использовать прямые указания на доктринально обоснованную терминологию и лексику, тем самым усиливая истинность и авторитетность своих правовых позиций. Так, ввиду с особой сложностью и важностью принимаемых решений, в связи с необходимостью тщательной, выверенной проработки рассматриваемого дела, а также с весьма значительным влиянием принимаемых решений на всю правовую систему, наиболее действенное применение в различных интерпретациях доктрина права испытывает в рамках конституционного судостроительства.

3.2. Философско-правовые доминанты обычного права: антрополого-правовой подход

Возникновение вопроса о понятии источника права и его соотношения с «формой права» не является для отечественных и зарубежных авторов делом вчерашнего, а тем более – сегодняшнего дня.²³² Решением этого вопроса занимались и занимаются представители различных правоведческих школ на всем протяжении существования юридической науки. В зависимости от их методологических позиций выстраивались и соответствующие теоретические модели источников права²³³.

Примечательны в этом плане взгляды Н.М. Коркунова, что следует отличать понятие «источник права» в формально-юридическом смысле «как признак общеобязательности нормы» от понятий «источник права» как средства познания, и понятий «источник права» как исторического памятника. Значения этих понятий могут совпадать, но могут и не совпадать. Такое совпадение, полагает Н.М. Коркунов, – дело случайное. «Если мы имеем подлинный текст какого-либо закона, – писал теоретик, – то закон этот есть вместе и источник права, в техническом смысле, и источник нашего познания о праве. Но если текст закона до нас не дошел, и мы узнаем о существовании и содержании закона из других источников, как это, например, случилось с *leges XII tabularum*, *lex Voconia* и др., то такой закон все-таки остается источником права, но уже не есть источник нашего познания о праве. Точно так же, если мы узнаем о каком-либо крестьянском обычае из сочинений

232 Марченко М.Н. Источники права: Учебное пособие. М., 2005. С. 43.

233 Луковская Д.И., Ломакина И.Б. Источники права в исторической ретроспективе и современном правопонимании(Гл.4) // Истоки и источники права: генезис и эволюция: монография / под. ред. Р.А. Ромашова. СПб.: Алетей, 2022. С. 80.

Ефименко или Пахмана, то эти сочинения служат источниками познания, а самый обычай – источником права».²³⁴ Подчеркивая многозначность и, вместе с тем, «неадекватность» термина «источник права», Н.М. Коркунов считал, что эти понятия нередко смешивались, особенно в римском праве.²³⁵

Помимо методологических сложностей, связанных с выявлением сущности самого феномена источника права, существуют проблемы и с его терминологическим выражением и пониманием. Такое положение А.А. Рубанов объясняет тем обстоятельством, что термин «источник права» восходит к античному миру. В современных же правовых системах он имеет иное смысловое содержание, далекое от римского.²³⁶

Юридическая конструкция «источник права» имеет романское происхождение. Этот термин, по мнению большинства российских теоретиков, связан с именем Тита Ливия, так как именно он впервые провозгласил, что Законы XII таблиц были источником всего публичного и частного права.²³⁷

А.А. Белкин отмечает, что интерпретация А.А. Рубанова, – это только часть правды, и притом не самая важная, так как главное состоит в том, что Тит Ливий предложил метафору, которая в последующем была воспринята юридической наукой и в результате стала одним из главных правовых понятий.²³⁸ «Следует иметь в виду, – пишет ученый, – что для Тита Ливия, как и для любого римлянина, со словом «источник» (fons) были связаны определенные представления. Согласно римской религии источник был тем местом, где соединялись два мира, а именно: наземный, где жили люди, и подземный, где жили боги. По этой причине в античном мире источники почитались. Находившиеся вблизи них рощи нередко объявлялись священными. Согласно римской мифологии вблизи источников проживали нимфы. Когда Тит Ливий охарактеризовал Законы XII таблиц как источник (fons), он имел в виду бесспорную для него параллель. Для него эти Законы связывали земной мир с миром богов».²³⁹

Приведенные выше разъяснения А.А. Белкина по поводу понимания термина «источник права» акцентируют внимание на божественной (религиозной) стороне источника. Именно эта сторона источника указывает на несамодостаточность внешних правовых конструкций, нуждающихся в соответствующей (религиозной) психологической и прочей легитимации.

Представители исторической школы права по-иному трактовали термин «источник права». Признавая, что право от Бога, и именно «Бог в природу наций вложил силу создавать право посредством народных убеждений»,²⁴⁰ Фридрих Карл Савиньи и Георг Фридрих Пухта считали, что источник права, это то, откуда проистекают «народные убеждения». Отсюда, по Пухте, источниками права являются обычное право, промульгированное (го-

234 Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. СПб., 2003. С. 344.

235 Там же.

236 Рубанов А. А. Понятие источника права как проявление метафоричности юридического сознания // Судебная практика как источник права. М., 1997. С. 44.

237 См., например: Коркунов Н. М. Указ. соч. С. 344.

238 Белкин А. А. Источники права и практическая юриспруденция // Ученые записки юридического факультета. Санкт-Петербургского государственного университета экономики и финансов. Вып. 1 (11). 2004. С. 88.

239 Там же.

240 Пухта Г. Ф. Курс римского гражданского права. Т. 1. М., 1874. С. 33.

сударственно организованное) и научное право: «Эти три способа возникновения права называются источниками права. С ними не должно смешивать тех внешних форм, в которых право проявляется вовне, – внешнюю оболочку права, или так называемые источники познания его; эти последние частью одинаковы для всех источников права, частью же исключительно принадлежат тому и другому их роду».²⁴¹

В этом аспекте «источниками права» является «дух народа», который, по Пухте, «обнаруживается» в непосредственном народном правосознании, в правосознании отдельных представителей (законотворцев) и в правосознании правоведов (ученых).

В арабском праве также существует теоретическая конструкция «источник права». Как пишет НидальГадаллах мох'Д Ал-Сулейман, «источником права» в арабском праве называют «аль-урф», что в расширительном толковании означает правила поведения, получившие в результате долгого применения всеобщее признание. В этом смысле «источник права» – это обычное право, легитимированное общественным сознанием.²⁴²

Приверженцы марксистской методологии большое значение придавали не столько понятию «источник права», сколько его материальной составляющей. Как говорилось в предыдущей главе, с точки зрения марксистского подхода детерминантами развития любого надстроечного (в том числе правового) явления выступают экономические (базисные) факторы.

В постсоветском правовом дискурсе роль материальных источников права многими теоретиками осознанно нивелируется. Материальные источники права, по их мнению, это некая идеологическая конструкция, некий «марксистско-ленинский постулат», противоречащий «здравому смыслу».²⁴³ Не снимая со счетов положительных моментов, материалистического подхода, отметим, что «критический пафос, ставший модным в современной юридической науке, как свидетельствует практика, далеко не всегда заменяет собой или возмещает отсутствие новых рациональных идей и глубоко обоснованных научных положений».²⁴⁴

Более взвешенными и адекватными представляются позиции ученых, не отмечающих материальные факторы, как второстепенные в процессе правообразования, а учитывающих их непосредственное и опосредующее влияние. В этом смысле примечательна позиция М.Н. Марченко. Он считает, что материальные факторы определенно детерминируют право, так как право и экономика между собой связаны и взаимообусловлены прямыми и обратными связями. Поэтому вполне резонно выделять в отдельную группу материальные источники права.²⁴⁵ Правда, под материальными факторами ученый усматривает только экономические факторы, а это, в общем-то, существенно обедняет исследуемый феномен. Данный аспект проблемы будет более подробно рассмотрен ниже.

Анализируя сложившиеся в отечественной и зарубежной научной литературе представления об источнике права, его понятии, сущности, содержании и назначении, М.Н. Марченко, пишет, что «нельзя не прийти к выводу о том, что «источник права», как и само право, непозволительно определять лишь с одной какой-либо отдельно взятой

241 Там же.

242 Ал-Сулейман Н.Г. мох' Д. Источники права в правовых системах арабских стран (на примере Иордании): Дис. ... канд. юрид. наук. Баку, 1987. С. 14.

243 См., например: Раянов Ф.М. Юриспруденция: Курс лекций. Уфа, 2001. С. 324.

244 Марченко М.Н. Указ. соч. С. 49.

245 Там же. С. 47-50.

стороны, так как это будет неполное, одностороннее его определение и несколько искаженное о нем представление».²⁴⁶

Источники права необходимо рассматривать в разных аспектах, по Марченко, во-первых, с этимологической стороны, то есть с точки зрения общепринятого представления об источнике – его понятии и содержании как таковом. Во-вторых, под углом зрения источника права как естественного – географического, климатического, биологического и иного фактора, оказывающего непосредственное влияние на процесс правообразования и опосредственное – на процесс правотворчества и, соответственно, на само право. В-третьих, с точки зрения источника права как социального, политического, идеологического, культурологического и иных подобных факторов, оказывающих прямое воздействие на процесс правотворчества, а через него, опосредованно, – и на само право. Этот источник права можно назвать, исходя из его природы и назначения, социальным источником.

В-четвертых, с материальной, точнее – экономической стороны, с точки зрения восприятия в качестве источника права экономических факторов, существующих в том или ином обществе. Наряду с перечисленными факторами М.Н. Марченко называет также идеологические, этнические, религиозные и другие многочисленные факторы.²⁴⁷

Помимо названных видов, источник права выступает и в других своих проявлениях, например в философском (философский источник) и в формально-юридическом плане (формально-юридический источник). Философский источник права М.Н. Марченко трактует в идейном плане, то есть какие по своему характеру (либеральные, консервативные и проч.) философские идеи легли в основу той или иной правовой системы, того или иного источника права, на базе каких философских конструкций создается та или иная правовая система и соответственно, система права.²⁴⁸

Формально-юридические источники выступают в представленной конструкции как «способ выражения и закрепления норм права и идей о должном или допустимом в объективной действительности», или как «то, откуда юристы-практики черпают знания о нормах позитивного права».²⁴⁹

Более популярной в научной и учебной литературе остается схема, восходящая к советским традициям. В ней выделялись источники в материальном смысле, подразумевающие экономические, социальные условия жизни общества, детерминирующие государственную власть и выступающие правообразующей силой общества. В идеологическом смысле источники права рассматривались как совокупность идей, включая правовое сознание, политико-правовые воззрения, и соответствующие концепции. В структурно-функциональном плане источники права – это способы внутренней структуризации и закрепления правовых велений, рассматриваемых в виде внутренних форм права. В формально-юридическом ракурсе источники права – совокупность способов возведения в закон воли политических сил, стоящих у власти (именно здесь выделяются такие источники, как юридический прецедент, правовой обычай, нормативно-правовой акт

246 Марченко М.Н. Указ. соч. С. 45.

247 Там же. С. 46–49.

248 Там же. С. 51.

249 Там же.

и нормативный договор). В смысле эмпирического познания источники права – это исторические памятники, данные археологии и т. д.²⁵⁰

Анализируя вышеприведенные точки зрения, отметим, что они указывают преимущественно на детерминанты возникновения, становления и развития правового феномена. Исключение составляют формально-юридические источники, они по отношению к первым выступают вторичными и их характер во многом определяется первичными (реальными) источниками.

Временно абстрагируемся от формально-юридических источников. По нашему мнению, все первичные (реальные) источники – это некий процесс, в котором, так или иначе, всегда присутствует человек. Пьер Тейяр де Шарден прозорливо замечал, что «...волей-неволей человек опять приходит к самому себе и во всем, что он видит, рассматривает самого себя. Центр перспективы – человек, одновременно центр конструирования универсума. Поэтому к нему следует в конечном итоге сводить науку. И это столь же необходимо, сколь и выгодно. Если поистине видеть это существование полнее, то давайте рассматривать человека – и мы будем жить полнее».²⁵¹ Для того чтобы увидеть юридические феномены не в одной проекции, а в нескольких, необходимо рассматривать их через призму человеческой природы. А.Б. Венгеров по этому поводу писал, что право напрямую связано с человеческой природой, особенно «неорганизованное право».²⁵²

С.С. Алексеев, в целом придерживаясь иных взглядов на процесс становления права, вместе с тем соглашался с мыслью о связи человеческой природы с природой права, особенно на ранних этапах правообразования. По этому поводу он полагал, что в бесконечно далекое «доисторическое» время существовала острая и притом изначальная потребность, коренящаяся в природных, а быть может, и в более глубоких основаниях потребность регуляции общественных отношений. Вера в право, потребность права выступала везде в качестве некоего исходного начала жизни разумных существ. А потому повсеместно, во всех уголках планеты, у всех сообществ людей мало-помалу стали складываться и упрочиваться предпосылки, которые при наступлении соответствующих условий привели к формированию права.²⁵³

Таким образом, необходимо рассматривать формирование права в связи с формированием человека. Что побудило человека стать человеком? Почему он сконструировал «человеческий мир» и социальный порядок в этом мире, каковы источники общественного порядка? На эти и многие другие вопросы можно дать вразумительный ответ только после того, как будет изучена природа человека.

Право не существует вне человека, поэтому его существование связано либо непосредственно, либо опосредованно с человеческой природой. Человек, будучи биологическим, психическим и социальным существом, одновременно выступает как индивид, как статусная группа в коллективе и как сообщество в целом (имеются в виду формы существования). В данном контексте человек – это индивидуальное (единичное) и коллективное (всеобщее) существо. Характеризуя отдельного человека, Э. Фромм замечал, что «индивид – единственный особенный образец человеческого рода. Он – это «он» и он – это «все»;

250 См., например: Калинин А.Ю., Комаров С.А. Форма (источник) права как категория в теории государства и права // Правоведение. 2000. № 6. С. 3.

251 Тейяр де Шарден П. Феномен человека. М., 1987. С. 38.

252 Венгеров А.Б. Теория государства и права. М., 2004. С. 360.

253 Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 186.

он – индивид со своими особенностями и в этом смысле уникален; и в то же время он – носитель всех характерных свойств человеческого рода. Его индивидуальная личность определяется особенностями человеческого существования, общими всем людям. Он в искусстве жизни – и творец, и предмет своего искусства; он – и скульптор, и мрамор; и врач, и пациент».²⁵⁴ Но одновременно и человечество – это отдельный индивид и это «всё». Пьер Тейяр де Шарден образно охарактеризовал появление человека так: «Человек вошел в мир бесшумно...».²⁵⁵ И далее. «Первым человеком» является и может быть только множество людей, и его юность насчитывает тысячи и тысячи лет».²⁵⁶ В природе этого единого (индивидуального и коллективного) человека коренятся все социальные нормы и институты.

Данное видение требует конкретизации и дополнения. В связи с этим возникает необходимость более подробного рассмотрения проблем связанных с формированием природы человека. Для чего, спрашивается, мы затрагиваем сложные философские проблемы. Ответ прост, таким образом, осуществляется преемственность в концептуальных подходах применительно к изучению правовой реальности. Ещё дореволюционные теоретики права настаивали на необходимости включения философских проблем в теоретические правовые исследования. «Только так, – полагал С. А. Муромцев, – возможно найти вполне солидный материал и верный источник для заключений о внешних и внутренних соотношениях, правящих областью права, и о порядке развития правовых институтов».²⁵⁷

Похожих взглядов придерживался Б.А. Кистяковский, отмечавший, что «наука права должна быть ориентирована не на той или иной гуманитарной научной дисциплине и не на совокупности их, а, прежде всего, на философии культуры и только при посредстве её на всей сумме гуманитарных наук, объединенных при помощи философии в цельную систему научного знания».²⁵⁸

Сегодня, эти идеи получили еще большую популярность в теоретико-правовом дискурсе, как справедливо полагают А.В. Поляков и Е.В. Тимошина именно с позиций междисциплинарного подхода (то есть знания формирующегося «на стыке» разных наук)²⁵⁹ возможно более адекватное видение феномена права. С позиций именно такого подхода «проблема теоретико-правового знания, – пишут ученые, – предстает в этом случае не как проблема только логики, но как проблема смысла, как проблема человеческого сознания, как проблема человеческой психологии, наконец, просто как проблема человека. Для того чтобы понять, что есть право, необходимо понять, что есть человек».²⁶⁰

Это в свою очередь, позволяет преодолеть характерное для классических типов правопонимания противопоставления объекта и субъекта познания. «Снятие данного противопоставления делает неактуальным классическое противостояние естественного права как некоего объективного явления и позитивного права как явления субъективного, созданного разумом законодателя, что закономерно приводит к утрате актуальности юсна-

254 Фромм Э. Человек для себя. Минск, 1992. С. 25, 44.

255 Тейяр де Шарден П. Указ. соч. С. 150–151.

256 Там же.

257 Муромцев С.А. Очерки общей теории гражданского права. Ч. 1. М., 1877. С. 181–182.

258 Кистяковский Б.А. Социальные науки и право (Очерки по методологии социальных наук и общей теории права). М., 1916. С. 384.

259 Поляков А.В., Тимошина Е.В. Общая теория права: Учебник. СПб., 2005. С. 32.

260 Там же. С. 33.

турализма как варианта классического правопонимания».²⁶¹ Далее А. В. Поляков и Е. В. Тимошина справедливо считают, что только в неклассических типах правопонимания «право не растворяется в сознании субъекта или во внешнем социальном мире, а рассматривается как результат встречи (коммуникации) субъектов, погруженных в жизненный мир. Субъект не наблюдает за правом со стороны, заняв позицию стороннего наблюдателя, а является непосредственным участником правовых коммуникаций, без которого немислим сам феномен права. Таким образом, ... право рассматривается не как внешняя, посторонняя человеку сила, стремящаяся его подчинить, а как способ бытия человека».²⁶²

Итак, рассмотрим природу человека, творца социальной реальности, чей жизненный мир погружен в правовую реальность. Для этого необходимо выявить сущностные черты (определенности) человека.

В самой простой, скорее обыденной, чем в философской трактовке природа человека являет некое единство души и тела. Правда, Платон считал, что душа подобна божественному, а тело «человеческому, смертному, постигаемому не умом, многообразному, разложимому и тленному, непостоянному и несходного с самим собой...».²⁶³

В понимании Аристотеля душа являла активное целесообразное начало живого тела, неотделимое от нее. Она есть причина в трех смыслах: и как источник происходящего в теле движения, и как цель, к которой это движение направляется, и как сущность живых тел.²⁶⁴ Эти идеи нашли дальнейшее развитие в ортодоксальных теистических концепциях. Так, например Фома Аквинский неоднократно в своих трудах проводил мысль, что все творения Бога представляют единство материи и формы. Форма – ведущее по отношению к материи понятие. В таких творениях как животное, человек и ангел формой является душа. Однако ангел в отличие от животного и человека не обременен материей (телом). Он чистая форма. Душа (форма) человека отличается от души животного интеллектом. «Необходимо сказать, что интеллект, который является началом интеллектуального действия, есть форма человеческого тела».²⁶⁵

В философии Нового времени идея единства души и тела человека приобрела еще более отчетливые контуры. Концепт душа стал общеупотребительным в обозначении внутреннего мира человека. Весьма примечательны в этом смысле идеи Гегеля. Он писал, что душа «превращает тело в свое достояние, в свое постоянно пригодное к употреблению орудие».²⁶⁶ Гегелем был введен также концепт духа, при этом душа «есть только сон духа»,²⁶⁷ не развитое начало. Дух, по Гегелю, – это абсолютное творчество. Таким образом, природа человека в такой трактовке являет единство трех определенностей тела, души и духа.

Однако некоторые философы, например Маркс, настаивали на том, что человек продолжает себя в орудиях своей деятельности. Отсюда человек – это созидательное существо. «Человек удваивает себя уже не только интеллектуально (как у Гегеля. – *И.Л.*), как это имеет место в сознании, но и реально, деятельно и созерцает самого себя в созданном

261 Там же. С. 54.

262 Там же.

263 Платон. Федон // Платон. Собрание сочинений: В 4 т. Т. 2. М., 1993. С. 36.

264 Аристотель. О душе // Аристотель. Сочинения: В 4 т. Т. 1. М., 1976. С. 398.

265 Цит. по: Свежавски С. Фома Аквинский, прочитанный заново. Сретенск, 2000. С. 95.

266 Гегель Г. В. Ф. Энциклопедия философских наук. Т. 3. Философия духа. М., 1977. С. 209.

267 Там же. С. 44.

им мире».²⁶⁸ Таким образом, человек, не только осмысливает, реальность, но и создает ее. Если расширительно трактовать Маркса, то получается, что созданные человеком материальные блага (вещи или продукты), есть одна из определенностей человека, а именно, его экономическая (вещная, продуктовая) определенность. Экономическая (вещная, продуктовая) определенность, как впрочем, телесная и духовная в объективированном виде понимаются (мыслятся) в нашем исследовании как текст, который имеет смысл только для человека (субъекта) погруженного в определенную социокультурную реальность, то есть способного эту реальность интерпретировать.

Обыденное сознание представляет, что можно отделить человека от плодов его деятельности, что продукты деятельности (вещи) существуют сами по себе, то есть абсолютно объективно. Прodelывая мысленно эту операцию, мы утрачиваем человека и получаем животное. Отделять человека от продукта (вещей) – то же самое, что отделять его от тела или духа.

Телесное начало олицетворяет преимущественно биологическое в человеке, однако и здесь проявляется социальность. Экономическое и духовное начала в меньшей степени обусловлены биологическим, в большей степени здесь проявляется социальность. Телесное, экономическое и духовное, говоря философским языком, переходят друг в друга и содержат друг друга. Эти переходы будут проиллюстрированы ниже.

Все три определенности человека имеют объективную и субъективную стороны. Объективная сторона – это материальные условия существования, а субъективная – ментальность. Ментальность не перекрывает всего субъективного в человеке, однако в институциональном процессе именно она в совокупности с материальными условиями конституирует социальный порядок.

В современном научном дискурсе концепт ментальности активно используется применительно к анализу общественно-исторических и политических проблем, в связи с решением вопросов, связанных с развитием мировой цивилизации; при рассмотрении национального своеобразия определенной культуры (в том числе и правовой), её этнических особенностей, при изучении внутреннего духовного мира этносов и т. д.

Ментальность характеризуется особенностями психического склада и мировоззрения людей, входящих в ту или иную этническую целостность. Основу ментальности составляют культурные стереотипы, каноны, обуславливающие соответствующее правопонимание, правочувствование и правовидение. Дж. Дюби полагал, что ментальность – это система в движении, лежащая в основе человеческих представлений о мире и о месте в этом мире.²⁶⁹ Именно ментальность, по Дюби, детерминирует поведение человека в социально значимых сферах.²⁷⁰

Э. Дюркгейм определял ментальность через коллективное сознание, которое «не имеет в качестве субстрата единственный орган; оно по определению рассеяно во всем пространстве общества. Но, тем не менее, оно имеет специфические черты, создающие из него особую реальность. Действительно, оно независимо от частных условий, в которых находятся индивиды; они проходят, а оно остается... Оно психический тип общества».²⁷¹

268 Маркс К., Энгельс Ф. Экономическо-философские рукописи 1844 года // Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. 2-е изд. Т. 42. М., 1974. С. 94.

269 Дюби Дж. Развитие исторических исследований во Франции // Одиссей. 1991. С. 52.

270 Там же.

271 Дюркгейм Э. О разделении общественного труда. Метод социологии / Пер. с фр. и послесловие А.Б. Гофмана. М., 1990. С. 80.

Ментальную структуру составляют определенные образы мышления (картина мира), коллективные представления, включающие архетипы социокультурной памяти, ценности, чувства, сформировавшиеся в определенных условиях. Ментальность имеет два уровня: бессознательный и сознательный. Бессознательный уровень, как известно, был впервые выявлен и исследован З. Фрейдом. Бессознательное, по Фрейду, определяет поведение человека не в меньшей степени, чем сознание. Позже Фрейд усложнил свой подход к структуре личности и её поведения, введя три новых понятия – «Я», «Сверх-Я» и «Оно».²⁷²

«Оно» представляет собой совокупность биологических влечений человека – прежде всего сексуальных, а также агрессивных. Они даны человеку от рождения и постоянно стремятся проявиться вовне и получить удовлетворение. Сфера этих влечений – «Оно» полностью помещается в бессознательном. «Я», по Фрейду, определяет, какие влечения «Оно», смотря по обстоятельствам, могут найти удовлетворение, а какие нет. «Я», таким образом, руководствуется принципом реальности, позволяющим ему оценить уместность или выполнимость действий мотивируемых потребностями «Оно». «Я» частично полностью бессознательно, частично находится в сфере предсознания. Часть «Я» сознательно. «Сверх-Я» гораздо обширнее, чем «Я».

Из содержания трех структур видно, что между ними неизбежны конфликты. От того, как эти конфликты разрешаются, зависит поведение человека. Если исходить из некоего идеального «Я», то можно теоретически представить, что ему каждый раз удастся согласовать требования «Оно» и давление со стороны «Сверх-Я» и таким образом найти самый целесообразный поступок. Теория Фрейда произвела революционный переворот в области гуманитарного знания. Его идеи нашли дальнейшее развитие в трудах А. Адлера и К.Г. Юнга, К. Хорни, Э. Фромма и др.

Преодолев чрезмерный биологизм (пансексуализм) Фрейда, его последователи акцентировали внимание на социокультурных детерминантах. Например, А. Адлер поставил во главу угла своей теории бессознательное влечение человека к превосходству. К.Г. Юнг, в отличие от А. Адлера, акцентировал внимание на бессознательном культурном, историческом опыте человечества «архетипах». К.Г. Юнг связал содержание бессознательного не с биологической природой человека, а с его культурой, то есть с его институциональной системой. Он поставил бессознательное в зависимость от социальных институтов.

К. Хорни продолжила анализ институциональных связей с бессознательными мотивами. «Тот факт, что большинству людей в данной культуре приходится сталкиваться с теми же самыми проблемами, наводит на мысль, что эти проблемы порождены специфическими жизненными условиями, существующими в данной культуре. О том, что они не представляют проблем, общих для «человеческой природы», свидетельствует следующее: мотивационные силы и конфликты в других культурах отличны от наших».²⁷³

К. Хорни сравнивает американские культурные стереотипы с иными и пишет по этому поводу следующее. «Большинство из нас знакомо только с таким образцом поведения, который подразумевает стремление преуспеть в жизни, опередить других, заработать больше того минимума, который необходим для нормального существования. Однако если бы девушка, лишённая соревновательных побуждений или, по крайней мере, без явно выраженных стремлений к соперничеству, жила в культуре Пуэбло, она считалась

272 Фрейд З. Введение в психоанализ. Лекции. М., 1991. С. 349.

273 Хорни К. Невротическая личность нашего времени. Самоанализ. М., 1993. С. 27.

бы абсолютно нормальной. Или если бы художник жил в деревне на юге Италии или в Мексике, он также считался бы нормальным, потому что в той среде немыслимо, чтобы кто-либо хотел заработать денег или прилагать сколько-нибудь больше усилий, чем это необходимо для своих непосредственных нужд. Обратимся к прошлому Греции. Там стремление работать больше, чем это было нужно для удовлетворения потребностей человека, считалось неприличным».²⁷⁴ Таким образом, К. Хорни делает чрезвычайно важный вывод: тип институциональной системы (культуры) порождает определенный тип бессознательных мотивов поведения.

Стало быть, облик каждого отдельного национального института непременно детерминирован чертами национального характера (ментальностью).²⁷⁵ Именно ментальность аккумулирует и передает определенные культурные ценности, этнические стереотипы, жизненный опыт, накопленный на протяжении жизни предыдущих поколений, и каждый представитель того или иного этноса является носителем определенной ментальности, которая отражается на всех уровнях институциональной системы, в том числе в праве, и особенно в праве обычном.

В интерпретации Л.Н. Гумилева ментальность представляет определенный ракурс этнической культуры и определенный вариант кристаллизации этнической традиции.²⁷⁶ С.В. Лурье усматривает в ментальности нематериализуемые традиции.²⁷⁷

Более развернутую трактовку ментальности дал В. В. Козловский, в его интерпретации ментальность – это культурный потенциал человека, группы, социума, этноса – не только то, что он создал, но и то, что он в принципе может создать. Это не результат умственной деятельности, а стиль, инструмент, способ и метод, алгоритм и нормы мышления, поведения и деятельности, принципы принятия решений. Это как бы нематериальный, но все же орган, с помощью которого субъект в буквальном смысле слова производит новую, рукотворную социальную реальность, свой сегодняшний и завтрашний день. Ментальность – «процессор» социальной жизни.²⁷⁸ Ментальность имеет интерсубъективную направленность, в рамках одной социальной общности это обеспечивает коммуникативную возможность общения и взаимопонимания между людьми. Менталитет обладает большей по сравнению с другими психологическими явлениями консервативностью и устойчивостью, он слабо подвержен изменениям и воздействию объективных обстоятельств.

Материальные условия и ментальность детерминируют социальные институты. Социальные институты имеют свои предпосылки в природе человека. Значит, необходимо более подробно рассмотреть отношения институтов к природе человека.

Телесная, экономическая и духовная природа человека существует всегда в деятельностном аспекте²⁷⁹. Вне деятельностного аспекта телесной, экономической и духовной природы человека нет. Телесная природа человека (телесная организация), если брать её материальную проекцию, представляет физическое воспроизводство самого человека.

274 Там же. С. 12.

275 Трубецкой Н.С. Об истинном и ложном национализме // Исход к Востоку. М., 1997. С. 172–176.

276 Гумилев Л.Н. Этногенез и биосфера Земли. Л., 1990. С. 135.

277 Лурье С.В. Историческая этнология. М., 1997. С. 31.

278 Козловский В.В. Понятие ментальности в социологической перспективе // Социология и социальная антропология. СПб., 1997. С. 31–33.

279 Ломакина И.Б. Обычное право: Институциональный аспект. (Теоретико-правовой анализ). СПб: Астерион, 2005. С. 67.

Сюда также входит умение человека воспроизводить себя именно как человека, а не как животное.

В ментальном значении телесная природа человека включает: психические переживания, чувства по поводу воспроизводства человеком самого себя, своей численности, передачи способностей и навыков к воспитанию, взаимоотношений между полами и проч. По мере становления «телесной» родовой культуры формировалась культура закрепления именно такого варианта человеческого общения. Отсюда неодинаковые формы брака у различных народов и прочие родовые институты.

Принцип сохранения «тела рода» обуславливался родовой структурой (родовыми институтами). Например, человеком не признавался чужой член рода, он был вне политического и вне религиозного союза. Поэтому согласно религиозным представлениям боги одного сообщества людей, даже носящие одинаковое имя, были враждебными для другого сообщества. Например, Юнона жителей города Вейи – не Юнона римлян, так же, как для неаполитанца мадонна одной часовни отличается от мадонны другой: одной он поклоняется, другую презирает и ругает, если она помогает его соперникам, или пытается вызвать её неблагосклонность к ним.²⁸⁰ Данный аспект проблемы применительно к социальной практике сибирских этносов рассматривается в третьем параграфе настоящей главы.

Экономическая природа человека проецируется через социально значимую деятельность, направленную на производство общественного продукта, его потребление, распределение и обмен, сюда относятся так же техника и технологии. Экономическая природа человека, как и телесная удваивается на экономические материальные условия и экономическую ментальность. Рассмотрим сначала материальные условия экономической деятельности.

Ч.Х. Джадд, говоря о технических средствах и технологиях примитивных народов, констатировал, что «орудия, изобретенные человеком, оказываются мощными факторами, определяющими ход цивилизационной жизни. На протяжении долгих веков, в течение которых человек изобрел орудия и учился их использовать, способ его реагирования претерпевал изменения. Он больше не должен просто набрасываться на добычу, чтобы добыть пропитание. Он не развивает навыки использования собственных когтей и зубов, чтобы лучше управляться с окружающей средой. Он принял непрямой способ действия. Он использует инструменты, изобретенные им самим, унаследованные от предков или позаимствованные у соседа».²⁸¹

В процессе осуществления экономической деятельности человек превращал внешние факторы (климат, почву, географическое положение и т. д.) в социокультурный контекст. В экономическом смысле социокультурный контекст – это сконструированный человеком мир (продукт), ставший второй человеческой природой.

Научившись стандартизированно производить, потреблять и сохранять продукт, человек обеспечивал основу для более или менее стабильного существования в социальной (коллективной) среде. Из этого вытекает, что изменившийся человек, помимо первой (биологической природы) приобретал вторую природу – социальную (социокультурную).

Отсюда и его новые свойства, отличные от животного. Потребляемый же продукт превращался в общественный продукт, который создал для себя человек для поддержания своей жизни и жизни своего рода.

280 Вебер М. Хозяйственная этика мировых религий // Избранное. Образ общества. М., 1994. С. 90.

281 Judd C.H. The Psychology of Social Institutions. N. Y., 1926. P. 96.

Изменяя среду своего обитания, человек одновременно утрачивал биологическую специализацию. Это способствовало усилению необходимости в коллективных действиях взаимопомощи, как в процессе осуществления трудовой деятельности, так и во взаимоотношениях с внешним миром. Стало быть, в связи с особенностями эволюционного изменения биологической природы человека все больше стала усиливаться взаимозависимость людей. Взаимозависимость легла в основу всех первых социальных институтов, что и обусловило нивелирование роли индивида в родовом коллективе. Отсюда коллективные представления о справедливости, равенстве, свободе, общении.

Наряду с потерей чисто биологической специализации человек научился осознавать действительность с экономической точки зрения. У него появились способности помнить прошлое производство и потребление, предвидеть будущее и обозначать продукты и действия символами и знаками. Такие же его видоспецифические свойства, как способность мыслить, иметь трудовую мотивацию, безусловно, определялись особенностями и биологической природы человека, но в большей степени зависели от социальных факторов²⁸².

Ричард Шведер по этому поводу писал, что «не существует никакой отдельной самостоятельной социокультурной среды, независимой от человеческих способов извлечения из неё смыслов и возможностей, а всякий человек обретает свою субъективность и индивидуальную психическую жизнь посредством извлечения смыслов и возможностей из социокультурной среды и их использования».²⁸³

В. Франкл считал, что «человеку присуща принципиально иная форма бытия, в отличие от животных. Человеческое существование принимает форму исторического бытия, которое – в отличие от жизни животных – всегда включено в историческое пространство («структурированное» пространство, по Л. Бинсвангеру) и неотделимо от системы законов и отношений, лежащих в основе этого пространства. И этой системой отношений всегда управляет смысл, хотя он может быть и не выраженным явно, а возможно, совсем не поддаваться выражению. Жизнедеятельность муравейника можно считать целенаправленной, но никак не осмысленной. А где отсутствует смысл, исторический процесс невозможен. Муравьиное сообщество не имеет ни культуры, ни истории».²⁸⁴ Человек же творит историю не только на основе повторяемости своего естественного существования, но и посредством свободных актов и творений духа.²⁸⁵ Творения духа в этом аспекте ассоциируются с творениями культуры.

Понятие культуры в экономическом смысле изначально включало общие представления о развитии материальных условий, детерминировавших определенное устойчивое воспроизводство определенного продукта, (например, оленя, рыбы, риса, моржа и т. д.), а также весь накопленный опыт, навыки, технические средства и приемы. Правовая культура нормативно закрепляла этот производственный процесс, наделяя участников определенными правами и обязанностями. Вместе с тем правовая культура непосредственно связана и с развитием человеческой духовности.

282 Луковская Д. И., Ломакина И. Б. Истоки и источники права: Очерки. / Под ред. Р. А. Ромашова, Н. С. Нижник. СПб.: Санкт-Петербургский университет МВД России, 2006. С. 67.

283 Shweder R. A. Preview: A colloquy of culture theorists // Culture Theory Essays on Mind, Self, and Emotion. N. Y., 1984. P. 2.

284 Франкл В. Общий экзистенциальный анализ // Человек в поисках смысла: Сборник / Пер. с англ. и нем. М., 1990. С. 157.

285 Ясперс К. Смысл и назначение истории / Пер. с нем. М., 1994. С. 64.

По мере развития экономической сферы в жизни общества трансформируются и институты, усложняется их содержание. Например, брак сначала, будучи сугубо родовым институтом, по мере развития экономической и духовной жизни общества трансформируется в экономический и духовный союз, обеспечивающий положение женщины и наследственные права детей. Он также гарантировал посмертные жертвоприношения (поминование) и проч. Брак в традиционных обществах охранялся культом предков, огня и очага.

Кульм предков складывался параллельно формированию патриархальной структуре домашнего сообщества. Предосудительность нарушения верности в браке интересно трактовал М. Вебер. Его умозаключения подтверждают линию наших рассуждений. Ученый полагал, что нарушение супружеской верности влечет наказание со стороны богов, так как боги строго соблюдаемого личного союза отвергают жертвы, которые приносят им те, кто не имеет на это права.²⁸⁶

На этих же основаниях М. Вебер выводил и агнатический принцип наследования семейного имущества. В связи с этим он писал, что «право наследования, в частности, исключительное или преимущественное право наследования старшим сыном, основано, наряду с военными и экономическими, также и на сакральных мотивах. Эта сакральная основа, прежде всего при всех изменениях экономических условий, способствовала незыблемости патриархальной структуры домовой общины и рода в Восточной Азии (в Китае и Японии), а на Западе – в Риме».²⁸⁷

Вышеизложенное показывает, что духовный аспект, так или иначе, присутствует в «телесных» и экономических институтах. Г. Гурвич считал, что «все то, что является социальным, то несет на себе неустранимый отпечаток духовного».²⁸⁸

Стало быть, телесная и экономическая реальность неотделима от духовной. Это означает, что человек не может быть понят, прежде всего, как постепенно развивающийся зоологический вид, к которому в один прекрасный день в качестве чего-то принципиально нового присоединился дух. К. Ясперс справедливо замечает, что человек практически ничего не знает ни о созидющих моментах своей истории, ни о ходе духовного становления, ему известны только результаты. Результат обнаруживает себя повсюду, и прежде всего в самой природе человека. Именно в ней заложено то, что человек не может быть только частью природы; напротив, он формирует себя посредством искусства. Природа человека – это его искусственность.²⁸⁹

Здесь К. Ясперс имеет в виду то, что искусство, культура, а значит, и право (как часть культуры), созданные человеком, являются частью природы человека. В этом аспекте культура может быть понята как процесс возделывания, воспитания души, и как результат открытия и возделывания, почитания человеком его духовной, нравственной природы, определяющей способность человека к религиозному поклонению и следованию общественному долгу.

286 Вебер М. Социология религии (типы религиозных сообществ) // Избранное. Образ общества / Пер. с нем. М., 1994. С. 89.

287 Там же. С. 89.

288 Гурвич Г. Идея социального права // Гурвич Г. Философия и социология права: Избранные сочинения. СПб., 2004. С. 57.

289 Ясперс К. Указ. соч. С. 66-67.

В этом смысле А. В. Поляков и Е. В. Тимошина отмечают, что культура подобна слоям перламутра в жемчужине, которые «обволакивают», скрывают первобытные инстинкты человека.²⁹⁰

Духовная компонента природы человека проявляется как в материальном выражении через объективированные творения (мифологические произведения, ритуалы, религию и проч.), так и в ментальном выражении, то есть через психологические переживания, чувствования по поводу уже созданного (сконструированного).

Рассматривая проблему правогенеза через призму человеческой природы, необходимо учитывать, что все три момента его существования связаны со становлением социальности. Именно в ней видел причины правопорядка Е. В. де Роберти.²⁹¹ Сходные идеи развивал и Р. Штаммлер. В социальных связях человека, в его социальной природе, видел он причину правопорядка. Правопорядок же есть внешнее выражение внутреннего порядка. Отсюда так или иначе социальная жизнь есть всегда «урегулированная совместная жизнь людей».²⁹²

Вместе с тем известно, что первые стадии развития общества не предполагали наличия развитой правовой системы. Первые этносоциальные коллективы людей не были прочными в организационном плане, их соционормативная система постоянно подвергалась трансформации и распаду. Должно было пройти достаточное количество времени, чтобы возникли постоянные коллективы с развитой экономической, политической, социальной системой и эффективным механизмом их регулирования. Нормы, институты и сами социальные отношения в таких обществах возникали на временной основе и часто распадались, не имея устойчивого и продолжительного характера. Почему социальные отношения в обществе стали устойчивыми? Почему сформировалась сфера правового регулирования? Какие механизмы лежали в её основе? Эти вопросы не новы для западной теоретической юриспруденции.²⁹³ Их постановка в зарубежном научном дискурсе скорее правило, чем исключение, в отличие от большей части отечественных разработок, ориентированных преимущественно на изучение догматических основ права. Данная работа восполняют созданный пробел.

3.3. Предназначение обычного права: историко-правовой аспект

Современная юриспруденция даже не задумывается о существовании обычного права как особого раздела системы права. Позитивизация права привела к тому, что нормативно-правовой акт, преподносимый в качестве универсального, практически вытеснил из юридической практики все иные источники права²⁹⁴. К сожалению, правовой обычай также в полной мере испытал на себе описанные выше процессы.

Вместе с тем, любой традиционный правопорядок изначально складывался как обычно-правовой²⁹⁵. Так, история русской государственности свидетельствует, что вплоть до 20-

290 Поляков А. В., Тимошина Е. В. Общая теория права: Учебник. СПб., 2005. С. 182.

291 Роберти Е. В., де. Новая постановка вопросов социологии. СПб., 1908. С. 46.

292 Штаммлер Р. Хозяйство и право. СПб., 1899. Т. 1. С. 91.

293 См., например: Бергер П., Лукман Т. Социальное конструирование реальности. Трактат по социологии знания. М., 1995. С. 88–89.

294 См.: Юридическая наука в современном мире: Россия и Болгария./под общ. ред. Е.А. Фроловой. - Москва. - Проспект. - 2020. - 584с.

295 World factbook of criminal justice systems. Bulgaria.// [Электронный ресурс]./ URL: <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/wfbcjsb.pdf/> (дата обращения: 12.03.2021).

30-х гг. XX века отечественная правовая культура (прежде всего правовая культура русского общинного крестьянства) выстраивалась преимущественно вокруг правового обычая. Русское крестьянство, всегда составлявшее подавляющее большинство населения государства, никогда не жило по писаному праву. Даже издание Свода законов Российской Империи не должно порождать иллюзии касательно влияния законоположений на народную жизнь²⁹⁶. Свод законов Российской Империи крестьянству был малоизвестен и неинтересен.

Насколько официально установленное и обычное право не совпадали, можно проследить на следующем примере: «Крестьянка Е.К. жалуется на деверя Е. в том, что он занял у ней 3 р. деньгами и не возвращает. Волостной суд решил: денег взыскать только половинную часть, т.е. 1 р. 50 коп., потому что ответчик в них не сознался, а просительница не представила улик»²⁹⁷. В переводе на язык писаного гражданского права данное решение волостного суда приобрело бы следующий вид: «Недоказанность займа влечет возврат долга в половинном размере». Ничего, кроме недоумения, такая гражданско-правовая норма у ее читателя не вызвала бы.

Но дело в том, что правовой обычай исходил не из механического представления об истине, когда усилиями судебного следствия правым в споре должен быть назван либо истец, либо ответчик, а из более важной задачи - восстановления социального мира. Поэтому суд, когда представлялось невозможным индивидуализировать юридическую ответственность, раскладывал причиненный имущественный вред поровну между истцом и ответчиком (принцип обычного права «грех пополам»).

Богатая история правового обычая и пробуждение интереса к данному источнику права вновь ставят правовую науку перед необходимостью определить для себя обычный правопорядок. Накопленное теоретическое знание позволяет указать, что обычное право располагает следующими качествами:

1) оно неизменно *традиционно*. Обычное право - пошлое право (в исконном значении «пошлости», «пошлины», «старинны», «так пошло»). И в этом смысле обычное право косо, консервативно, что, однако, вовсе не является его недостатком. Напротив, обычное право в силу своей природной укорененности в истории является наиболее совершенным передатчиком юридических представлений из поколения в поколение. «Не творчество, а проводимость»²⁹⁸, - выражался П.П. Цитович по поводу предназначения обычного права.

В этом плане, например, обычное право русского крестьянства к XIX в. выгодно отличалось от того состояния, в котором пребывала правовая культура иных сословий Империи. А.С. Хомяков писал: «Обычай, как я уже сказал, весь состоит из бытовых мелочей; но кто же из нас не признается, что обычай не существует для нас и что наш вечно изменяющийся быт даже не способен обратиться в обычай? Прошедшего для нас нет, вчерашний день - старина, а недавнее время пудры, шитых камзолов и фижм - едва ли уже не египетская древность. Редкая семья знает что-нибудь про своего прадеда, кроме того, что он был чем-то вроде дикаря в глазах своих образованных правнуков. Знали ли бы что-нибудь Шереметевы про уважение народа к Шереметеву, современнику Грозного, или Карамышевы

296 См.: Матвеев, П.А. Крестьяне и Свод Законов: по поводу составления нового Гражданского Уложения./ П.А. Матвеев./ М. - 1883. - Типография М.Н. Лаврова и К. - 46с.

297 Труды комиссии по преобразованию волостных судов. Т. 1. Тамбовская губерния./ СПб. - Типография Второго Отделения Собственной Е.И. В. Канцелярии. - 1873. - С.353.

298 Цитович, П.П. Исходные моменты в истории русского права наследования./ П.П. Цитович./ Харьков. - 1870. - Университетская типография. - С.83.

про подвиги своего предка, если бы не потрудились народная песня сохранить память о них, прибавив, разумеется, и небывалые дела? У нас есть юноши, недавно вышедшие из школы, потом юноши, трудящиеся в жизни, более или менее, по своему школьному направлению или по наитию современных мыслей, потом есть юноши седые, потом юноши дряхлые, а старцев у нас нет. Старчество предполагает предание, - не предание рассказа, а предание обычая. Мы всегда новенькие с иголки; старина у народа. Это должно бы нам внушить уважение; но у нас не только нет обычая, не только нет быта, могущего перейти в обычай, но нет и уважения к нему. Всякая наша личная прихоть, а еще более всякая полудетская мечта о каком-нибудь улучшении, выдуманная нашим мелким рассудком, дают нам право отстранить или нарушить всякий обычай народный, какой бы он ни был древний. Этому доказательства искать не нужно: каждый в своей совести сознается, что я прав»²⁹⁹;

2) будучи концентрированным выражением народных понятий о наиболее важных социальных ценностях *обычное право незримо связано со всем народным бытом*. Это не внешняя надстройка искусственного характера, а естественное продолжение всей суммы социально значимых связей. «Юридические обычаи дают основную ткань правовой жизни народа, на которой постепенно и долгое время крайне робко выводят свои узоры остальные источники права, каковы: договор, закон и др.»³⁰⁰.

И.В. Киреевский подчеркивал: «Там, где общественность основана на коренном единомыслии, там твердость нравов, святость предания и крепость обычных отношений не могут нарушаться, не разрушая существенных условий жизни общества. Там каждая насильственная перемена по логическому выводу была бы разрезом ножа в самом сердце общественного организма»³⁰¹. Поэтому любые изменения в быте народа неизменно проявляют себя и в юридически концентрированном проявлении этого быта – обычном праве. Такое право с инструментальной точки зрения не только не отстает от права законодательного, но «разработанностью многих институтов оставляет писанные законы далеко позади, нормируя такие правоотношения, которые нашими законами не предусмотрены»³⁰²;

3) оно носит отпечаток той *местности*, в которой практикуется. Это качество обычного права именуется также партикуляризмом, локальностью³⁰³. Поэтому несовпадение двух обычаев по одному и тому же вопросу, практикуемых в двух разных местностях, порой географически соседствующих, *нормально*. В двух соседних волостях одного уезда Российской Империи кража днем («денной грабеж») могла восприниматься и как отягчающее вину обстоятельство, и как смягчающее. Это вовсе не свидетельствует против обычного права.

Практика крестьянских волостных судов не была одинаковой в масштабах всей России. Да и не стремились крестьянские суды к какой-либо унификации. Так, например,

299 Хомяков, А.С. По поводу Гумбольдта. Всемирная задача России./ Хомяков А.С./ М. - Институт русской цивилизации. - 2008. - С.668.

300 Тарановский, Ф.В. История русского права./ Ф.В. Тарановский./ Под ред. и с пред. В.А. Томсинова. – М. – Зерцало. – 2004. – С.11.

301 Киреевский, И.В. О характере просвещения Европы и его отношении к просвещению России. Духовные основы русской жизни./ И.В. Киреевский./ М. - Институт русской цивилизации. - 2007. - С.205.

302 Леонтьев, А.А. Волостной суд и юридические обычаи крестьян./ А.А. Леонтьев./ СПб. – Типография М. Меркушева. – 1895. – С.11.

303 Мухамадеев А.Р. О некоторых особенностях развития обычного права волжских болгар./ Чувашский гуманитарный вестник. - 2016. - №11. - С.25.

на севере государства по делам о бесчестии при нарушении брачного сговора волостные суды практически всегда отказывали в удовлетворении исков, во внутренней России уже изредка встречаются такие удовлетворения, в Малой России – плата за бесчестие взыскивалась повсеместно. Самой идеи о приведении судебной практики к какому-то механическому единству не существовало. Причем такая разнообразная практика волостных судов вполне уживалась с четкой позицией кассационного департамента Правительствующего Сената о том, что всякие предбрачные соглашения и иски из них недопустимы. Не обращали волостные суды (скорее по неведению) внимания и на законодательно закрепленную обязанность жены жить при муже: сбежавшая от дерущегося мужа жена как правило получала защиту в виде решения волостного суда, санкционировавшего такую «расходку». Т.е. волостные суды часто поступали вопреки предписанию буквы закона. Так, ст. 103 тома X Свода Законов Российской Империи устанавливала: «Супруги обязаны жить вместе. Посему строго воспрещаются всякие акты, клонящиеся к самовольному разлучению супругов»³⁰⁴. Волостные же суды неизменно при жестоком обращении мужа с женою признавали за последней право вернуться в дом родителей и отказывали мужу в его иске о водворении супруги в дом.

На неучете партикулярного разнообразия обычного права были основаны распространенные во второй половине XIX в. в среде русской интеллигенции представления о его примитивности. В «Трудах Комиссии по преобразованию волостных судов» 1883-1884 гг. интересующаяся вопросом часть университетского сообщества постоянно наталкивалась на характерные отзывы крестьян: на вопрос «какие обычаи имеются в вашей местности?» крестьяне неизменно отвечали «обычаев не имеем», «судим по справедливости, смотря по человеку». Из всего этого интеллигенция делала вывод, что ни о каком обычном праве как системе речи быть не может. Назвать правом некий конгломерат противоречивых воззрений народа на отдельные казусы, очевидно, нельзя. А.А. Леонтьев вполне в этом русле вопрошал: «Обычный ответ крестьян на вопрос, чем они руководствуются в судебных решениях, что решают, смотря по обстоятельствам, «глядя по человеку». Разве такой ответ не указывает на отсутствие сознания права вообще, все равно обычное оно или не обычное?»³⁰⁵.

Однако, столь поспешное заключение интеллигенции о примитивности народного права заключало в себе фундаментальную методологическую ошибку. Земский статистик, формировавший текст «Трудов комиссии...» и задававший крестьянину вопрос «какие обычаи имеются в вашей области?», гарантированно обрекал себя на получение ложного ответа. Представить себе крестьянина, круглогодично привязанного к земледельческому быту, и при этом знающего не только свое, но и чужое (существующее в соседней местности) обычное право сложно. Крестьянин просто не интересовался ненужным ему иным обычным правом, т.к. подобный интерес его практический ум тут же окрестил бы праздным.

А потому, не имея повода к сравнению двух смежных, но все же отличных друг от друга обычно-правовых порядков, существовавших в сопредельных местностях, крестьянин и не умел отличить *обычай* от *нормы*. «Крестьяне вообще охотно употребляют выражение «закон» вместо обычая. Так, крестьянин просит волостной суд постановить решение по закону, «как закон велит», иногда подразумевая под этим именно обычай. Выражения

304 Свод Законов Российской Империи.// [Электронный ресурс]./ URL: <http://civil.consultant.ru/code/> (дата обращения: 08.02.2015).

305 Леонтьев, А.А. Волостной суд и юридические обычаи крестьян./ А.А. Леонтьев./ СПб. – Типография М. Меркушева. – 1895. – С.61.

«обычай», «обычное право» были порой совсем непонятны крестьянам»³⁰⁶. Для крестьянина вопрос земского статистика был лишен всякого смысла: конечно же никаких особых обычаев он не знает, но зато предельно ясно представляет себе переданную ему предшествующим поколением всю систему Права, разбирается в ней до мелочей.

И если А.А. Леонтьев вполне серьезно относится к следующему сообщению, то нам оно представляется, скорее, анекдотичным: «Начальник одной из приволжских губерний, желая ознакомиться с существующими в его губернии обычаями, затребовал от волостных правлений губернии сведения о том, какие обычаи, определяющие правовые отношения крестьян, существуют в каждой волости, и на это *от всех правлений* получил ответ, что у них никаких обычаев не существует, и что крестьяне *на сходах* высказались, что они желают судиться *по законам, а не по обычаям* (курс. авт.)»³⁰⁷.

Равно и на вопрос о том, распространен ли в их местности обычай милостыни, призрения нуждающихся, крестьяне традиционно отвечали «Нет. Тунеядцев нечего кормить». Исследователь народного быта - горожанин в недоумении отходил в сторону и непонимающе спрашивал себя: «А где же хваленое народное хлебосольство, все те рассуждения о широкой славянской душе?». Но он получил именно тот ответ, который был запрограммирован его собственным вопросом. С удивлением столичный житель обнаружил бы, что именно спрошенный им крестьянин в настоящее время содержит деревенского старика, не приходящегося ему родственником, либо обрабатывает даром вдовый или сиротский надел. Просто в категориях крестьянина совершаемое им социальное призрение не было чем-то *необычным*, а являлось *нормой*. Спрашивали же его об отклонении от нормы, о некоем произвольном (добровольном) превышении нормы, о милости. На такой вопрос крестьянин справедливо давал отрицательный ответ. Горожанину в принципе была недоступна философия крестьянской жизни: «Добрый человек – это не тот, кто делает другим что-то из милости, но тот, кто действует в силу долга»;

4) следовательно, обычному правопорядку по определению присущи *мозаичность* и *кажущаяся бессистемность*. Наивными являются обвинения обычного права во внутренней противоречивости, которая, якобы, не позволяет обычаю даже приблизиться к мере совершенства законодательного акта. «Сообразно этому исследование старого памятника права сопровождается никому и ни для чего не нужной критикой его с точки зрения современной кодификационной техники, причем в качестве обвинительных пунктов приводится длинный перечень пробелов в данном памятнике права»³⁰⁸. Т.е. при таких обвинениях к обычному праву изначально прилагаются характеристики из совершенно иной системы координат, которым это обычное право вовсе не должно соответствовать. По справедливому замечанию В.И. Сергеевича: «Древность вовсе не была занята логическим построением юридических понятий, а потому тогда и было возможно невозможное и непонятное для нас»³⁰⁹. Задача обычного права в момент его формули-

306 Безгин, В.Б. Правовые обычаи и правосудие русских крестьян второй половины XIX – начала XX века./ Тамбов. - 2012. - С. 19.

307 Леонтьев, А.А. Волостной суд и юридические обычаи крестьян./ А.А. Леонтьев./ СПб. – Типография М. Меркушева. – 1895. – С. 105.

308 Тарановский, Ф.В. История русского права./ Ф.В. Тарановский./ Под ред. и с пред. В.А. Томсинова. – М. – Зерцало. – 2004. – С. 41.

309 Сергеевич, В.И. Русские юридические древности в 3 т. Т. 1. Территория и население./ В.И. Сергеевич./ СПб. – 1902. – Типография Стасюлевича. – С. 233.

рования заключалась не в обосновании отвлеченных понятий и схем, а в живописании образа. Помещаемый в центр обычая казус должен был в будущем в порядке ассоциации вызывать в памяти ранее постановленное правило;

5) косности обычая, как ни странно, сопутствует крайняя *гибкость* обычного права и его *открытость к внешним воздействиям*. Проникающие в тело обычного права новые понятия, тем не менее, вовсе не вытесняют старые, по крайней мере, сначала. Поэтому-то мы и наблюдаем внешнюю противоречивость обычного права, его лоскутность, когда отдельные нормы видимо не согласуются друг с другом. Но такое несовпадение существует лишь в уме позитивистски настроенного наблюдателя. На самом деле, перед нами разворачивается масштабная растянутая на десятилетия картина смены одних обычно-правовых представлений другими. Эта живая ткань имеет совершенно иной ритм взросления, отрезки которого много превышают продолжительность человеческой жизни. «Хотя обычай доказывается фактами его применения к случаям действительной жизни, но наличность действий, несогласных с обычаем, еще не может быть приводима как доказательство несуществования самого обычая. Может быть, господствующий обычай (повальный) и при наличности частных перерывов и противоречий»³¹⁰;

6) в силу того, что обычай напрямую произрастает из народного быта, он всегда *разумен*. В нем в концентрированном виде выражается сознание народа, его обнаженная до предела «душа». Именно поэтому Общее «Положение о крестьянах, вышедших из крепостной зависимости» 1861 г. устанавливало:

«109. Приговоры волостного суда по проступкам, подлежащим его рассмотрению, считаются окончательными»³¹¹.

Постановление волостного суда не подлежало обжалованию по существу, «как имеющее характер третейского, не мотивированного никакими указаниями на писанные законы»³¹².

Кажущаяся стороннему наблюдателю неразумность обычая объясняется качествами самого наблюдателя. Например, когда современный юрист знакомится с содержанием ст. 1142 Гражданского кодекса РФ «Наследники первой очереди», то для него в призвании супругов к наследованию друг после друга нет ничего необычного. Отрицание же обычным правом права супругов наследовать друг другу, напротив, покажется ему крайне нелогичным. Вместе с тем, если доискиваться корней как первого, так и второго правила, то окажется, что именно рожденное народным разумом положение окажется более мотивированным. В быту русских крестьян вплоть до конца XIX в. лица мужского пола пользовались преимуществом перед лицами женского пола (по фискальным причинам, как держатели общесемейного имущества и плательщики налога). Дочь при сыне вовсе устранялась от наследования отцу: «Сестра при братьях – не наследница». Равно и супруги не наследовали друг другу как неродственники. Но все это не должно вводить нас в заблуждение насчет, якобы приниженого правового статуса женщины в крестьянской семье. Анализ этой конструкции показывает, что в действительности та же дочь участвует в распределении наследственной массы и даже в привилегированном по отношению к сыновьям

310 Сергеевич, В.И. Лекции и исследования по древней истории русского права./ В.И. Сергеевич./ СПб. – Типография Стасюлевича. – 1910. – С. 14.

311 Общее Положение о крестьянах, вышедших из крепостной зависимости от 19 февраля 1861 г. [Электронный ресурс]/ URL: <http://www.hrono.ru/dokum/1800dok/18610219polozh.php> (дата обращения: 23.01.2015).

312 Илларионов, Н.С. Значение обычного права в народном суде./ Н.С. Илларионов./ Харьков. - 1893. - Типография «Южного края». - С. 1.

порядке - через институт приданого (при живом наследодателе и лишь в части движимого имущества). Этот феномен в мировой юриспруденции именуется «антиципирование (предварение) наследства». Напротив, наделение дочери правом наследования наравне с братьями означало бы сознательное разорение хозяйства в пользу чужеродного и утрату платежеспособности.

Понимание обычая исследователем из иной культурной среды – «дело это, конечно, весьма нелегкое и не могло быть исполнено комиссией (*имеется ввиду Комиссия по преобразованию волостных судов М.И. Любоцинского – Прим. мое*) которая объезжала волости официально и просматривала решения, записанные в волостных судах лицами, часто совершенно чуждыми местному населению и хвастающимися умением подводить решение под ту или другую статью Свода Законов, как справедливо отзывается М.И. Зарудный о писарях волостных судов»³¹³. Обычай может открыться только тому, кто способен вместить в себя его содержание, для кого та культурная среда, что породила обычай, является также родной;

7) существование правового обычая и его содержание – логически *необходимы*. Невозможно представить себе произвол в деле образования обычая, как и в его конкретном наполнении. Обычай незримо рождается в усилении общенародной воли. Обычай с необходимостью замещает пустоту - «свято место» и он никогда не появится там, где в нем нет нужды. Поэтому *равно невозможен «неработающий» обычай*.

Обычное право по определению *действительно, функционально*. «Функция права состоит вообще только в его осуществлении. Что не реализуется, не есть право и наоборот, то, что отправляет функции, есть право, хотя бы оно и не было признано таковым (обычное право)»³¹⁴. Поэтому обнаруженный в данной местности правовой обычай по определению не может быть заподозрен в искусственности. Сам факт наличия обычая – уже достаточное свидетельство в пользу его действительности. «Обычное право это, выражаясь термином Штаммлера, «правильное право» (*das richtige Recht*) для человека старых времен»³¹⁵. «Правильность» этого права в том, что оно содержит в себе набор неустрашимых правил поведения;

8) В.Н. Синюков справедливо негодует: «Вся история России с X по конец XVII вв. рассматривается в современной юридической науке в основном как единый, своего рода *подготовительный (курс. мой)* период к подлинно правовому этапу в развитии правовой культуры»³¹⁶. Т.е. Россия как бы не жила правовой жизнью вплоть до реформ Петра I. И только появление первых правовых актов по европейскому образцу, а затем и профессиональных юристов, воспринимается современным правоведением как свидетельство начала такой жизни. Через такой подход за рамками научного внимания остается огромный пласт русской правовой культуры предшествующих веков.

Устная правовая традиция существует именно в устной форме. Уже одним фактом ее передачи изустно на протяжении многих веков доказывается значимость этого сектора

313 Калачов, Н. Об отношении юридических обычаев к законодательству./ Н. Калачов./ СПб. – 1877. – Типография В. Киришбаума. – С. 9. См.: Зарудный, М.И. Законы и жизнь. Итоги исследования крестьянских судов./ М.И. Зарудный./ СПб. - Типография Второго Отделения Собственной Е.И. В. Канцелярии. - 1874. - С. 16.

314 фон Иеринг, Р. Дух римского права на различных ступенях его развития. Перевод с 3-го исправленного немецкого издания./ Р. фон Иеринг./ СПб. – Типография В. Безобразова и Ко. – 1875. – С. 42.

315 Тарановский, Ф.В. История русского права./ Ф.В. Тарановский./ Под ред. и с пред. В.А. Томсинова. – М. – Зерцало. – 2004. – С. 12.

316 Синюков, В.Н. Российская правовая система. Введение в общую теорию./ В.Н. Синюков./ 2-е изд., доп. – М. – Норма. – 2013. – С. 560.

правовой культуры, недопустимость его игнорирования. Сказать, что правоведение появилось в России лишь в XVIII в. с С.Е. Десницким – значит, совершенно не чувствовать разницы между правоведением и юриспруденцией. Совершенно не случайно Общее «Положение о крестьянах, вышедших из крепостной зависимости» 1861 г. устанавливало:

«105. Все дела в волостном суде производятся словесно»³¹⁷.

Истории отечественного права известны многочисленные документированные приговоры обществ об уточнении границ между отдельными селениями; документированные приговоры же о границах между двумя отдельными хозяевами практически не встречаются. Но это не значит, что второго типа приговоров не было: наоборот, их было гораздо больше. Отсутствие письменных свидетельств деятельности общины по отношению к «своим» членам подтверждает нелюбовь мира к канцелярской форме ведения дел. Слово, живая речь, а не сухое письмо, определяли жизнь традиционного общества.

Все указанные выше характеристики обычного права призваны дополнить столь популярное сегодня и одновременно академично-безжизненное определение правового обычая как исторически сложившегося, вошедшего в привычку в силу длительности употребления на определенной территории неписаного правила поведения, санкционированного государством. При этом последнее качество – «санкция со стороны государства» – понимается в качестве чуть ли не конституирующего: «Правовым можно считать только такой обычай, который разрешен к использованию в конкретном государстве, что подтверждается и возможностью применения государственного принуждения к лицам, нарушающим требования обычая»³¹⁸. Однако приведенные примеры да и вся история добуржуазных государств Европы свидетельствует о том, что правовой обычай никогда не был отягощен желанием вписаться в официальный правопорядок. Действенность правового обычая, его приятие участниками правового спора никоим образом не обуславливались некоей государственной санкцией.

Русское крестьянство веками вырабатывало свое право; конструкции же римского частного или германского права, усваиваемые законодателем, народной правовой практикой органически отторгались: «Известно, что громадное большинство нашего населения руководится в сфере частных гражданских отношений, не писанным законом, а правилами, слагавшимися путем обычая и во многом несогласными с началами законодательства»³¹⁹.

А.А. Леонтьев отмечал: «Громадная масса русских подданных изъята отъ действия суда, постановляющего свои решения «на точныхъ словах закона» и судится «по обычаям» ей одной ведомым и не только не получившим утверждения Верховной власти, но и нигде не писанным... Если мы прибавим к этому и несколько миллионов инородцев, которые также судятся по своимъ «обычаям» и своими народными судами, то окажется, что писанные законы в сфере гражданского права и обширной массы правонарушений созданы собственно для самой незначительной части населения Империи»³²⁰.

317 Общее Положение о крестьянах, вышедших из крепостной зависимости от 19 февраля 1861 г. [Электронный ресурс]./ URL: <http://www.hrono.ru/dokum/1800dok/18610219polozh.php> (дата обращения: 23.01.2015).

318 Макарова, Н.А. К вопросу об определении понятия «правовой обычай»./ Юристь-Правоведъ. - 2020. - №2 (93). - С. 199-200.

319 Пахман, С.В. Обычное гражданское право в России./ С.В. Пахман./ М. – Зерцало. – 2003. – С. 3.

320 Леонтьев, А.А. Волостной суд и юридические обычаи крестьян./ А.А. Леонтьев./ СПб. – Типография М. Меркушева. – 1895. – С. 3.

Настороженно-неодобрительное отношение имперского права к правовому обычаю, сменившееся в советский период явным его вытеснением из правового поля, привели к тому, что в настоящее время данный источник права в привычно-дежурном порядке упоминается в некоторых отраслях российского права в качестве допустимого, но подобное упоминание вовсе не приводит к реальному наделению обычая практическим значением. Теоретическое и практическое игнорирование обычая в течение многих десятилетий сформировали вокруг него образ устаревшего, косного и малоэффективного средства правового регулирования. В итоге, признание обычая в современном конституционном, гражданском, трудовом, семейном и иных отраслях российского права ставит и науку, и правоприменительную практику перед нелегким вопросом: в чем заключается содержание допускаемых законодателем к применению конкретных правовых обычаев? Количество реально функционирующих правовых обычаев настолько мало, что реальной конкуренции иным источникам права они составить не могут. При столкновении нормативно-правового акта, нормативно-правового договора и даже правоприменительной практики, с одной стороны, и правового обычая, с другой, правоприменитель, наверняка сделает выбор в пользу писаного права и практики его применения. К сожалению, в современной России отсутствует цельная система правовых обычаев, которая могла бы наряду с системой писаного права воспроизводить текущий правопорядок.

3.4. Система источников обычного права казахов

Немало источников о различных институтах, памятниках обычаев и обрядов, правилах, относящихся к правовой системе традиционного казахского общества, однако для научной оценки любой проблемы важно определить его понятийный аппарат. По нашему мнению традиционная правовая система в середине XIX века закончила свое полноценное существование. Этому способствовали с одной стороны, кризис кочевого образа жизни, многие тысячелетия господствовавшее на огромной степной территории Центральной Азии, с другой стороны реформы колониальной России, начавшиеся в двадцатые годы XIX века. Казахские традиционные законы, сохранившие основную регулирующую функцию в обществе, смогли противостоять реформам 1822-1824 годов, однако в 1867-1868 годы в связи с введением в общественную жизнь «Временных уложений», они уступили свои позиции.

В начале XX века Советская власть, используя политику геноцида и репрессий, ликвидировала законы великой степи, многие тысячелетия служившие кочевым казахам, а также ликвидировала и среду проживания кочевых казахов. Вместе с тем, Советская власть не только уничтожила обычное право казахов, но и научное изучение этого явления направило по классовому и шовинистическому руслу, и тем самым фактически создала ограничения для его объективной оценки. В этой связи система «споров» и проблема их разрешения в традиционном казахском праве требует нового осмысления и оценки и в теоретическом, и эмпирическом плане.

Известный специалист истории права Кенжалиев З.Ж. в своем исследовании о традиционной правовой культуре казахского общества дает следующую оценку: «Недостаток методики, основанной на классовом мировоззрении, заключается в переоценке своих возможностей, и таким образом она не ограничивая рамки научной истины своих уста-

новок и концепций, придает им абсолютное (вечное) значение. Это приводит к тому, что объективное значение подчиняется идеологическим интересам»³²¹.

Исследование традиционных правовых ценностей казахского народа только с точки зрения классового принципа ограничило закономерности существования права борьбой классов в экономической и социальной жизни общества. А так как традиционные законы, бывшие основным механизмом нормального существования кочевого общества, не служили верховной власти и не были инструментом эксплуатации одного класса другим классом, и таким образом они выпадали из категории общей правовой системы³²².

Традиционные законы казахского народа – это поистине свод правовых норм, обеспечивавших существование кочевого общества как государства. Собственно Казахское ханство – это не то государство, которое гарантирует эксплуатацию одного класса другим классом, наоборот это правила общежития людей, проживающих в единой хозяйственной системе, единой этнической среде и общем культурно-правовом пространстве. Безусловно, эта система сформировалась в первую очередь благодаря общим правовым ценностям. Именно эту версию взаимогармоничной, понятной основной части общества и общей для всех членов общества системы правовых ценностей, обеспечивающих согласие и мир в отношениях людей, называют системой традиционного права.

Определения правовой системы в юридической науке также согласованы с вышесказанными мнениями. Например, юрист-ученый С.А. Табанов в своем труде «Основы сравнительного правоведения» правовую систему связывает с понятием объективного или позитивного права, ученый отмечает: «система или совокупность поведения, одобренного или признанного (т.е. охраняемого) государством. Правила (порядок) поведения родов, племенных сообществ, сформированные ранее становятся устной традицией. А позже, мы знаем, появились письменные единые правила поведения (например, «Русская правда», «Семь уложений» Тауке хана и др.). В настоящее время к ним можно отнести законы, постановления, уставы, приказы и др. Главный признак права его обязательность для всех членов общества»³²³.

В этой связи возникает регулирующая функция правовых норм. Необходимо учитывать, что теории права они применяются двух случаях. Во-первых, в сфере требования соответствующих действий от человека, личности, учреждений, во-вторых, в сфере применения мер реагирования к правонарушителям при нарушении ими требований общества. «Если в первом случае норма проявляется в форме регулятора поведения, образца определенных отношений, то во втором случае – это средство оценки действия, основа для приведения правонарушителя к ответственности»³²⁴.

Таким образом, правовые нормы, порожденные общественной жизнью, признанные государством составляют единую систему. Главным условием существования ее как единой системы – это то, что все элементы этой системы неразрывно взаимосвязаны друг с другом. Для введения в казахской юридической науке в оборот понятия системы «споров» в традиционном казахском праве имеются следующие причины. Известные юристы-ученые С. Узбеков, У. Кобабаев дают такое определение традиционному казахскому

321 Кенжалиев З.Ж. Көшпелі қазақ қоғамындағы дәстүрлі құқықтық мәдениет: (теориялық мәселелері, тарихи тағлымы). – Алматы: Жеті жарғы, 1997. – 192 стр.

322 Ленин В.И. О государстве. Полн. собр. соч.Т. 39.

323 Табанов С.А. Салыстырмалы құқықтану негіздері. – Алматы: Жеті жарғы, 2003. – 464 с.

324 Табанов С.А. Салыстырмалы құқықтану негіздері. – Алматы: Жеті жарғы, 2003. – 464 стр.

праву, правовой системе: «В государствах, в которых сформировалась традиционная правовая система, на содержание и формирование права оказали влияние формировавшиеся в течении многих веков традиции и обычаи народа, которые относятся к основным источникам права»³²⁵.

В научной и научно-публицистической литературе касательно названия основного памятника обычного казахского права «Жеті жарғы» («Семь уложений») существуют различные мнения, они основаны на разных предположениях, которые не нашли полной поддержки в научной среде и иногда даже противоречат друг-другу. В настоящее время о различных мнениях в научной литературе по этому поводу, не согласующихся друг с другом, отмечается в монографическом исследовании Кенжалиева З. Он приводит этимологическое группирование понятия «Жеті жарғы» («Семь уложений»), связанных с понятием споров. В связи с тем, что на сегодняшний день существует очень много спорных моментов, касающихся этого названия, мы остановимся только на основной части этимологического анализа и понятий. Анализ этимологии ораторских, крылатых слов казахского языка, превратившихся в пословицы-поговорки, образцов ораторского искусства речи биев при решении споров с точки зрения государственно-правовой науки может привести в хорошим результатам в юридической науке. Полагаем, что совершенствование сферы этимологии, служащей национальному праву в сфере юридической науки, особенно истории государства и права, на сегодняшний день является необходимостью, стоящей перед юристами-исследователями.

Среди российских исследователей название «Жеті жарғы» касательно к правовым нормам, принятым при Тауке хане, впервые применил Н.И. Гродеков. Он долгое время служил в должности военного губернатора Сырдаринской области, относящейся к Туркестанскому генерал-губернаторству и собрал много данных по казахскому обычному праву. В определенной степени для успешной работы данного труда внесли свою лепту работавшие при нем А. Диваев, С. Асфендияров, которые были очень хорошо знакомы с казахскими властными традициями. Правила и традиции казахских обычаев, собранные ими вошли в труд Н.И. Гродекова, а некоторые сведения были опубликованы отдельно.

Главный источник традиционного казахского права «Семь уложений» Тауке хана по словам Н.И. Гродекова были основаны на старых уложениях ханов Касыма и Есима: «Хан Тауке собрал на урочище Культобе (в Сырдарьинской области) семь биев, в числе которых был знаменитый бий Толе Алимбеков, и эти бии соединили старинные обычаи ханов Касыма и Ишима (Қасым ханның қасқа жолы, Есім ханның ескі жолы) в новые обычаи, называемые – «жеті жарға»³²⁶.

Исследователь, основываясь на тексте «Жеті Жарғы» перечисляет семь правил, сообщает, что биев, решающих споры называли «жарғыш». По нашему мнению, именование биев, находящихся совете при хане «жарғышами» очень важные сведения: «При хане Тауке собрались семь биев, «жеті жарғыш»³²⁷.

В этой связи среди различных мнений-сведений касательно названий «жеті жарғы», «жарғыш» сведения Н.Н. Гродекова по причине логичности и полноты данных стоят на первом месте.

325 Өзбекұлы С., Қопабаев Ө. Мемлекет және құқық теориясы: Оқулық. - Алматы: Жеті жарғы, 2006. 264 с.

326 Гродеков Н.И. Киргизы и кара-киргизы Сырдарьинской области. Юридический быт. - Ташкент, 1889. Т. 1. 289 стр.

327 Гродеков Н.И. Киргизы и кара-киргизы Сырдарьинской области. Юридический быт. - Ташкент, 1889. Т. 1. 289 стр.

Еще одно сведение относительно названия «Жеті жарғы» в процессе судопроизводства по спорам, которое заслуживает внимания, встречается в труде А. Леонтьева «Обычное право киргиз» (1890): «Правда, ханом Тауки (Тявки) учреждено было, по народным преданиям, собрание из семи биев, как высшее судилище. Но оно действовало только при этом хане»³²⁸.

Данное мнение по вопросу «Жеті жарғы», сформированное среди российских исследователей, впоследствии было дополнено Л.А. Словохотовым и вошло в его работу «Народный суд обычного права киргиз Малой Орды». По его мнению в основе казахского народного судопроизводства, используемого в XIX веке, применялись законы Тауке хана. А также сообщалось, что эти законы сохранились в устной форме и при разрешении споров применялись наизусть: «Джыты Джарга» были изложены в афористической форме в виде кратких изречений и пословиц, которые так любил и любит киргизский народ. Значительная часть таких изречений дошла из уст в уста и до наших дней»³²⁹.

В этой работе Л.А. Словохотов касательно применения слова «уложение» к «Жеті жарғы» высказывает несогласие со следующим мнением Я.Гурлянда: «семь биев ... составили уложение, целиком основанное на древнем народном обычае – адате и тогда получившее название – «Джеты Джарга». По мнению Л.А. Словохотова «Я. Гурлянд совершенно игнорирует факт замечательной народной привязанности киргиз к своему законодателю, в котором народ видит не реформатора инструктора, а властелина, сумевшего разрозненное правосознание свести к немногим истым требованиям кочевого общежития»³³⁰.

В целом, понятие «уложение» в связи с «Жеті жарғы» в Российскую науку было внесено Г.Спасским, однако, несмотря на это, многие исследователи применяли такие понятия, как «народные законы», «постановление Хана Тявки», предложенные А.И. Левшиным³³¹.

В конце XIX века среди российских исследователей наблюдается углубление изучения обычного права казахов. Труд вышеуказанного Л.А. Словохотова считается наиболее полным исследованием, в котором изучено традиционное казахское право. С точки зрения понятий ученые рассматривают «Жеті Жарғы» в качестве основы традиционного казахского права.

Л.А. Словохотов для исследования правовых явлений широко использовавший казахскую этнографию, писал, что слово «семь» означает не только количество биев в государственном совете, но вместе с тем, дает значение полного совершенства, целостности: «Джеты по киргизский (казахский - Ж. И.) означает «семь» – число у всех народов Востока, считавшееся выражением полноты, совершенства и авторитетности. Джарга-дат. падеж от дзар (тат.) или дзор (монг.) – известие, объявление, публикация, обнародование, воззвание ср. другую транскрипцию – «жеті жарығы» – т.е. «семь святил его» (т.е. Тявки)»³³².

328 Леонтьев А.А. Обычное право киргиз. Судостройство и судопроизводство. \ Юридикеский вестник. 1890. Т. 5. 122 с.

329 Словохотов Л.А. Народный суд обычного права киргиз Малой орды \ Труды Оренбургской ученой архивной комиссии. Оренбург, 1905. Вып. XV - Древний мир казахов. Материалы, документы и исследования. 10 томдық. - Алматы: Жеті жарғы, 2005. Т. – 568 стр.

330 Словохотов Л.А. Народный суд обычного права киргиз Малой орды \ Труды Оренбургской ученой архивной комиссии. Оренбург, 1905 Вып. XV.

331 Левшин А.И. Описание киргиз-казачьих или киргиз-кайцаских орд и степей. - СПб., 1832, ч. 3, 264 стр.

332 Словохотов Л.А. Народный суд обычного права киргиз Малой орды \ Труды Оренбургской ученой архивной комиссии. Оренбург, 1905. Вып. XV - Древний мир казахов. Материалы, документы и исследования. 10 томдық. - Алматы: Жеті жарғы, 2005. Т. – 568 стр.

Здесь самое главное необходимо учитывать целостность, взаимосвязь системы обычного права в названии «Жеті жарғы». Если мы будем анализировать исследования, написанные до Октябрьской революции, то обязательно необходимо учитывать мнения вышеуказанных Н.И.Гродекова и Л.А. Словохотова.

В начале XX века были подняты много проблем истории казахского государства и права. Изучению данной сферы были посвящены труды русских исследователей, с давних пор занимавшихся изучением края, а также труды собственно казахской интеллигенции, которые активно принялись за изучение данной темы. Эти научные исследования в основной части были посвящены ханскому периоду, особенностям казахской государственности, роль биев в казахском обществе и многим другим вопросам. Краевед А.П. Чулошников, написавший о наиболее сложных и интересных вопросах по данной теме сравнивал традиционную правовую систему казахов с правилами «Яссы» периода правления Чингизхана (Великая Яса) и по его мнению эта система является превосходным результатом многолетнего судопроизводства казахского народа, сводом понятий о гражданском и уголовном праве: «В самом деле, подобно „Великой Ясе“ Чингис хана и казак-киргизское обычное право, систематизированное Тявкою, заботилось тоже не столько о предупреждениях преступлений, сколько об их ближайшем наказании»³³³.

В начале XX века среди казахской интеллигенции многие писали об обычном праве казахов. Причина этого состояла в том, что в этот период общественно-политическая обстановка в стране подверглась коренным изменениям и нормы традиционного права уже не справлялись со своей регулирующей функцией. Среди исследователей, писавших о данном противоречии в казахском обществе, о том, что обычное право не годилось уже для урегулирования даже брачно-семейных споров (калым и др.), можно назвать Ж. Акпаева, М. Дулатова, Р.Марсекова и др.

После победы революции и установления Советской власти стало мало исследователей, положительно оценивающих «Жеті жарғы» в качестве государственных законов, но встречались еще мнения о данном документе, как регулирующей споры, а также о значении данных сводов законов. А.Х. Марғұлан в своей статье о «Жеті жарғы» в «Казахской советской энциклопедии» рассматривает данный памятник права как единый документ и пишет, что его содержание состоит из семи видов споров. В «Жеті жарғы» входит семь положений. Это: 1) Имущественный закон; 2) Закон о преступлениях; 3) Военный закон; 4) Посольский закон; 5) Общественный закон; 6) Вдовый спор; 7) Спор о стоимости»³³⁴.

Мнения современных исследователей об обычном праве, в том числе о «Жеті жарғы» весьма противоречивы: во-первых авторы считают, что «жеті жарғы» это совет семи биев, и тут же, что с другой стороны «жеті жарғы» это семь установлений. Является ли это совпадение специальным или оно случайно требует глубокого научного анализа. Нелегко ответить на вопрос, почему количество биев, участвовавших в «Жарғы» равно количеству правил. Кроме того, мнение о том, что «Жеті жарғы» в основном является систематизацией законов, существовавших в степи ранее, собранных и классифицированных по семи признакам не обосновано никакими доказательствами. В нашем исследовании мы будем доказывать, что на самом деле свод норм, называемых обычным правом казахов, на самом деле не делится только на семь положений, на основании данных, мы проанализируем

333 Чулошников А.П. Очерки по истории казах-киргизского народа. - Оренбург, 1924 - Ч. 1. 382 стр.

334 Марғұлан Ә.Х. Қасым ханның қасқа жолы// ҚСЭ. - Алма-Ата, 1975.-Т. 6. 689 стр.

ем, что казахские бии общие правовые нормы не систематизировали по принципу государственное, гражданское и уголовное право.

В казахской научной литературе иногда по поводу значения «Жеті жарғы» высказываются даже не совсем научные мнения. Основная причина такого подхода заключается в том, что некоторые исследователи не придают должного значения этимологии слова «жарғы». Толыбеков С.Е. в семидесятых годах XX в своей книге, посвященной казахскому кочевому обществу слово «жарғы» объяснял как «жорға»: «Первый свод народных обычаев под названием «Джеты–жарга», составленный семью биями (точнее: «джеты–жорға–семью иноходцами) при хане Тауке...»³³⁵.

По нашему мнению «жарғы» и «жорға» абсолютно разные по значению слова. «Жарғы» – на древнетюркском языке означает указ, власть, решение³³⁶.

В словаре М. Кашгари «жар» – (йар) – напрямую связано с понятиями жару, жарғыш³³⁷.

А слово «жорға» означает походку коня, и не имеет ни какого отношения к казахскому правоведению. Мы думаем, что сравнивать слова «жорға» и «жарғы», искать их общее этимологическое происхождение неправильное направление исследования. С точки зрения правоведения это явное несоответствие.

Слово «жар» в казахском языке имеет общие корни со словом «зар» в монгольском (калмыцком) языке. Например, в монгольском языке «зар» – это оглашение, сообщение. «Зар тарах – переводится как распространение указа, сообщения. Кроме того, слово «зарга», просходящее от корня «зар» имеет смысл – прения, состязание по поводу спора, разногласие, конфликт»³³⁸.

А слова «зарға шүүх» используются в значении проверка спора, решение спора сөзі³³⁹.

Монгольское слово «заргач» в казахском языке созвучно со словом «жарғышы», означает человека, имеющего отношение в спору, власти³⁴⁰. В последние годы в научной литературе чаще встречается использование термина «Жеті жарғы» в смысле семь властей, семь правил. Востоковед Султанов Т.И. в своей книге, посвященной проблемам кочевой государственности «Жеті жарғы» переводит как «Семь установлений»: «В истории права ханского периода известен только один законодательный памятник - «Жети Жаргы» (Семь установлений)³⁴¹.

Мы думаем, что переводит «Жеті жарғы» как «семь законов» это ошибка. Мы полагаем, что это условное название, у нас нет никаких доказательств того, что законы, принятые во времена Тауке хана ограничиваются семью правилами. В источниках также не встречается систематизация норм обычного права казахов на основании одного принципа.

Академик Зиманов С.З. и профессор Усеров Н.У., в своем труде, опубликованном в последние годы, связывают данное понятие с названиями споров: «По нашему мнению оно означает «Семь установлений», «Семь указов», «Семь споров», «Семь решений». К ним относятся земельный спор, спор о стоимости, барымта, вина-наказание, налог и други-

335 Толыбеков С.Е. Кочевое общество казахов в XVII-XX веков. Алма-Ата, 1971. 379 стр.

336 Древнетюркский словарь, б.630

337 Этимологический словарь тюркских языков. - М., 1989.

338 Моңғол-қазақ толь\моңғолша-қазақша сөздік.-Улан-батыр - Өлгий, 1984.

339 Моңғол-қазақ толь\моңғолша-қазақша сөздік.-Улан-батыр - Өлгий, 1984.

340 Моңғол-қазақ толь\моңғолша-қазақша сөздік.-Улан-батыр - Өлгий, 1984.

341 Султанов Т.И. Кочевые племена Приаралья в XV-XVII вв. - М.,1982.134с.

е»³⁴². По мнению авторов статьи «Жеті жарғы» означает общее количество указов, споров, поступивших, обсужденных и решенных на совете биев, т.е. в данном мнении также преимущество предоставляется вопросу количества. С точки зрения этимологии для того, чтобы понять полностью споры, связанные с «Жеті жарғы», вместе с источниками права надо больше привлекать в научный оборот историко-этнографические сведения. Этот вопрос уже довольно долгое время озвучивается российскими учеными - исследователями государственной и правовой системы³⁴³.

Правильно воспринимать слово «жарғы» как общий совет, представительскую власть, законодательный, решающий споры орган, однако касательно слова «жеті» необходимо еще глубже изучить мнения. Понятие «жарғы» в значении совет, закон часто встречается в сведениях по истории тюрков, монголов, а наряду с цифрой «жеті» (семь) встречаются и другие цифры (например, совет биев при Джунгарском ханстве назывался найман зарго, т.е. восемь установлений).

Известный арабский путешественник Ибн Баттута в 1333 году был принят Хорезмским эмиром Кутлык-Темиром (тогда Хорезм был административной единицей Золотой орды) и он так описывает функцию «Жарғы» по решению споров в Орде: «У этого эмира было принято, чтобы кади приходил каждый день в его приемную и садился на место, отведенное для него, в вместе с ним факихи и писцы. Напротив него садился один из главных эмиров и с ним восемь старших тюркских эмиров и шейхов, называемых йаргуджи (жарғышы-Ж.И.). Люди обращаются к ним с тяжбами. Если дело относится к шариатским, то по ним решение выносит кади, а по другим делам выносят решение эти эмиры. Их решения точны, справедливы, потому что их не заподозрят в пристрастии и они не берут взятку»³⁴⁴.

Власть Кутлык-Темира в Хорезме, описанная средневековым путешественником, с небольшим перерывом продолжалась с 1321 года до 1368 года. Власть Кутлык-Темира в Хорезме, бывшего близким к одному из крупных глав Золотой Орды Узбек хану, была основана на традиционном примере местной кочевой власти. Это период наибольшего расцвета Хорезмского края, ибн Баттута в своей книге в нескольких местах также отмечает расцвет Хорезма по сравнению с ранними временами. Служба «Жарғы» во дворце Кутлык-Темира была государственным верховным судом решения спора. Вместе с тем, причастность крупных эмиров государства к службе «Жарғы» свидетельствует о том, что на этих совещаниях обсуждались самые важные меры в жизни государства.

В известном нам калмыцком источнике «Жарғы» называется «Зарго» и он состоит из 6-8 известных зайсанов, т.е. людей на государственной службе. Относительно числа зайсанов в совете при Калмыцких ханах в Джунгарском ханстве и у Волжских калмыков встречается название «найман Зарго» в верховном властном (судебном) совете, слово «найман» по калмыцки означает число «восемь». Если перевести буквально, то переводится как «совет восьми биев». Обстоятельствами данных проблем в юридической науке, специальными исследованиями монгольской, калмыцкой государственности и политических систем занималась известный ученый-юрист У.Шапахқызы, в своей работе она провела полный анализ: «При ханах действовали судебные дома, ставшие постоянными органами, Зарга – статусное место. Судебная власть является одной из ветвей политиче-

342 Зиманов С., Өсеров Н. «Жеті жарғы» жайлы\ \ Проблемы казахского обычного права - Алма-Ата: Наука. 1989, 144 стр.

343 Султанов Т.И. Кочевые племена Приаралья в XV-XVII вв. - М., 1982. 134 стр.

344 Ибрагимов Н. Ибн Баттута и его путешествие по Средней Азии. - М., 1988. 102 стр.

ской власти калмыцкого общества, учреждение зарга с одной стороны являясь хаским советом, с другой стороны является самой высшей судебной инстанцией. Членов зарга называли «заргач»³⁴⁵.

Вместе с тем специалист калмыцкой истории В.М. Бакунин о правовом совете писал следующее: «Зарго, на их языке-суд, бывает всегда при доме ханском, и присутствуют в особливой кибитке ханские первые и вернейшие зайсанги (главы родов- Ж.И.), между которыми бывают и из попов (ламы - Ж.И) по человеку и по два, на которых верность хан надежду имеет. А всех, по их древнему обыкновению, больше восьми человек не бывает. По стольку же человек бывало в Зарго и у зеньгорских ханов и главных владельцев, которых они называют еке нойон, то есть великий князь. При том суде бывает по несколько человек нарочно определенных писцов, приставов, рассылщиков и других служителей. В той же кибитке Зарге присутствующие, на их языке называются тусулукчи и заргучи, то есть советник и судья, а все вообще-сайт, то есть министры. Писцы называются бичачи «(бітікші - Ж.И.), а приставы-яргучи (ясауыл - Ж.И.). От той Зарги зависит правление всего калмыцкого народа, и в оной сочиняются отправляемые ко двору императорскому доношения и к ближайшим командирам российским письма, и указы ханские к калмыцким владельцам о публичных делах, и черныя-приносятся к хану для апробации и потом переписываются набело и припечатываются ханской печатью, которая хранится у первейшего и вернейшего его зайсанга»³⁴⁶.

Калмыцкие документы, использованные в диссертационном исследовании У. Шапахқызы, изучавшей особенности закона «Их цааз» подтверждает наше мнение о том, что институт «Жеті жарғы», входящий в состав обычного права казахов, выполняет функцию высшего государственного совета и суда при решении споров. В XVII веке – начале XVIII века в период правления Тауке хана создание совета великих биев надо рассматривать как один из путей вывода государства из затянувшегося кризиса. Во-вторых в конце XVII века геополитическая ситуация в Евразии подверглась крупным изменениям и казахскому государству со всех четырех сторон угрожала опасность. Стало ясно, что борьба между кочевниками и оседлыми народами, продолжавшаяся несколько тысячелетий, решилась в пользу последних. По этой причине в Евразийской степи стала усугубляться война между казахами и калмыками, калмыцкий (джунгарский) фактор, надвигавшийся с востока, был в поле зрения руководителей казахского государства, биев. В результате усиления внешней опасности во времена правления Тауке хана при ханской орде сформировался Верховный совет и властное место, названной «Жеті жарғы», на котором обсуждались самые серьезные проблемы общества, который решал споры, охранял спокойствие страны и народа, обсуждал актуальные вопросы внешней политики. Мы думаем, что по предложению Тауке хана на этом «жарғы» участвовали самые избранные семь биев казахского народа, и поэтому этот орган был назван «Жеті жарғы».

Во времена правления Тауке хана в состав Казахского ханства вошли семь улусов, т.е. семь административных зон. Судя по источникам, среди них, были главы трех жузов, главы киргизов, каракалпаков, курамов, сартов, и вполне возможно, что именно они были в составе «Жеті жарғы».

345 Шапахқызы У. 1640 жылғы Монғол-Ойрат заңы: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. - Алматы, 2001. - 30 стр.

346 Бакунин В.М. Описание калмыцких народов, а особливо из них торгоутского, и поступков их ханов и владельцев (сочинение 1761 года). - Элиста, 1995. 247 стр.

Регулирование системы споров в правовой сфере казахского общества охватывает все сферы общественной жизни. Вместе с тем, эти отношения наряду с правом могли регулироваться и другими факторами – обычаями, общественным мнением, религией и моральными ценностями. Современные экономические отношения требуют интенсивно развивающихся, склонных к изменениям и дополнениям регулятивной системы. Для раскрытия значения правовых норм, удовлетворяющих такие требования, мы проанализировали особенности системы «споров» в традиционном казахском праве.

В этой связи, основную совокупность составляющих частей традиционного казахского права составляют нормы обычного права, которые играют важную роль в политико-правовом развитии казахской государственности. Мы видим, что и во внутренней, и во внешней политике казахского государства организует общество, регулирует основные отношения, споры свод ценностей. Поэтому, мы постарались раскрыть проблему через определение основных правовых сторон системы «споров» в традиционном казахском праве, для полноценной характеристики его содержания необходимо глубоко проанализировать и исследовать основные законы обычаев и обрядов казахского общества. Мы стремились посредством полноценного использования источников, сведений, информации по «Жеті жарғы» определить систему «споров» в традиционном казахском праве, его понятие, состав и содержание, а также роль в регулировании споров.

Спор – это обращение народа к справедливости, решающий совет власти, законов, принятие решений, одна из мер социального значения. Многие крупные споры казахов связаны со спорами по стоимости, земельными и вдовыми спорами. Спорящие обращаются к бию. Это собрания взрослых людей. Здесь две стороны представляют ораторы-спорщики, они кидая перед собой плетку, старались донести свои доказательства ораторским искусством. При споре необходимо иметь красноречие, смекалку, во время суметь нажать на слабые места противной стороны. Спор заканчивает главный би, который вершит правосудие, т.е. он совершает большую власть, выносит приговор, заключает мир. Решения бия, аксакалов является законом и не подлежит обсуждению. Спорящие также соглашаются с ним.

Предмет спора исчисляется скотом и одна десятая часть выплачивается биям за принятие решения по спору (Жеті жарғы).

Среди казахов были и известные спорщики. В давние времена человек по имени Нау, оспаривая своего козленка, которого когда-то отдал, обратился к бию: Моя коза была полна козлят, молоко у нее - как родник. Когда я отдавал свою козу, весь народ плакал. А как ценила ее моя жена, для нее она была что верблюдица. И тогда би обратился к человеку, взявшему когда-то этого козленка: «Отдай ему одну лошадь, если он и дальше будет говорить, то возьмет двух лошадей». С тех пор в народе говорят: «Пока есть Нау, будут и споры».

Основной признак государства – наличие юридической системы, основанной на власти и подчинении и аппарата, исполняющей этот закон. В каждой стране есть закон и управление, свойственные ей. Такой закон и система управления были сформированы в давние времена и у нашего народа. В то время эти законы не были написаны на бумаге, они передавались из уст в уста учеными, интеллигентными, авторитетными людьми, аксакалами, передавались из поколения в поколения.

Эти правила, нормы, складывались в соответствии с обычаями, бытом кочевых народов, вопросы наказания за преступление, споров, справедливости решались на основе этих законов. Еще одна особенность казахских законов: наряду со справедливостью и религией,

они высоко ценили ораторское мастерство, смекалку. Поэтому народ высоко ценил справедливых судей и их справедливые решения. Народ не меньше, чем ханов почитал справедливых биев Толе, Казыбек, Айтеке, Жанкутты, Байдалы, Аккошкар, Саккулак, Кобекбай, Досбол. Сказанные ими крылатые слова, были популярны среди народа: «Ұсынған басты қылыш кеспейді» (повинную голову меч не сечет), «Аталы сөзге арсыз да тоқтайды» (справедливое слово остановит и бесчестного), «Жаңылғанға жаза жоқ» (нет наказания оступившемуся), «Барымтаға – қарымта» (око за око), «Таз қасында қисық ағаш жатпайды».

В истории казахского государства и законов справедливости, норм обычаев особенное место занимают юридические правила «Қасым ханның қасқа жолы» (особенная дорога Касым хана). Эти законы были совсем иными, чем принятые тогда в странах Востока и Средней Азии законов исламской религии «Шариғат». Это – особенное историческое произведение социально-экономического и политического положения казахского ханства. Это было первый Основной закон казахского хана «Жарғы». Он был основан на законе «ярғу», который использовался в средние века в улусах кыпчаков, шагатаев. Казахское слово «Жарғы» означает справедливость. Его коренное значение от слова «жару», что означает не перетягивая чашу весов в какую-либо сторону, решить спор честно, справедливо. Народ почитал справедливых биев, хвалили их «Қара қылды қақ жарған» (тот, кто справедливо решил спор). Решение спора без преимущества какой-либо стороне, равное решение было мерой справедливости. Основа закона Жарғы именно в этом. По своему содержанию коренная идея этого закона совпадает с идеей древней военной демократии. Источник законов казахского ханства – правила обрядов и обычаев, передававшиеся из поколения в поколения. Эти традиционные правила стали обычаями народа, это были законы, понятные народу.

Выдающийся политический деятель, военачальник, основатель казахского государства Касым хан (1511-1523 гг.), руководствуясь вышеуказанным политическим положением и пожеланиями широких слоев населения и группы биев, внес изменения в древние правила обычаев казахского народа, советуясь с биями развил их и создал законы «Жарғы». Народу было по душе, что Касым хан взял за основу законов не мусульманский «шариғат», а законы биев, сформированные издревле, народ с удовольствием принял эти законы и назвал их «Қасым ханның қасқа жолы» (Особый путь Касым хана). Положения этого закона состояли из пяти разделов, это:

1. Закон имущества (к нему относятся правила земельного, имущественного споров).
2. Закон преступления (наказание за убийство, нападение на род-племя, разграбление скота, кража).
3. Военный закон (создание войска, обязанность большинства, кара қазан, стоимость воина, скакуна).
4. Посольские ритуалы (терпимость, ораторское искусство, дипломатия в международных отношениях, совершение сделок).
5. Общественный закон (поминки, той, управление, традиции и обычаи, религия и другие ситуации в жизни народа проверялись посредством этого закона).

Законы, известные как «Қасым ханның қасқа жолы» (Особая дорога Касым хана) были основаны на военной доктрине своего времени. Причина этого: внешняя угроза, которая в эти годы все усиливалась. Перед эти распалась Золотая Орда, основанная Чингис ханом, она распалась на Золотую Орду, Синюю Орду, Белую Орду. Поэтому для сохранения целостности казахского ханства (государства) был необходим закон, соответствующий

щий сильному военному государству. На создание законов Касым хана оказали влияние и другие факторы. В частности, греческая идеология Александра Македонского, завоевавшего земли Средней Азии и Казахстана, исламская идеология арабского военачальника VIII века Кутайб, идеология буддизма, пришедшая в XIII в. с завоеваниями Чингиз хана стали преградой для религиозного, духовного, исторического, социального единства казахской государственности, казахского народа. Поэтому, законы Чингиз хана (Шыңғыс ханның «Ясасы»), господствовавшие в Золотой Орде не удовлетворили хана Белой Орды Касыма. Для укрепления ханской власти была очень необходима единая родовая, народная идеология. Дальновидный Касым хан на базе трех орд (Золотой Орда, Белая Орда, Синяя Орда) создал три крупных жуза (территориально-социальные образования) и заложил основу для реформы управления этих регионов тремя ханами.

Подводя итоги, можно сказать, что «Особый путь Касым хана» («Қасым ханның қасқа жолы»), названный «жарғы» стал первым Основным законом казахского народа. Рассматривая данный закон, в основном, как свод особо важных правил, регулирующий на правовой основе внешние дипломатические, внутренние военные и социальные отношения, мы должны оценивать его как свод законов, оказавших огромное влияние на становление и укрепление казахской государственности.

«Особый путь Касым хана» («Қасым ханның қасқа жолы») применялся около одного столетия, затем в него были внесены соответствующие дополнения и изменения и при Есим хане (1598-1645 гг.) они стали называться «Есім ханның ескі жолы («Старый путь Есим хана»).

Можно предположить, что Есим хан, издавший новый свод закон под названием «Есім ханның ескі жолы» преследовал идеологическую цель – принять этот закон для установления исламской (мусульманской) религии и превратить эту религию в политическое средство. До этого среди казахов одновременно существовали и мусульманство, и тенгрианство. Поэтому не сложно понять, что и походы Есимхана по возвращению городов с мечетями были осуществлены им в целях оседания кочевого казахского государства. Одна из особенностей законов Есим хана, в них, в отличие от законов Касым хана, впервые был использован закон о стоимости, во-вторых впервые был законодательно закреплён принцип чистоты крови среди казахского народа, т.е. формулировалось строгое правило не жениться на девушках до седьмого поколения родства.

По устным сведениям, дошедшим до наших дней, при Есим хане законы Касыма хана были дополнены следующим положением: «есть хан, пусть будет закон, соответствующий ему; есть батыр, пусть будет поход, достойный его; есть мудрец, пусть будет ему почет; есть би, пусть будет дом, достойный его принять. Эта формулировка даёт возможность сделать заключение о том, что политико-административные, военные, духовные и судебные дела были столпами казахской государственности того периода. Судя по названию «Старый путь», возможно эти положения были традиционными, сводом законов, сформированными по одной системе.

Вместе с тем, особенность казахских законов рассматриваемого периода – они сформулированы образным, удобным для запоминания языком, являются образцами ораторского искусства. Например, «справедливая власть – золотое измерение» («әділ билік - алтын таразы»), «справедливо решить спор» («қара қылды қақ жару»), «у справедливого судьи нет родственников» («тура биде туған жоқ»), «жетпеген билік жеті ұлықтың есігін ашады», «батыр - айғақ, балуан – куә», «сорғалаған қан, сойдақтаған із», «ер өлтіріп, өріс

бұзу», «ел талап, мал талау», «табандап ұрып, тап шығу», «бата тимесе қате тию», «қысасқа - қан, оқысқа - құн», «жазыққа - жаза, айыпқа - әнжі», «ханға - хандық, биге билік», «мойнына - қосақ, көтіне - тіркеу», «семсер астында серт жүрмейді», «иілген басты қылыш кеспейді», «алдыға келсе, атаңның құнын кеш», «жан алып, жат болма», «ашыққан ұры - ашынған долы», «мал ашуы - жан ашуы», «алдыраған албырт анасының қойнын ашады», «қойманы не көрген алады, не көмген алады», «ердің құны екі жүз жылқы», «ат тұяғын тай басады», «ит төлеуі бір күшік», «әке өлсе, мүлкі мұра, аға өлсе, жеңге мұра», «ерден кетсе де елден кетпейді», «дау - айтыс, барымта - қайтыс», «судың түбін шым бөгейді, даудың түбін қыз бөгейді» и др. Эти положения и в наше время в форме пословиц и поговорок сохранились в народе.

Казахские законы также нашли свое отражение в национальных традициях, обычаях, обрядах. Многие из них применялись в виде законов. Об этом свидетельствуют нижеуказанные виды традиций, обычаев, обрядов, запретов. Следовательно и обычаи нашего народа имело правовую основу. Уважение к национальным традициям также закреплено законом. В таком случае, это доказательство того, что у казахов были и закон, и правовой порядок, и юстиция. Уголовные дела рассматривали бии, вопросы обычаев и религии рассматривали кази. Жалобу на судейство рассматривал хан.

Среди правовых положений, сохранившихся до наших дней можно назвать следующие:

1. Человек, нарушивший народные традиции наказывается как нарушивший закон (Халықтың салт-дәстүрін бұзғандар заңды бұзған ретінде жазаланады).
2. Скотина, взятая в долг через год возвращается вместе с приплодом. Самка оценивается дороже, чем самец (Қарызға алған мал жыл өткен соң төлімен қайтарылады. Ұрғашы мал еркек малдан гөрі қымбатырақ бағаланады).
3. Человек, не предложивший ночлег гостю, облагается штрафом (Қонақ қондырмағанға айып бар).
4. Человек, плохо ухаживавший за гостем, достоин наказания (Қонақасы дұрыс бермегендер жазаға лайық).
5. Богатый человек обязан оказать помощь бедному (Ауқатты адамдар кедейге жәрдем беруге міндетті).
6. Жестокое обращение со скотиной – преступление (Малды және басқа жануарларды зәбірлеу – қылмыс).
7. Человек, нарушивший правило, должен быть наказан. Нарушивший клятву платит штраф (Әдеп, тәртіп бұзғандарға жаза бар. Ант бұзғанға айып бар).
8. За хулигана в ответе не только его родители, но и весь ауыл, старейшины (Тентекке әке-шеше ғана емес бүкіл ауыл, ақсақал жауап береді).
9. По человеку, умершему вследствие принятия алкоголя, не служат панихиду, и его хоронят отдельно (Арақ ішіп өлгендерге жаназа шығарылмайды және бөлек жерленеді).
10. Незамужняя беременная девушка выдается замуж без калыма (Оң жақта отырып екіқабат болған қыз қалыңмалсыз беріледі).
11. Нет уважения женщине, родившей ребенка без брака (Некесіз бала тапқан әйелге құрмет көрсетілмейді).
12. Опозорившейся девушке отрезают косу и выносят общественное порицание (Қарабет болған қыздың бұрымын кесіп, масқаралайтын заң бар).
13. Ребенок, родившийся вне брака – скверна, приплод, родивший не с срок – скверна (Некесіз туған бала - арамза да, мезгілсіз туған - төл арамза).

14. Штрафом облагает тот, кто повредил пастбище скота (Малдың өрісін, жусауын бұзғанға айып).
15. Если один из двоих в буран погибает замерзнув, то второй человек рядом с ним в волчьей шубе должен заплатить штраф (потому что одна волчья шуба может спасти в мороз двоих) (Екі адамның бірі боранда үсіп өлсе, оның жанындағы қасқыр ішікті адам құн төлейді (өйткені бір қасқыр ішік екі адамды суыққа бермейді).
16. Недисциплинированный ученик получает палкой (Тәртіпсіз шәкіртке дүре соғылады).
17. Каждый имеет право просить плату за труд. Только при асаре, уме (обычай помогать при большой работе, неотложной нужде) нельзя просить плату (Еңбегі үшін әркім ақы сұрауға хақылы. Бірақ асарда, үмеде ақы сұрауға болмайды).
18. Семье, пострадавшей от пожара, бедствия, аул, соседи должны оказать помощь (денежную, вещами, скотом) (Өртке, апатқа ұшыраған отбасына ауыл, көрші-көлем көмек (ақшалай, заттай, малдай) беруге міндетті).
19. Мужчине нельзя ходить без ножа (Ер адам қынсыз, пышақсыз, бәкісіз жүруге болмайды).
20. Единственный сын на войну не призывается. Из двух сыновей один, из пятерых трое, из восьми пятеро призываются на войну (солдатами) Соғысқа жалғыз жігіт алынбайды. Екеу болса біреуі, бесеу болса үшеуі, сегіз болса бесеуі соғысқа (сарбаз) алынады.
21. Нет суда для внука по линии дочери (Жиенге сот жоқ).
22. Женщина, похоронившая мужа, до одного года не выходит замуж (Күйеуі қайтыс болса, әйелі бір жылға дейін тұрмысқа шықпайды).
23. Мужчине, похоронившему жену, разрешается жениться, не дожидаясь окончания года траура (Әйелі қайтыс болса, ер адам жылын күтпей үйленуіне рұқсат беріледі).
24. Вдова не должна уйти из рода, она должна выйти замуж за старшего или младшего брата мужа. Если жена уходит к другому, этот вопрос решается по «вдовьему спору» (Жесір әйел «ерден кетсе де елден кетпейді», күйеуінің ағасына немесе інісіне тұрмысқа шығуға тиіс. Егер әйел басқа біреуге кететін болса бұл «жесір дауымен» шешіледі).
25. Если невеста оказалась нечестна и оно было доказано, калым должен быть возвращен стороне жениха (Қалыңдық абыройсыз болса және ол дәлелденсе, күйеу жағы қалыңмалын қайтарып алады).
26. Если жених, ранее тайно посещавший невесту, признает ее нечестной, то его слова не будут приняты (Ұрын келіп жүрген күйеу кейін қалыңдығын абыройсыз деп тапса, бұл сөзі қабылданбайды).
27. Предателей родины, народа, веры, поспешников врагов приговаривали к смерти, привязав их к хвосту лошади (Отанын, елін, дінін сатқандарға, дұшпанға жәрдемдескендерге ат құйрығына байлап өлтіретін заң болған).
28. Дом предателя, вора ставился отдельно от аула (Елге масқара болғанның, опасыздың, ұрының үйін ауылдан бөлек қалдырған).
29. Нельзя жениться на родных сестрах (Бір кісінің екі қызын қатар алуға (үйленуге) болмайды).
30. По закону степи при разводе супругов дети остаются с отцом (Дала заңы бойынша ерлі-зайыптылар ажырасқанда, балалар әкесінде қалады).
31. При выявлении бесплодия мужчины, женщина имеет право развестись с ним (Еркектің белсіздігі анықталса, әйелдің айырылысуға қақысы бар).

32. Если жена не рождает, муж разводится с ней и выделив ей причитающуюся долю, не оскорбляя, отвозит ее к родственникам (Әйел бала тумаса, ері айырылысады және зәбірлемей төркініне еншісін беріп, апарып салады).

33. Запрещается есть свинину. Если же человек испытывает голод, ему можно есть свинину, но нельзя его забирать с собой (Доңыз етін жеуге тыйым салынған. Егер аштан өліп бара жатса, рұқсат, бірақ алып кетуге болмайды).

34. Мертворожденному ребенку имя не дается, панихида по нему не служится (Өлі туған балаға ат қоймайды, намаз шығармайды).

Таким образом, становление и развитие казахского государства тесно связано с особенностями, уровнем хозяйственно-экономической, духовно-культурной жизни нашего народа. Экономическая основа казахского общества (базиса) основываясь на традициях, обычаях и обрядах, соответствуя ему, сохранив самобытные особенности, правила, сформировала политические взгляды и правовые механизмы, отражающие надстройку той политической системы. На начальном этапе передававшиеся в устной форме из уста в уста, из поколения в поколения правила и обычаи были дополнены, усовершенствованы, оформлены и утверждены государством, они были сформулированы как общеобязательные законы. Поэтому нельзя согласиться с односторонним утверждением некоторых исследователей советского периода, характеризовавших казахское обычное право, как преследующее только классовые интересы и служившее средством эксплуатации других социальных слоев.

3.5. Изучение источников обычного права кыргызов

Систему источников обычного права кыргызов составляют обычаи, традиции, эреже, наставление, судебное решение, эпосы, договоры, бата, пословицы и поговорки.

Для общества возникновение, становление, развитие и функционирование обычаев и традиций играет особую роль. Согласно Конституции Кыргызской Республики, государство заботится о развитии культуры народа Кыргызстана, сохраняя обычаи и традиции, не ущемляющие права и свободы человека³⁴⁷.

Изучение обычного права кыргызов предпринимались по инициативе русских властей во второй половине XIX века, после присоединения кыргызов к России. Для совершенствования правового регулирования общественных отношений велась письменная фиксация и кодификация обычного права кыргызов. Поэтому приговоры суда биев записывались в особую книгу и оформлялись в виде отдельного письменного документа.

Временное Положение об управлении Семиреченской и Сырдарьинской областей 1867 г. предусматривало народное судоустройство и судопроизводство для кыргызского населения на основе обычного права по делам, не имеющим политического характера. Российские власти считали, что сохранение и применение норм обычного права кыргызов позволит, во-первых, обеспечить порядок и стабильность, основанные на соблюдении обычного права, а во-вторых, отвечает интересам кочевников, которым царской властью было обещано сохранение их кочевого уклада жизни. Российские власти официально признали кыргызские обычаи одним из источников действующего права в Киргизии. Российское правительство во «Временном положении об управлении Семиреченской и Сыр-Дарьинской областями 1867г. (§181) применяло народные обычаи для разрешения дел в судах

347 Конституция Кыргызской Республики. Бишкек 2022.- с. 16.

кыргызских биев³⁴⁸. Таким образом деятельность народного суда основана на обычае. Производство дел на волостных и чрезвычайных съездах определялось обычаями.

Для регулирования общественных отношений кыргызы систематизировали действующее обычное право кыргызов - адат. Систематизация обычного права кыргызов осуществлялась на чрезвычайных съездах кыргызских биев.

Чрезвычайные съезды биев создавались один, иногда два раза в год и заседали месяцами, на них рассматривалось около тысячи разных дел.

На первом этапе чрезвычайного съезда биев участниками вырабатывались общие правила судостроительства, судопроизводства и материального права. Эти правила составлялись на основе обобщений предложений населения, судебной практики биев, оформлялись письменно и подписывались всеми биями, которые принимали участие в рассмотрении дела.

Принятый документ получил название - Эреже. Оно стало основным источником обычного права кыргызов, кодифицированного на основе изучения судебной практики биев. Нормы обычного права кыргызов, вошедшие в Эреже, применялись при решении конкретных уголовных дел, вопросов семейно-брачных и обязательственных отношений и имущественных споров в кыргызском обществе и действовали до его отмены.

Изучение Эреже чрезвычайного съезда биев представляет большой интерес для исследования правовой системы кыргызского народа. Анализ содержания норм Эреже Токмоцкого чрезвычайного съезда биев 1893 года показал ценность данного документа, как важнейшего источника кыргызского права.

С 1 по 15 мая 1893 года в Токмоке у Беркулакского моста проходил Токмоцкий чрезвычайный съезд биев. На съезде было принято эреже которое состоит из 12 глав и 103 параграфов³⁴⁹. На Токмоцкий чрезвычайный съезд биев были делегированы от каждой волости по одному бию.

По мнению составителей Эреже чрезвычайного съезда биев, укрыватели преступления, преступников или вещей, добытых преступным способом, привлекались к ответственности наравне с преступниками. Свидетеля, укрывавшего преступника, считали сообщником.

В вопросах брачно-семейных отношений в Эреже установлен следующий порядок. Заключение брака допускалось после уплаты всего калыма по договору и обычных подарков родителям или близким людям невесты. Нарушение этого положения влекло за собой различные меры наказаний. Виновник в основном платил штраф в виде девяти голов скота. Изнасилование женщин рассматривалось по общим законам империи, народные суды имели право изменять судебные издержки в пользу потерпевшей.

По нормам обычного права после смерти мужа жена по истечении года должна выйти замуж за одного из братьев покойного. Если она вышла замуж за представителя из другого рода, то он должен был уплатить родственникам умершего отдельное количество скота. Вдова свыше 35 лет по желанию могла не выходить замуж, имея детей, она могла распоряжаться имуществом своего мужа.

В Эреже рассматривались также вопросы наследственного права. Имущество делилось при жизни между наследниками по усмотрению собственника имущества. Если умерший

348 Проект положения об управлении Семиреченской и Сыр-Дарьинской областей 11 июля 1867 г. В кн. Хрестоматия по истории государства и права Кыргызстана. Т. 1 / сост. Б.И. Борубашов - Бишкек. 2019- с. 274

349 Эреже Токмоцкого чрезвычайного съезда биев 1893 г. В кн. Хрестоматия по истории государства и права Кыргызстана. Т. 1 / сост. Б.И. Борубашов - Бишкек. 2019- с. 471-495

не успел сделать раздел наследства при жизни, то наследство делили между родственниками следующим образом: из общего имущества выделяли приданое, полученное скотом, а также необходимое приданое, которое полагалось дочерям, оставшееся имущество делилось поровну между женой и сыновьями умершего.

В Эреже рассматривается ответственность за такие виды преступления, как кража, грабёж, истребление чужого имущества, барымта, подлог документов и определялись меры наказания за вышеуказанные преступления. Эреже предусмотрены смягчающие и отягчающие обстоятельства вины и соответствующие меры наказания. Например: если вор первый раз совершил преступление и у него не было с собой оружия, то мера наказания за кражу уменьшалась.

За грабёж, подлог документов, истребление чужого имущества, виновных судили по общим законам Российской империи, а за народными судами оставили право на вознаграждение за вред и убытки.

В делах барымта виновным признавался тот аул, волость или род, от которого возникло воровство или другая обида и который отказал обиженному в удовлетворении. Таким образом, барымта решалась в пользу потерпевшего за исключением исков по кунам.

Вопросы уголовной ответственности за преступления против жизни и здоровья человека подробно освещались в нормах обычного права, а именно в Эреже. За убийство человека устанавливалась уголовная ответственность и размеры куна. Полный мужской кун составлял 260 лошадей, один верблюд, сто баранов, один бегунец. Женский кун составлял половину мужского куна. За слепого, калеку от природы полагалась половина мужского куна.

За убийство беременной женщины кун за ребёнка платили отдельно. Не платили кун за убийство сумасшедшего или за известного вора или грабителя, убитого во время хулиганства. Членовредительство считалось преступлением против личности. За увечье глаз, рук, ног полагался полный кун, за другие части тела приговаривали различным количеством скота.

Кун платили близким родственникам, взыскание куна распространялось на близких родственников преступника, недостаток взысканного имущества погашался за счёт аула или волости.

Для расчётов деньгами назначали следующую цену скота: верблюд от 13 до 28 рублей; лошадь от 5 до 12 рублей, рогатая скотина от 3 до 9 рублей, баран от 1 до 3 рублей.

Долговые обязательства оформлялись в письменной форме, если долг, был сделан без расписки, то истец имел свидетелей.

По долгам платили проценты, если об этом было договорено. Если ответчик не уплатил проценты и имеется поручитель, то он обязан был возратить долг истцу. Долг по расписке взыскался с самого ответчика или его поручителя. Истец имел право на получение вознаграждения за счет ответчика за потраченное им время на получение своего имущества.

В Эреже приводится ряд составов преступлений за оскорбление личности, чести и достоинства и против нарушителей общественного спокойствия. Оскорбление чести и достоинства личности выражается в 2-х формах - словом и действием, виды наказания были разными.

За оскорбление чести человека словами обидчик приговаривался к штрафу или тюремному заключению от двух недель до одного месяца.

За нанесение лёгких телесных повреждений должностным лицам приговаривали к тюремному заключению от 2 до 6 месяцев.

Нарушитель общественного спокойствия обязан был восстановить убытки. За нарушение общественного порядка во время мероприятия нарушитель платил хозяину лошадь и халат.

На получение вознаграждения за вред и убытки, нанесённые ответчиком, имели право: лица, потерпевшие от преступления или проступка; общество, к которому принадлежал потерпевший. Вознаграждение, получаемое обществом, направлялось на уплату общественного долга, который возникает из-за противоправных действий своего члена, на исправление дорог и мостов, на уплату за юрты, на содержание кыргызской земской почты. Вознаграждение поступало скотом, финансовый отчёт о приходе и расходе представляли уездному начальнику.

Чрезвычайный съезд установил сроки давности по направлению дел, изъятых из ведения народного суда. Сроки давности по каждому рассматриваемому вопросу устанавливались по-разному: здесь учитывали не только срок давности, но и действие истца (например, если истец в течение 10 лет не предъявлял расписки и копии решений, составленных более 10 лет назад, и не потребовал об их удовлетворении, то они уничтожались и в предъявлении иска отказывалось).

Изучение основных правовых положений Эреже Токмокского чрезвычайного съезда биев даёт полное представление о тех обычно-правовых нормах, с помощью которых решались вопросы судоустройства и судопроизводства, брачно-семейные, уголовные, обязательственные и имущественные отношения кыргызов в конце XIX века.

В изучении источников обычного права кыргызов можно выделить три периода, которые отличаются временными рамками, количеством и квалификацией исследователей, концептуальными подходами и обобщающими выводами. Первый период научной разработки охватывает промежуток времени от присоединения Кыргызстана к России до установления Советской власти в регионе (1855-1917). В это время отдельные аспекты, связанные с регулированием общественных отношений кыргызов в нормах обычного права в составе Российской империи в XIX в., были исследованы дореволюционными российскими исследователями, государственными и общественными деятелями: Г. Бардашовым³⁵⁰, Ч.Ч. Валихановым³⁵¹, Э. Вульфсоном³⁵², Г.К. Гинсом³⁵³, Н.И. Гродековым³⁵⁴, Г. Загряжским³⁵⁵, А. Зуевым³⁵⁶, К.П. Кауфманом³⁵⁷, И. Козловым³⁵⁸, Н. Малышевым³⁵⁹,

350 Бардашев Г. Заметки о дикокаменных киргизах. Туркестанский сборник. – Том 95- Санкт-Петербург-1874 – 454 с.

351 Валиханов Ч. Собр. соч. в 5 томах. – Т. 2. – Алмата, 1985- 416 с.

352 Вульфсон Э. Как управляются и судятся киргизы. 1901 // Древний мир права казахов. – Т. 6. – Алматы-2005- 568 с

353 Гинс Г.К. В киргизских аулах. (Очерк из поездки по Семиречью) 1913 г. – Ташкент. <https://www.vostlit.info/Texts/Dokumenty/M.Asien/XX/1900-1920>

354 Гродеков Н.И. Киргизы и кара-киргизы Сыр-Дарьинской области // Юридический быт.– Ташкент, 1889- 544 с.

355 Загряжский Г. Заметки о народном самоуправлении у кара-киргиз. Туркестанский сборник. – Т. 95. Санкт-Петербург- 1874 – 454 с.

356 Зуев А. Киргизский народный суд 1907 г. // Древний мир права казахов: Материалы, документы и исследования. – 6-т. – Алматы -2005- 568 с

357 Кауфман К. фон. Проект отчета I по гражданскому управлению и устройству в областях Туркестанского генерал-губернаторства. 7 ноября 1867 г., 25 марта 1881 г. – СПб, 1885. – Т. VIII-503 с.

358 Козлов И. Общие основания киргизского суда // Древний мир права казахов: Материалы, документы и исследования. – 6-т. – Алматы- 2005- 568 с

359 Малышев Н. Обычное семейное право киргизов. – Ярославль, 1902- 203 с.

В. Недзвицким³⁶⁰, К.К. Паленом³⁶¹, А. Талызиным³⁶², М. Терентьевым³⁶³, А. Чайковским³⁶⁴, и А.И. Мякутиным³⁶⁵.

Следует отметить материалы, вошедшие в 600-томный «Туркестанский сборник», в котором впервые изучались нормы обычного права и социальная структура населения, его правовое положение и система общественного самоуправления. Н. Градеков в своей работе подробно изучил проблемы, связанные с происхождением кара-киргизов, родовым строем и их обычаями, степенью родства и совершеннолетия. Кроме того исследовались правовые документы пореформенного Кыргызстана, отражающие юридический быт кыргызов Сыр-Даринской области, в частности, вопросы брачных, земельных отношений (пользование землей и водой), кочевание и способы приобретения имущества, выделение сыновей и энчи. Автор не оставил без внимания и судебное производство, виды наказаний за преступления, такие как штраф, телесные наказания, кун, изгнание и посрамление, практику адата. Особо следует отметить, что эта работа Н. Градекова была составлена на основе официальных, в том числе архивных, источников и собственных наблюдений автора, а сам автор подробно раскрыл главные аспекты быта кыргызов и внес значительный вклад в обобщение и систематизацию обширного фактического материала по этой проблеме.

Исследованию обычного права кыргызов посвящены работы Г. Загряжского, Н. Изразцова, К.К. Палена, А.И. Мякутина и некоторых других, изучавших юридическую систему кыргызов в аспекте ее исторического развития.

В первой части исследования Г. Загряжского³⁶⁶ были приведены сведения о преступлениях и наказаниях, торговле, правах по обязательствам, народном суде кочевого народа, а также о доказательствах по делам тяжбы и сопряженным с преступлениями. Вторая часть посвящена наследственному праву, в том числе по духовным завещаниям. В третьей части рассматриваются вопросы собственности и обязательств по договорам личного найма, займа, заклада, хранения, поклада, поручительства, мены, ссуды, имущественного найма, аренды, доверенности, купли-продажи, дарения и находки. В целом автор осветил практически все стороны юридических обычаев кыргызов.

В работе Н. Изразцова³⁶⁷ были проанализированы проблемы, касающиеся наследственного правопреемства, имущественных прав родственников, родового союза, определения прав на зимовки и летовки, охранительных обычаев. Были исследованы осо-

360 Недзвицкий В. Административное устройство, оседлые пункты и кочевые волости Семиреченской области. – Верный, 1913 -209 с.

361 Пален К.К. Народные суды Туркестанского края. Отчет по ревизии Туркестанского края. – СПб, 1909- 311с.

362 Талызин А. Пишпекский уезд. Исторический очерк (1855-1868) // Памятная книжка Семиреченского областного статистического комитета на 1898 г. – Т. 2. – Верный, 1898 studfile.net/preview/5355246/page:28/

363 Терентьев М. Туркестан и Туркестанцы. Туркестанский сборник. Санкт-Петербург, 1873. – Том 87 - 172 с.

364 Чайковский А. Сообщается о сборах в Иссык-Кульском уезде в 1870 г. // «Туркестанские ведомости», 1872. – № 45 <https://www.academia.edu/72752397>

365 Мякутин А.И. Юридический быт киргизов. 1910 г. / Древний мир права казахов. Материалы, документы и исследования. – Т. 6. – Алматы, - 2005 г. - 568 с.

366 Загряжский Г. Заметки о народном самоуправлении у кара-киргиз. Туркестанский сборник. – Т. 95. Санкт-Петербург - 1874 - с. 272-302.

367 Изразцов Н. Обычное право (адат) кыргызов / Древний мир права казахов. Материалы, документы и исследования. – Т. 6. – Алматы – 2005. - с. 389-405

бенности судопроизводства суда биев, в частности, проблемы собирания доказательств, опроса свидетелей и доказчиков. Следовательно, в основном были рассмотрены нормы гражданских правоотношений и судебного производства.

К.К. Пален в своем труде³⁶⁸ затронул вопросы наследования, права собственности, заключения договоров, в частности личного и имущественного найма, займа, залога, поручительства, подряда, мены, купли-продажи, дарения, аренды. Кроме этого, автор особое внимание уделено таким интересным темам, как «право гостеприимства» и «находка». Он также исследовал местную судебную практику и обобщил деятельность «народных судов» народов Туркестана. Он подверг критике царящие в судах произвол и анархию. Автор предложил свой план преобразований работы местных судов, в частности, отделение судебных органов от администрации по образцу реформы 1864 г. в России.

А.И. Мякутин³⁶⁹ рассматривает вопросы вещного права и права собственности, в частности, дает общую характеристику вещных прав, раскрывает сущность общинного владения, пользования зимовыми стойбищами, кочевьями, пахотными землями, сенокосами, водными источниками, а также анализирует способы приобретения, защиты, прекращения и ограничения вещных прав (завладение, барымта). А.И. Мякутин не оставляет без внимания вопросы, связанные со сделками, раскрыл их предмет и содержание, условия заключения сделок, обряды по заключению сделок; а также обязательства, источники и элементы обязательств, относящихся к личным услугам; вопросы ответственности за убытки от небрежного исполнения обязанностей или от неосторожности, потравы чужих угодий, особенные права на возмещение ущерба. Автор довольно подробно исследовал быт кыргызов, с позиции обычного права, раскрыл содержание и сущность правовых норм, регламентирующих повседневную жизнь кыргызов.

Второй период – охватывает 1917-1991 гг. и характеризуются тем, что развитие правовой системы кыргызского народа рассматривалось исследователями с точки зрения воздействия на этот процесс новой политико-экономической формации – социализма. Второму периоду можно отнести труды ученых, изучающих материальную, духовную культуру и политико-правовую систему кыргызского народа.

В работе А.А. Сапелкина³⁷⁰ основное внимание уделено земельным правоотношениям: развитие земельной собственности, государственной ренты, формы эксплуатации и борьбы трудящихся масс против угнетателей – бай-манапов, кулаков и царской бюрократии. Важное место отводилось показу внутренней политики царизма и его отношения к развитию капиталистических элементов в крае.

Из числа кыргызских ученых-правоведов проблемы регулирования общественных отношений кыргызов изучали К.А. Альчиев³⁷¹, К. Супатаев и Ф. Тайгин³⁷².

368 Пален К. Обычное право кочевников 1910 г. / Древний мир права азахов. Материалы, документы и исследования. – Т. 6. – Алматы, - 2005. - с. 439-453.

369 Мякутин А.И. Юридический быт киргизов. 1910 г. / Древний мир права казахов. Материалы, документы и исследования. – Т. 6. – Алматы, - 2005. - с.453-560

370 Сапелкин А.А. К истории феодализма в Киргизии в конце XIX - начале XX вв. – Фрунзе, 1968. - 125 с.

371 Альчиев К.А. Гражданское право дореволюционной Киргизии // Труды Киргизского государственного университета имени 50-летия СССР. Серия: Юридические науки. Вып. 10. – Фрунзе, 1975

372 Супатаев К., Тайгин Ф. Создание и развитие Советского суда в Киргизии. – Фрунзе, 1971.- 202 с.

Крупнейшим исследователем обычного права кыргызского народа был известный ученый С.К. Кожоналиев³⁷³. Особый интерес представляет его работа «Обычное право кыргызов», в которой рассматривалось развитие правовых отношений кыргызского общества до и в период вхождения в состав России (середина XIX – начало XX вв.). В своих исследованиях он стремился к широким научным обобщениям, основывая их на богатейшем фактическом материале: архивных данных и трудах российских исследователей, изучающих общественный строй кыргызов. Ученый уделил достаточное внимание характеру изменений, произошедших в обычном праве кыргызов под влиянием шариата и политики российской администрации. Кроме того, автор проанализировал организацию судебной системы и причины сохранения судопроизводства по адату и шариату. В работе собраны восемь Эреже чрезвычайных съездов кыргызских биев и другие правовые документы, которые являются важными источниками для изучения проблем данного исследования.

Необходимо остановиться на монографии К. Нурбекова³⁷⁴, в которой освещаются: общественно-политический строй, правовые источники и право дореволюционного Кыргызстана, особенности социально-экономического строя и социальной структуры кыргызского общества, органы местного самоуправления кыргызов, а также судебное устройство по адату, дается характеристика существовавших форм собственности.

Во всех опубликованных сборниках и работах указанных исследователей содержатся преимущественно нормы уголовного и процессуального права.

Третий этап изучения обычного права кыргызского народа охватывает период с начала 1990-х г. – по настоящее время. К этому периоду относятся труды ученых-правоведов Кыргызстана.

В настоящее время отдельные вопросы обычно-правового регулирования общественных отношений освещены в трудах М.Ш. Шамилова, Ж.Ч. Тегизбековой, К.М. Матеевой, Д.М. Байгазиевой³⁷⁵, Н.С. Турсунбаевой³⁷⁶ и Н.Д. Эшмурадовой³⁷⁷.

Следует отметить, что авторы всех вышеуказанных работ сделали большой шаг в изучении отдельных аспектов обычно-правового регулирования общественных отношений дореволюционного периода. В связи с этим был проведен историко-правовой анализ и сравнительное изучение этих материалов, что позволило в той или иной степени использовать их для освещения проблемы данного научного исследования.

Таким образом, обзор историографии обычного права показывает, что имеется большое количество работ по данной проблеме. Источники по изучению обычного права кыргызов состоят из четырех блоков.

Первый блок представляет архивные материалы. Сюда относятся архивные фонды центральных государственных архивов Кыргызской Республики, Республики Казахстан и Республики Узбекистан, Архив внешней политики Российской Империи, Российский государственный военно-исторический архив.

Второй – нормативно-правовые акты Российского государства и местных органов государственной власти, документы и материалы, связанные с их правоприменением. К ним

373 Кожоналиев С.К. Обычное право кыргызов. – Бишкек, 2000. -332 с.

374 Нурбеков К. История государства и права Кыргызской ССР. – Бишкек, 1999. – 155 с

375 Байгазиева Д.М. Регулирование имущественных отношений по обычному праву кыргызов: – Бишкек, 2020. –136 с.

376 Турсунбаева Н.С. Кыргызский суд биев. – Бишкек, 2020. – 176 с

377 Эшмурадова Н.Д. Адат и шариат в кыргызском обществе. – Бишкек, 2022. – 174 с.

относятся: Свод законов Российской империи, Временное положение об управлении Туркестанской областью 1865 г.; Проект положения об управлении Семиреченской и Сыр-Даринской областей от 11 июля 1867 г.; Положение об управлении Туркестанского края 2 июня 1886 г.; Положение об управлении Акмолинской, Семипалатинской, Семиреченской, Уральской и Тургайской областями 25 марта 1891 г., Указ императора Александра по ликвидации Кокандского ханства и образовании Ферганской области от 19 февраля 1876 г. и другие.

Третий – источники обычного права кыргызов: эреже, пословицы, эпосы и поговорки. Их ценность как исторического и правового материала очень велика для исследователей. Они дают обширную информацию о правовом положении различных социальных групп, их взаимоотношениях, формах и способах взимания поземельной ренты и является основным источником для изучения обычного права кыргызов.

Четвертый – сборники документов и материалов, содержащие исторические, экономические, политические и социальные факты и сведения. Прежде всего, это отчеты представителей российской администрации в Туркестане: К.П. Кауфмана «Проект всеподданнейшего отчета по гражданскому управлению и устройству в областях Туркестанского генерал-губернаторства. 7 ноября 1867 г. - 25 марта 1881 г.» (Санкт-Петербург, 1885); П.П. Румянцева «Материалы по обследованию туземного и русского старожильского хозяйства и землепользования в Семиреченской области» (Т. 7. Пишпекский уезд. Кыргызское хозяйство. Т. 8. Пржевальский уезд. Кыргызское хозяйство. – Петроград, 1916); Г.В. Покровского, Н.И. Стогова «Статистический обзор Ферганской области за 1911 год» (Скобелев, 1914); Первая всеобщая перепись населения Российской империи, 1897 г. «LXXXV Семиреченская область» 1905 г.; Е.Н. Тейха «Материалы для статистического описания Ферганской области. Результаты поземельно-податных работ». Выпуск пятый, Ошский уезд» (Скобелев, 1910). Кроме того, это сведения Главного управления землеустройства и земледелия «Материалы по землепользованию кочевого киргизского населения Южной части Ферганской области (Ошский, Скобелевский и Кокандский уезды)» (Ташкент, 1915).

К этому блоку относится опубликованный Туркестанский сборник документов, из которого были использованы следующие работы: Терентьев М. Туркестан и Туркестанцы // Туркестанский сборник. – Т. 87 (Санкт-Петербург, 1873); Бардашев Г. Заметки о дикокаменных киргизах. Туркестанский сборник. – Т. 95; Податная система в Туркестанском крае // Туркестанский сборник. – Т. 152; Историческая справка к судебной реформе в Туркестане/ Туркестанский сборник. – Т. 533; Гинс Г.К. В киргизских аулах. (Очерк из поездки по Семиречью) 1913 г. – Туркестанский сборник. – Т. 555.

В них, в частности, содержится информация об организации и развитии управления, административных преобразованиях, формах и способах их проведения, о судах биев и государственных повинностях населения, а также приводятся некоторые памятники права.

Изучение источников обычного права кыргызов позволила получить необходимое представление по правовой системе кыргызского общества. С этой точки зрения особую научную ценность представляет изучение обычного права кыргызов как феномена социокультурной практики.

3.6. О понимании принципов права в России и Болгарии

Категория «принцип права» является в правовых системах России и Болгарии категорией надпозитивного порядка. Доктор права Софийского университета имени Святого Климента Охридского Янаки Стоилов в своей монографии «Принципы права» определяет

принципы права в качестве норм, имеющих большое значение для правового порядка, определяющих нормативные основы толкования и применения права»³⁷⁸. Он пишет, что в Болгарии принципы права демонстрируют метод нахождения правил.

Несмотря на то, что принципы права закрепляются и могут в дальнейшем закрепляться в нормах права, они с внешней стороны не совпадают с нормами права в их традиционном понимании, наполнены иным содержанием. На наш взгляд, принципы права призваны отразить тот уровень общественного правосознания, достигнутый обществом на современном этапе его политико-правовой истории, который не даёт людям скатиться в бездну исключительно-государственного произвола. На наш взгляд, принципы права в первую очередь и являются теми категориями, в которых выражено общественное правосознание. Именно в принципах права отражаются те идеальные представления, взгляды нравственно организованного общества на само право, на то, каким оно должно быть и каким образом воплощаться в нормах права. Принципы права, на наш взгляд, неразрывно связаны с правосознанием.

Большую работу по определению особой роли правосознания в жизни как конкретного индивида, так и различных социальных институтов, общества и государства проделал И.А. Ильин в своём труде «О сущности правосознания». В правосознании, по мнению учёного, прослеживаются самые важные представления общества о естественном праве и идеальном устройстве социальных институтов, роль духовно развитого правосознания при влиянии его на писанное позитивное право. В работе И.А. Ильина правосознание рассматривается по разным основаниям: общефилософскому, религиозному и антропологическому. С точки зрения И.А. Ильина, правосознание представляет собой «инстинктивное правочувствие», в котором реализуется собственная духовность и признаётся духовность других людей. Источником правосознания является религиозное чувство и совесть, без них правосознание представляет собой «чёрствую форму, лишённую дара любви и дара созерцания»³⁷⁹. И.А. Ильин подчёркивает, что правосознание является универсальной онтологической категорией, включающей идею мирового порядка, выступающей основой мироздания, определяющей социальные и правовые реалии³⁸⁰.

Принципы права и являются теми источниками выражения правосознания в правовой материи, через них преломляются народные чаяния о справедливом государственном и общественном устройстве в правовом русле, о защите человека от произвола и несправедливостей. Можно утверждать, что принципы права являются результатом, продуктом общественного, а не личного правосознания и вследствие этого им присущ характерный только для них объективизм. Вряд ли кто-либо будет отрицать необходимость закрепления и осуществления в правоприменительной деятельности принципов законности, справедливости, гуманизма, неприкосновенности личности, жилища от произвольного вторжения. Здоровое общественное правосознание наделило принципы права высоким нравственным потенциалом. Принципы права, на наш взгляд, в результате исторического генезиса общественного правосознания приобрели на сегодняшний день своё значение базовых нравственно-правовых постулатов.

378 Янаки Стоилов. Принципы права. М.: Проспект, 2022. С. 36.

379 Ильин, И.А. О сущности правосознания. Собрание сочинений. Т. IV. Москва: Русская книга, 1994. С. 149.

380 Большунов М.А. К вопросу о понятии правосознания // Вестник Самарской гуманитарной академии. - Серия: Право. - 2011. - № 2. - С. 113.

Можно согласиться с исследователем вопроса о соотношении морали и нравственности И. О. Исмаиловым, что высокоморальная личность не будет слепо подчиняться закону, а проведёт их содержание через собственную моральную оценку. Такой человек может внешне подчиниться требованиям несправедливых норм права, но будет стремиться к борьбе за их изменение, совершенствование или отмену. Ведь законы в правовом государстве всегда требуют оценки с позиции нравственности и справедливости. Существует мнение, что стремление организовать общественную жизнь только с точки зрения правовых норм, жёсткая правовая регламентация жизнедеятельности человека и общества являются способом создания тоталитарного государства³⁸¹. Принципы права не сводятся к субъективным нормам права и способны дать правотворцу и правоприменителю ориентир для создания и применения нравственно-ориентированного законодательства, отвечающего внутренним представлениям большинства членов российского общества. Эту позицию И. О. Исмаилов подчеркивает в своей монографии³⁸².

Для того, чтобы составить определение понятия «принцип права» с целью наиболее успешного его осмысления в теоретическом и практическом плане, необходимо выделить его характерные и отличительные признаки. Выявленные и аргументированные признаки понятия помогут отграничить его от иных смежных теоретических правовых конструкций, позволят увидеть сущность данной правовой категории. В связи с изложенным, ниже выделены и проанализированы правовые признаки принципов российского права, которые в полной мере способны дать ответ на вопрос чем же в сущности и являются принципы российского права в науке теории государства и права, и каково их значение для правоприменительной деятельности.

В первую очередь следует отметить, что принципы права выступают объективными категориями. Эту позицию склонно разделять подавляющее большинство исследователей принципов права³⁸³. Принципы права формируются не благодаря субъективной воле группы правотворцев, издавших нормативно-правовой акт и указавших на необходимость соблюдать принципы права в правовой деятельности. Закрепление принципов права в нормативно-правовых актах выступает лишь результатом, конечным итогом научного обобщения правового материала, итогом выявленной глубинной сущности отечественного права и итогом установления тех объективных закономерностей, на которых базируется отечественная правовая система и без которых она, по сути, существовать не способна. Принципы права не являются результатом субъективизма. Ими не следует жонглировать по своему усмотрению, наделяя их, как и обычные нормы права тем или иным «необходимым» содержанием.

Напротив, объективизм как первый и наиважнейший признак принципов российского права подтверждает, на наш взгляд, необходимость согласовывать субъективную волю

381 Исмаилов Н.О. Взаимосвязь права и нравственности в контексте справедливости // Вестник Адыгейского государственного университета. Серия 1: Регионоведение: философия, история, социология, юриспруденция, политология, культурология. - 2014. - № 1. - С. 29.

382 Исмаилов Н.О. Справедливость: концептуальные основы и актуальные проблемы: монография. Москва: НИИ ИЭП, 2016. С. 151.

383 См., например: Ткаченко А.А. Понятие и система принципов гражданского права // Политематический сетевой электронный научный журнал Кубанского государственного аграрного университета. Серия: Государство и право. Юридические науки. 2012. № 3. С. 20 ; Силюк Т.Ю., Казакова М.С. Понятие и система принципов права // Евразийская научная конференция. Сборник статей II Международной научно-практической конференции. Отв. ред. Г.Ю. Гуляев. 2018. С. 60 ; Арнаутова А.А., Кирдяшова Е.В. Соотношение принципов права и принципов юридической деятельности // Эпоха науки. - 2016. - № 6. С. 4.

и субъективные потребности узкой группы лиц с объективными потребностями и интересами населения и даже всего человечества. Объективный характер принципов права подчёркивает их высокую роль в механизме правового регулирования, свидетельствует о насущной необходимости согласовывать правоприменительные решения с глубинной природой права. Объективный характер принципов права лежит в самой природе правовой системы, а противоречащие этой природе субъективные установления подтачивают её, разрушают саму идею права. Право превращается в орудие личных интересов и амбиций и уже перестаёт иметь что-либо общее с регулированием общественных отношений. Несомненно, что в результате игнорирования тех объективных природных закономерностей, лежащих в основе принципов российского права, многие нормы правовых актов и даже целые правовые акты отторгаются общественным правосознанием и не соблюдаются. «Правовым принципам совершенно обоснованно придаётся особое значение, обусловленное их незаменимостью и обязательностью неукоснительного соблюдения»,³⁸⁴ – указывает в своей работе С.А. Мосин, подчёркивая объективный характер принципов права.

Исходя из объективных свойств принципов российского права следует отметить, что они первоначально отнюдь не формируются путём законодательной и правотворческой деятельности, не концентрируются в нормах права сами по себе, а открываются, исследуются учёными-юристами именно как объективные закономерности правосознания, познаются ими. Если нормы права и могут формироваться исключительно субъективным способом, то принципы права находят свои истоки в глубинной, природной сущности правовой системы. Нельзя просто субъективно закрепить правовую категорию, которая носит объективный характер и опирается на объективные закономерности общественного развития и правосознания, грубое игнорирование которых влечёт за собой расстройство всей правовой системы. Принципы права как таковые являются основополагающими звеньями всей правовой системы. Обоснованно соотносил принципы права с государственно правовыми закономерностями Ю.Ю. Штурцев, который писал следующее: «То что принципы права выражают логически объяснённые государственно-правовые закономерности, предупреждают возможность злоупотребления государством своей властью в процессе создания юридического права»³⁸⁵. Как государственно-правовые закономерности определял принципы права в своей работе и Ю.Ю. Ветютнев³⁸⁶.

Указанную мысль подтверждают многие юристы-исследователи. «Учёные практически единодушны в общей характеристике правовых принципов, отмечая, что это не результат субъективного усмотрения законодателей, а объективно присущие праву качества», – отмечает в своей статье К.Е. Коваленко³⁸⁷. Принципы права закрепляются в нормах права лишь тогда, когда их объективное существование установлено учёными исследователями, и когда необходимость их применения обусловлена нуждами юридической практики без их позитивистского закрепления. Иными словами, появление принципов права предшествовало их оформлению в письменной, документальной форме. Принципы

384 Мосин С.А. Свойства конституционных принципов //Правоприменение – 2021г. -№3- С. 125.

385 Штурцев Ю.Ю. Принципы права и закономерности: соотношение и взаимосвязь //Инновационная наука. - 2015.- № 5. - С. 138.

386 Ветютнев Ю.Ю. Государственно-правовые закономерности (введение в теорию). Элиста: ЗАО «НПП Джангар», 2006 С. 85.

387 Коваленко К.Е. О некоторых особенностях общих принципов права //Вестник Санкт Петербургского университета МВД России. Серия: Государство и право. Юридические науки. - 2011. - № 4 (52). - С. 20.

права по своей природе вполне могут предшествовать их позитивистскому закреплению в письменном виде. Как отмечал дореволюционный учёный-процессуалист С.В. Познышев: «Принципы сначала проникали в судебную практику, укреплялись в ней, а затем находили себе более или менее отчётливое выражение в законодательстве»³⁸⁸. Исследователи-юристы, подчёркивая объективный характер принципов права, отмечают безусловную необходимость их строгого использования при нормотворчестве и даже при проведении правовой политики. «В идеале уголовно-правовая политика государства в целом, а также все отдельные изменения, вносимые в уголовный закон, должны базироваться на уголовно-правовых принципах», - справедливо отмечает Д.Б. Дмитриев³⁸⁹. К сожалению, на сегодняшний день правотворец игнорирует необходимость учитывать объективный характер принципов права при создании новых источников права, но тем самым он противоречит самой природе права.

Таим образом, принципы права не сводимы к воле отдельных лиц, издающих нормы права, что верно по отношению к любой отрасли российского права, как бы не хотелось правотворцам и в наши дни подменить принципы права правовыми нормами. «Принципы уголовного процесса объективны по своему содержанию. Они определяются экономическими, политическими и социальными аспектами, которые существуют в обществе и отражают уровень демократизации государства на сегодняшний день», - указывает А.В. Садовников³⁹⁰.

Вторым признаком, характеризующим принципы права, следует признать закономерности правосознания. Принципы права со всей очевидностью выступают глубинными природными категориями, истоки которых можно найти, в первую очередь, не в письменных правовых источниках, но в самой правовой жизни. Те правовые ценности, которые заложены в принципах права отражают, на наш взгляд, глубинные, духовные устремления большинства членов общества. Принципы права по своей природе нравственно-ориентированы.

Развитое правосознание отражает взгляды людей на желаемое, объективно необходимое, справедливое право, в котором нет места грубому субъективизму и произволу. Термин закономерность в свою очередь характеризуется не как соответствие взглядов людей на право через абсолютное признание непогрешимости действующих на сегодняшний и вчерашний день законов. Такое понимание принципов права как объективных закономерностей правосознания, на наш взгляд, выглядело бы несколько упрощённо, хотя иногда закономерность и понимается как соответствие законам в юридическом смысле³⁹¹. Закон в вопросе о закономерностях следует понимать больше как связь и взаимозависимость каких-нибудь явлений объективной действительности³⁹². Он определяется как «внутренняя, существенная, необходимая, общая, устойчивая и повторяющаяся связь вещей, явлений»³⁹³.

388 Познышев С.В. Элементарный учебник русского уголовного процесса. Москва, 1913. С. 13.

389 Дмитриев Д.Д. Принцип равенства в уголовном праве России //Северо-Кавказский юридический вестник. – 2021 г. – №3.– С.148.

390 Садовников А.В. Действие принципов уголовного процессуального права на стадиях уголовного судопроизводства //Новый юридический вестник. – 2021. – № 9. - С. 35.

391 Ожегов С.И. Словарь русского языка: около 57000 слов / Под. Ред. Чл-корр. АН СССР Н.Ю. Шведовой. 20 е изд., стереотип. Москва: Русский язык, 1988. С. 134.

392 Там же. С. 169.

393 Петров В.А. Закономерности в праве: постановка проблемы //Вестник Нижегородского государственного уни-

В философской литературе нередко проводится различие между законом и закономерностью. «Всеобщая взаимная связь явлений носит закономерный характер. Это значит, что в любой материальной системе взаимосвязанных тел необходимым является определённый объективный порядок, естественная последовательность событий. Закономерность не следует полностью отождествлять с законом. Закономерность выражает многие связи и отношения, тогда как закон однозначно выражает лишь определённую связь, отношение»³⁹⁴. Хотя другие исследователи считают, что особой разницы между законом и закономерностью нет³⁹⁵.

Следует отметить, что термин закономерность является малоисследованным в науке теории государства и права, хотя он и открывает раздел в изучении определения понятия государства. Так, предметом теории государства и права выступают закономерности возникновения, функционирования и развития права, его сущность, структура, основные элементы, принципы, институты³⁹⁶. Вместе с тем, по мнению А.В. Петрова: «парадокс заключается в том, что если при определении предмета закономерность выделяется как основной объект юридической науки, то в дальнейшем изложении теории понятие закономерности самостоятельно больше нигде не фигурирует». «Не фиксируется и не объясняется чем являются закономерности государства или права, какие собственно закономерности государства выделяются юридической наукой, каковы их место и роль в системе научного знания»³⁹⁷.

В юридической науке пока рано отрицать наличие логических закономерностей, присутствующих в тех или иных правовых категориях. Принципы права являются определёнными закономерностями права в целом. Так, по мнению В.М. Сырых: «Принципы права, как элементы правовой науки, составляют весомую группу закономерностей права, на которых сконструирована вся правовая система»³⁹⁸. Как отмечает далее в своей работе В.М. Сырых: «Значительная часть правовых принципов обладает необходимыми свойствами объективных законов».

Из понимания принципа как руководящего начала соответствующего явления, процесса вытекает его общий, устойчивый характер. Правовые принципы обладают и необходимостью. При наличии соответствующих условий они проявляются неизбежно в системе общественных отношений независимо от их осознания и закрепления в действующем законодательстве³⁹⁹. Нельзя согласиться с позицией, высказанной в работе В.А. Петрова о том, что закономерности в праве могут проявляться лишь исключительно во внешнем, созданном деятельностью человека материальном мире. Сфера бытия правовых принципов – это правосознание, наука, т.е. область идеального⁴⁰⁰. Но вместе с тем, в сфере науки,

верситета имени Лобачевского. Серия: Государство и право. Юридические науки. - 2014. № 3-1. - С. 215.

394 Там же. С. 215.

395 Гайфутдинов А.М. Взаимоотношение педагогических понятий «закон», «закономерность», «принцип», «правило» //Казанский педагогический журнал. - 2009. - № 4. - С. 18.

396 Бабаев В.К. Общая теория права. Нижний Новгород: Изд-во Нижегородской ВШ МВД РФ, 1993. С. 85.

397 Петров А.В. Закономерности права: постановка проблемы //Вестник Нижегородского государственного университета имени Лобачевского. Серия: Государство и право. Юридические науки. - 2014. № 3-1. - С. 215.

398 Сырых В.М. Логические основания общей теории права: в 2-х т. Т. 1. Элементный состав. М.: Юридическая литература, 2004. С. 63.

399 Там же. С. 63-64.

400 Петров А.В. Закономерности права: постановка проблемы //Вестник Нижегородского государственного университета имени Лобачевского. Серия: Государство и право. Юридические науки. - 2014. № 3-1. - С. 215.

правосознания также могут иметь место определённые закономерности, которые формируют принципы права.

Законодательное оформление – лишь вторичное «открытие» принципов права для облегчения деятельности правоприменителя. Принципы права существуют исходя из глубинной, природной сущности права и их реальное применение никак не зависит от их документального оформления. Таким образом, принципы права – это такие закономерности правосознания, которые открываются учёными. С позицией о том, что принципы права лишь открываются учёными, а не субъективно вводятся законодателем согласен В.М. Сырых. Учёный справедливо утверждает, что «правовые принципы понимаются как категории правосознания и являются результатом познания юристами объективного юридического закона»⁴⁰¹. В.А. Илюхина называет принципы права открытые учёными, но не закреплённые нормативно доктринальными принципами права. Исследователь считает, что перед тем как быть закреплёнными нормативно принципы права формируются в виде идей в сознании научного сообщества и если получают всеобщее одобрение, то впоследствии получают и нормативное закрепление⁴⁰². Однако, полагаем, что независимо от того будут или не будут закреплены принципы права нормативно, в текстах законов, открытые раз и навсегда принципы продолжают существовать в реальном мире независимо от того желает или не желает правотворец закрепить их в тексте нормативного акта.

Принципы права являются закономерностями нравственно-ориентированного духовного права, а именно права, которое отвечает глубинным интересам и потребностям большинства представителей общества. Поэтому принципы права можно определить более точно, как закономерности правосознания⁴⁰³. Поскольку развитое общественное правосознание, основывается на определённых устоявшихся взглядах, сформированных в процессе исторического развития государства и права, на объективных законах природы и общества, постольку принципы права и выступают, в первую очередь, теми закономерностями, которые способны отличить правовые явления от неправовых, справедливые от несправедливых⁴⁰⁴.

Третий признак, характеризующий принципы российского права, заключается в том, что они обладают прямым правовым действием и могут применяться непосредственно при регулировании общественных отношений⁴⁰⁵. Когда заходит речь о прямом действии правовых категорий, в первую очередь, нам приходит мысль о прямом действии конституционных норм и конституционных принципов. Конституционные принципы, выступая одновременно и принципами отраслевыми, играют особую роль в правовом регулировании. Они могут помочь, не прибегая непосредственно к нормам отраслевого законодательства, найти нужный выход из создавшейся правовой ситуации. «Не секрет, что зачастую за защитой своих прав обращаются лица, не сведущие во всех тонкостях юриспруденции».

401 Сырых В.М. Логические основания общей теории права: в 2-х т. Т. 1. Элементный состав. М.: Юридическая литература, 2004. С. 423.

402 Илюхина В.А. Доктринальные принципы права: понятие специфика //Актуальные проблемы государства и права - 2021. -№ 17 - С. 13.

403 См. подробнее: Петров А.В. Система закономерностей права //Вестник Нижегородского государственного университета имени Лобачевского. Серия: Право. - 2014. - № 5. - С. 109.

404 См. подробнее: Кашанина Т.В. Эволюционные закономерности права //Актуальные проблемы российского права. 2017. № 12 (85). С. 46.

405 См. подробнее: Коновалов А.В. К вопросу о понятии принципов права //Lex Russica. - 2018. - № 8 (141). - С. 83.

«И тогда конституционные нормы и принципы приходят на помощь. Указание на нарушение своего права и ссылка на статью Конституции, без детализации норм отраслевого законодательства, позволят лицу, подающему исковое заявление, жалобу либо являющемуся ответчиком, отстаивать свои права»,⁴⁰⁶ - указывает в своей статье А. Голощапов.

Представляется, что прямое действие принципов права характерно не только для общих (конституционных), но и межотраслевых и отраслевых принципов права. Так, по мнению О.А. Кузнецовой: «если ранее принципы гражданского права имели значение, прежде всего, для правотворческого процесса, а в правоприменительную деятельность проникали опосредованно через действие конкретных гражданско-правовых норм, то сегодня, став самостоятельными правовыми нормами, они получили способность к прямому регулятивному действию. Они могут стать непосредственной основой судебного решения, правоприменительный орган может разрешить спор, руководствуясь только нормами-принципами гражданского права, не прибегая к использованию других гражданско-правовых норм»⁴⁰⁷. К сожалению, не всегда принципы права используются непосредственно и исключительно без поддержки норм права, скорее наоборот, правовые принципы оказываются лишь в роли обслуживающих нормы права категорий.

Принципы права склонны оказывать прямое регулирующее воздействие самостоятельно без всякой дополнительной, конкретизирующей нормы (совокупности правовых норм), поскольку сами по себе обладают правовым содержанием⁴⁰⁸. «Принципы права непосредственно регулируют общественные отношения и поведение их участников в процессе осуществления прав и обязанностей, возникающих из действий граждан, хотя и не предусмотренных законом, но в силу общих начал и смысла гражданского законодательства порождающих гражданские права и обязанности; при удовлетворении гражданами своих законных интересов, не получивших отражение в норме в форме субъективных прав; при конкуренции с нормами права, особо значимой разновидностью которой является прямое действие Конституции РФ», - указывает в своей работе В.Ю. Панченко⁴⁰⁹.

Несмотря на достаточно тесную связь принципов права с правовыми нормами существуют случаи прямого (непосредственного действия) принципов российского права. Принципы права действуют напрямую при аналогии права, когда нельзя применить аналогию закона и лишь исключительно принципы права способны восполнить пробел в правовом регулировании⁴¹⁰.

По мнению А.Н. Гасановой, принципы российского права не только выступают в качестве своеобразного способа устранения пробелов в праве, но и выступают в качестве источников российского права⁴¹¹. В качестве формы права предлагает рассматривать

406 Голощапов А. Прямое действие конституционных норм и принципов //Интернет-портал «Сейчас.ру». Новости России и мира [Электронный ресурс]. URL: <https://www.lawmix.ru/comm/3110>.

407 Кузнецова О.А. Прямое (непосредственное) действие принципов гражданского права //Нотариус. -2006. - № 1. - С. 37.

408 Панченко В.Ю. К теории принципов современного российского права //Теория государства и права. Сборник статей / Отв. ред. В.Д. Ардашкин; Красноярский гос. ун-т. 4-е изд., перераб. и доп. Красноярск: ИЦ КрасГУ, 2004. С. 100.

409 Панченко В.Ю. К теории принципов современного российского права //Теория государства и права. Сборник статей / Отв. ред. В.Д. Ардашкин; Красноярский гос. ун-т. 4-е изд., перераб. и доп. Красноярск: ИЦ КрасГУ, 2004. С. 100.

410 Климшен И.И. Принцип равенства участников гражданских правоотношений //Colloquium-journal –2021 г. – №2 – С. 36.

411 Гасанова А.Н. Принципы права: современные подходы //Правовое регулирование в современной России. - 2014. - № 5 (44). - С. 41.

принципы права и А.Э. Евстратов⁴¹². Это позиция представляется спорной, поскольку принципы права не отвечают в полной мере тем требованиям и признакам, которые характерны для источников права.

Как указывает О.А. Кузнецова: «помимо правовых пробелов случаем прямого действия принципов права может быть противоречивость законодательства»⁴¹³. Далее автор приводит пример, согласно которому существующая коллизия между двумя нормами равной юридической силы решается посредством применения принципов российского права. Речь в казусе шла о получении юридическим лицом лесорубочного билета от одного государственного учреждения, но об отсутствии такого разрешения от другого равноуполномоченного на то законом государственного учреждения, в результате чего последнее обратилось в арбитражный суд. Суд в удовлетворении требования отказал, указав в мотивировочной части, что «лицо, выполнившее надлежащим образом требования действующего законодательства, обуславливающее возникновение у него определённых правомочий, не может быть привлечено к ответственности лишь по причине неурегулированности взаимоотношений между органами государственного управления, поскольку это противоречит основным началам (принципам) гражданского законодательства, а именно положениям о недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела и о беспрепятственном осуществлении гражданских прав, а также неоправданно ущемляет права добросовестных участников гражданского оборота»⁴¹⁴.

В связи с этим следует согласиться, что прямое (непосредственное) действие принципов права является одновременно их основополагающим отличительным признаком, а сами принципы права могут быть положены в основу правоприменительного решения в качестве весомого и самостоятельного правового аргумента⁴¹⁵.

Следующий признак принципов российского права заключается в их высшей юридической силе. Высшая юридическая сила принципов российского права означает, что они способны оказывать более существенное воздействие на регулирование общественных отношений, чем простые нормы российского права⁴¹⁶. Все принципы не только способны применяться непосредственно, но и обладают более высоким праворегулятивным потенциалом по сравнению с нормами права. При противоречии между нормой права и правовым принципом, последний подлежит безусловному и обязательному применению. Как было указано выше, принципы права невозможно рассматривать как правовые нормы, поскольку принципы права есть более высшие по юридической силе праворегулятивные категории, с которыми обычные нормы права соперничать не в состоянии во многом по причине их тесной привязки к регулированию узкой группы общественных отношений. В это же время принципы права возвышаются над правовыми нормами и способны более эффективно урегулировать тот или иной казус, чем обычные нормы права, спо-

412 Евстратов Е.А. Принципы права в социальном государстве //Вестник Омского университета. Серия «Право». - 2016. - № 2. - С. 29.

413 Кузнецова О.А. Прямое (непосредственное) действие принципов гражданского права //Нотариус. -2006. - № 1.- С. 37.

414 Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 20.06.2003 № Ф09-1506/2003-ГК // КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочно-правовая система / ЗАО «КонсультантПлюс». Версия 2020. Режим доступа : (внутриуниверситетская компьютерная сеть).

415 Панченко К.С. Роль принципов права в современном понимании //Право и власть: основные проблемы взаимодействия в многополярном мире. Сборник трудов международной научной конференции. М., 2017. С. 504.

416 Тодоров, А.А. О доктрине права //Крымский Академический вестник. - 2019. - № 9. - С. 165.

собны отразить специфику всех общественных отношений, а не только их узкой группы. Само отождествление принципов нормами права исключило бы само существование первых. Однако именно принципы права как более высокие и значимые духовно-нравственные абсолюты могут даже ограничивать действие правовых норм⁴¹⁷.

Значение высшей юридической силы правовых принципов в процессе правоприменительной деятельности несомненно имеет большое значение, поскольку в данном случае нормы должны подчиняться принципам российского права, а правотворец должен соотносить свои знания о нравственной, духовной, высшей сущности принципов российского права с своими правотворческими намерениями. Принципы права по своей сущности призваны возвышаться над обычными нормами права, в связи с их высокой нравственной составляющей, но не нормы права должны преобладать над принципами права⁴¹⁸. И это несмотря на закрепление формулировок принципов права в нормах права, что допустимо. Однако не случайно принципы права создаются отнюдь не законодательными органами в результате проведения парламентских чтений и подписания закона, содержащего перечень принципов права. Ведь на содержание правовых принципов влияют в первую очередь, получившие признание в обществе идеи о праве и его сущности, доктрина прав человека т.д. Принципы права первоначально исходят из самой природы права, затем открываются, исследуются, получают закрепление в умах учёных-исследователей. На определённых этапах в результате эволюции научных воззрений принципы права, наконец, получают закрепление в законопроектах и в таком варианте, собственно, и предлагаются на роль правовых принципов в текстах принятых законов. Правотворцу всегда необходимо помнить, что принципы права являются более значимой правовой категорией, чем обычные нормы права вследствие самой истории их возникновения⁴¹⁹.

На сегодняшний же день мы с сожалением отмечаем, что принципам права придаётся зачастую равное, если не сказать больше, принижённое значение по сравнению с различными вновь создаваемыми нормами права. А это является существенной ошибкой правотворца. Эта ошибка снижает доверие к справедливости правовых норм в глазах граждан, уничтожает доверие к законодательной, а впоследствии и к правоприменительной деятельности, к деятельности судебной системы. Признание уже имеющей место высшей юридической силы принципов права позволило бы более эффективно разрешать юридические споры, возникающие на практике.

Следующий признак заключается в высоко-абстрактном характере принципов права. Дело в том, что принципы права в процессе правового регулирования отвечают за регулирование большего пласта общественных отношений в сравнении с обычными нормами права. Один принцип права способен урегулировать общественные отношения порой даже без помощи норм права. Хотя часто правовые принципы конкретизируются в нормах российского права, сама сущность правовых принципов призвана отразиться в нормах. Абстрактные правовые принципы, охватывающие собой целые пласты общественных отношений, закреплены, в частности, в Конституции РФ. Как указывает А. В. Виссаров:

417 Рябинин Н.А. Правовосприятие в российской государственности: проблемы и // Теория государства и права. Сборник статей / Отв. ред. В.Д. Ардашкин; Красноярский гос. ун-т. 4-е изд., перераб. и доп. Красноярск: ИЦ КрасГУ, 2004. С. 245.

418 См. подробнее: Дербина А.В. Понятие и сущность правотворчества в отечественной теории права // Ленинградский юридический журнал. - 2011. - № 3. - С. 154.

419 См. подробнее: Бойко С.В., Коннов Р.А. Понятие правотворчества // *Cooloquium-journal*. - 2019. - № 15 (39). С. 15.

наиболее общее (а именно абстрактное) содержание имеют нормы, устанавливающие исходные начала (принципы) или общие определения для правовой системы в целом или отрасли права»⁴²⁰.

Конституционные принципы права закреплены в нормах-принципах, к примеру, в главе 1 Конституции РФ «Основы конституционного строя»⁴²¹ и в других статьях Конституции РФ. Принципы права обладают более высоко-абстрактным характером в сравнении с нормами российского права. Правовые нормы, рассредоточены в законах и отраслевых нормативно-правовых актах, отвечают за регулирование более узких групп общественных отношений в рамках определённых отраслей и институтов российского права. Правовые нормы призваны воплощать внутреннюю сущность принципов российского права, не отступать от неё.

В.Д. Зорькин справедливо указывает: «в правовой литературе неоднократно подчёркивалась неосуществимость ряда конституционных предписаний без формирования законов, конкретизирующих эти предписания до той степени абстрактности, которая способна реализоваться в конкретных правоотношениях»⁴²². Возникает закономерный вопрос о том, всегда ли необходима безусловная позитивистская конкретизация принципов права в нормах российского права для снижения их абстрактности? Далее, мысль о невозможности использования принципов права, в частности, конституционных принципов права, в связи с их высокой абстрактностью развивает в своей работе А.В. Виссаров. Автор считает, что по замыслу правотворческого процесса, они (конституционные принципы права) направлены на правовое регулирование, но не могут быть реализованы в правовой системе, так как они не получили в текущем законодательстве закрепления, развития и конкретизации, которые необходимы для их практического претворения в общественных отношениях»⁴²³. Нам представляется, что с указанной позицией нельзя полностью согласиться, и принципы права, несмотря на их высокую абстрактность, нацеленность на регулирование наибольшего числа общественных отношений в области всей правовой системы, ряда отраслей права или отдельной отрасли права тем и отличаются от обычных норм права, что один принцип ответственен за целые группы правовых казусов и случаев. Эти казусы и случаи не всегда могут быть оперативно урегулированы правовыми нормами. А принципы права, напротив, обладая свойством высокой абстрактности способны разрешить большее число правовых казусов, чем нормы права. При этом решения юридических споров на основе принципов права всегда будет наиболее справедливым, законным и милосердным.

«Абстрактные принципы и положения закрепляются также в отраслевых кодексах и других законах применительно к каждой отрасли права», – указывает А.В. Виссаров⁴²⁴. Вместе с тем нужно помнить, что даже фиксация принципов права в тексте нормативных актов не снижает высокую абстрактность принципов права, не влияет на способность регулировать широкий круг общественных отношений, решать различные казусы, действо-

420 Виссаров А.В. Возможность в праве //Вопросы теории и истории государства и права. - 2013. - № 10. - С. 84.

421 Конституция Российской Федерации: принята всенародным голосованием 12.12.1993 г. (по сост. на 01.07.2020 г.) //Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. URL: <http://www.pravo.gov.ru>. Загл. с экрана.

422 Зорькин В.Д. Современный мир, право и Конституция. М.: Норма, 2010. С. 116.

423 Виссаров А.В. Возможность в праве //Вопросы теории и истории государства и права. - 2013. - № 10. - С. 84.

424 Там же. С. 84.

вать напрямую, даже без дальнейшей конкретизации. «В отличие от обычных правовых норм, нормам-принципам присуща более высокая степень обобщения, при этом регулятивные функции они выполняют как сами по себе, так и во взаимодействии и тесной взаимосвязи с обычными правовыми нормами, воздействуя на общественные отношения одновременно и на глобальном и на региональном уровне административно-правового регулирования»⁴²⁵.

Признаком принципов права выступает их гибкий характер. Он заключается в том, что принципы права могут эффективно применяться в процессе юридического толкования. Некоторые авторы уже отметили ту особую роль, которую правовые принципы играют в процессе толкования норм права, указали на их гибкость применительно к рассмотрению тех или иных общественных отношений⁴²⁶. Как указывает В.А. Сулов: «Правоприменение юридического акта всегда связано с известной коллизией: существует, с одной стороны, необходимость однозначности понимания права, так сказать, идеальное желание законодателя, с другой – объективное стремление правоприменителя толковать норму в своих интересах, обусловленное природой человеческого сознания и реальным многомыслием любой знаковой системы»⁴²⁷. «Наиболее справедливо эту коллизию могло бы разрешить толкование с использованием принципов права, - указывает О.А. Кузнецова⁴²⁸.

Действительно, принципы права в процессе правотворческой деятельности способны выступить теми самыми беспристрастными и независимыми арбитрами между правотворцем и правоприменителем. При этом именно принципы права влияют на качественное толкование правовых норм и ограничивают произвол ветвей государственной власти в процессе их непосредственной деятельности.

Первым промежуточным итогом толкования нормы права является установление определённости (ясности) или неопределённости (неясности) нормы права. «Но даже если словесный смысл правовой нормы покажется правоприменителю ясным, это не должно означать окончание процесса толкования, поскольку «ясность» правовой нормы может быть обманчива», - указывает О.А. Кузнецова. Не всегда норма права может быть однозначно уяснена и объяснена. Эффективным средством обнаружения мнимой ясности правового предписания могут быть принципы права». При этом принципы права выступают наиболее действенным критерием оценки «ясности» правовой нормы, служат цели установления её истинного объективного смысла.

Принципы права призваны выступить на первый план в процессе толкования норм права самостоятельно не тогда, когда отсутствует норма права и необходимо применить принципы права по аналогии⁴²⁹. Потребность применения принципа права или принципов права возникает и при необходимости придать большую ясность правовым нормам.

425 Нихайчик В.Е. О согласованных принципах административного права, заложенных в международные договоры // Молодой ученый. - 2021. - № 4. - С. 442.

426 См., например: Лановая Г.М. Проблемы юридического закрепления общих принципов права в отечественной правовой системе: теоретико-правовой аспект // Юридическая техника. 2020. № 14. С. 215; Вопленко Н.Н. О содержании принципов права // Принципы права: проблемы теории и практики. Материалы XI международной научно-практической конференции. В 2-х частях. Ред. совет В.М. Сырых, В.Н. Власенко. 2017. С. 77; Зажицкий В.И. Правовые принципы в законодательстве Российской Федерации // Государство и право. 1996. № 11. С. 93.

427 Сулов В.А. Герменевтический аспект законодательного толкования // Правоведение. - 1997. - № 1. - С. 88.

428 Кузнецова О.А. Проблемы правоприменения принципов права // Вестник Омского университета. Серия «Право». - 2008. - № 3 (16). - С. 25.

429 Журенко И.Н. Принципы гражданского права // Вестник науки. - 2021 - № 10. - С. 60.

Это, в частности, может также выражаться в неясности содержания правовых норм для нужд правоприменительной практики. В связи с этим принципы права играют особую роль при системном толковании норм российского права, когда необходимо провести полный, последовательный, иерархический анализ норм права. «Систематическое иерархическое толкование предполагает толкование конкретной нормы, в процессе которого устанавливается её связь с принципами права, и она понимается в том смысле, при котором не противоречит этим принципам»,⁴³⁰ - указывает О.А. Кузнецова. Таким образом, систематическое толкование предполагает объективное уяснение смысла правовых норм. В качестве примера можно привести толкование Пленумом Высшего Арбитражного суда принципа свободы договора в его специальном Постановлении «О свободе договора и его пределах»⁴³¹. В данном Постановлении сделаны важные для правоприменителя выводы. В частности с указывается, что с учётом принципа свободы договора норма, определяющая права и обязанности сторон, толкуется исходя из её существа и целей законодательного регулирования, т.е. суд принимает во внимание не только буквальное значение содержащихся в ней слов и выражений, но и те цели, которые преследовал законодатель, устанавливая данное правило⁴³².

Принципы права играют важную роль не только в толковании отдельных правовых норм, но и в толковании множества норм российского права.. Как указывает в своей статье С.Б. Поляков: «именно принципы права являются инструментом системного, телеологического, логического толкования, преодоления коллизий и пробелов в праве и создания в этих условиях новых норм»⁴³³.

Ещё один признак, конструктивно определяющий понятие «принцип права», выражен в следующем. Ранее мы указали на то, что принципы права являются объективными закономерностями правосознания, открытыми учёными, обладающими прямым (непосредственным) действием в правовом регулировании, высоко-абстрактным характером и гибкостью⁴³⁴. К этому определению следует присовокупить и то, что эти закономерности правосознания являются фундаментом правовой системы. Именно от принципов права, на наш взгляд, напрямую зависит дальнейшее развитие всей отечественной правовой системы, дальнейший процесс осуществления правотворческой и правоприменительной деятельности в целом. «Любая правовая система строится на принципах права, которые являются её фундаментом», - указывает в своей работе М.М. Симонова⁴³⁵.

Принципы права помогают понять сущность и назначение как самой правовой системы, так и той или иной отрасли права. Как указывает в своей работе О.А. Воробьёва: «при осуществлении гражданского законодательства РФ немаловажными являются принци-

430 Кузнецова О.А. Проблемы правоприменения принципов права //Вестник Омского университета. Серия «Право». 2008. № 3 (16). С. 26.

431 Постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и её пределах» //Вестник Высшего Арбитражного суда. - 2014. - № 5.

432 Волос А.А. Принципы гражданского права и их аксиология //Известия Байкальского государственного университета. - 2017. - № 2. - С. 241.

433 Поляков С.Б. Легальные и реальные принципы права // Журнал российского права. - 2018. - № 9. - С. 21.

434 Павлисова Т.Е. О пользе концепции юридического позитивизма в современной науке и правоприменительной практике // Право и государство: теория и практика.- 2020. - № 3 (183). - С. 118.

435 Симонова М.М. Содержание и значение принципов права в общественных отношениях //Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. - 2017. - № 1. - С. 31-32.

пы, с помощью которых характеризуется сущность права, его содержание и назначение в обществе⁴³⁶.

Принципы права, которые не просто выявлены, закреплены, но ещё и применяются на практике, играют прогрессивную роль в механизме правового регулирования, отражают и эффективное развитие правовой системы, которая и основывается на правовых принципах. «Объективное существование принципов права обосновывается не только их неразрывной связью с закономерностями экономической и политико-правовой жизни, на которой обычно акцентируют внимание в литературе, сколько ценностным прогрессом в развитии правовой системы»⁴³⁷. Принципы права являются тем объективным фундаментом, на котором основывается отечественная правовая система, и с помощью которого она осуществляет свое прогрессивное развитие.

Кроме того, отраслевые принципы права служат в свою очередь основой, фундаментом построения и развития отдельной отрасли права. Как обоснованно указывает в своей статье Б.Т. Разгильдиев: «принципы права служат основой как законодательной, так и правоприменительной деятельности в сфере борьбы с преступностью в отрасли уголовного права»⁴³⁸. В качестве фундамента построения отрасли семейного права рассматривает принципы права Т.В. Шершень, утверждавшая следующее. «Принципы правового регулирования семейных отношений выступают фундаментом семейно-правовых норм, их учёт обязателен при уяснении содержания и при толковании семейно-правовых норм, а также в процессе применения к семейным отношениям гражданского и семейного законодательства и решения вопроса о допустимости применения принципов гражданского права к семейным отношениям по аналогии»⁴³⁹. Как видим и в указанной точке зрения отражены выявленные нами ранее отличительные признаки принципов права.

Методологическую основу параграфа составили: системный метод, поскольку новое определение было сформировано из отдельных признаков, элементов, которые его сформировали в виде целостной системы, которая неотделима как от его отдельных элементов, метод синтеза, в результате которого из частей определения понятия принцип права было сформировано целостное определение.

Таким образом, принципы права с учётом ранее установленных признаков можно определить как объективные закономерности правосознания, открытые учёными, обладающие прямым (непосредственным) действием в правовом регулировании, высшей юридической силой, высоко-абстрактным характером, гибкостью и являющиеся фундаментом отечественной правовой системы.

На сегодняшний день многие исследователи юристы обоснованно сомневаются в ранее предлагавшихся в науке определениях понятия «принципы права». В связи с этим предлагается новое определение, которое на основе критического переосмысления ранее имевшихся точек зрения будет включать и отличительные признаки рассматриваемого понятия.

436 Воробьёва О.А. Понятие и принципы гражданского права //Балтийский гуманитарный журнал.- 2017. - №4. – С. 469.

437 Волпенко Н.Н. Понятие и классификация принципов права //Ленинградский юридический журнал. 2014. № 4 (38). С. 40.

438 Разгильдиев Б.Т. Понятие и социальное назначение принципа уголовного права //Вестник экономической безопасности. - 2009. - № 1. - С. 86.

439 Шершень Т.В. Основные начала семейного законодательства России //Вестник Омского университета. - Серия «Право». - 2008. - № 4. - С. 85.

В России и Болгарии юридическая практика нередко демонстрирует приоритет принципов права над нормами права. Принципы права – объективные категории. Вследствие чего у правоприменителя нет выбора на их соблюдение или несоблюдение, поскольку последнее приведет к негативным последствиям, вынесению несправедливых решений. Таким образом, некие общие традиции нравственного уклада жизни позволяют в России и Болгарии применять принципы права как основу справедливых правовых решений и метод познания права.

3.7. Доктрина как источник современного российского права

Доктрина – это многогранное понятие, имеющие немало научных значений. Однако в рамках настоящего изыскания нами поставлена задача выяснения только одного ее функционального значения – выполнения роли «источника права». В самом общем виде под доктриной принято понимать «устойчивую авторитетную научную теорию, лежащую в основе формирования и функционирования большинства элементов правовой системы»⁴⁴⁰, «развитую новеллистическую теорию, отражающую сложившееся научное мнение»⁴⁴¹, «научную теорию, получившую официальное признание»⁴⁴², «взгляды, завоевавшие признание»⁴⁴³, «систему идей о праве, выражающих определенные социальные интересы и определяющих содержание и функционирование правовой системы и непосредственно воздействующих на волю и сознание субъектов права, признаваемых в качестве обязательных официально государством путем ссылки на труды авторитетных знатоков права в нормативно-правовых актах или юридической практикой в силу их авторитета и общепринятости»⁴⁴⁴ и др.

Однако подобные доктринальные формулировки, очевидно, выходят за рамки одного лишь функционального значения доктрины – быть источником права. Поэтому для целей настоящего научного изыскания представляется целесообразным сужение понятия доктрины только для исследуемой функциональной роли.

Заметим, что правовая категория «источник права», имеющая немало научных формулировок, так или иначе увязывается либо с детерминантой возникновения права, «объективными условиями данной среды»⁴⁴⁵ (широкий смысл, материальный подход), либо с формой его объективации (узкий смысл, формальный подход) при очевидном доминировании последней. По словам Г.И. Муромцева, отождествление «источника права» с «формой права» является не чем иным, как «джентельменским соглашением» в современном научном мире⁴⁴⁶. Действительно, с этим трудно спорить: сложно отыскать учебник по теории государства и права, в котором излагался бы иной научный подход к «источнику права». Неудивительно, что отдельными учеными-теоретиками высказывалось предложение обеспечить теорию права «терминологической чистотой», отказав-

440 Мадаев Е.О. Доктрина в правовой системе Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. Иркутск, 2012. С. 122.

441 Голоскоков Л.В. Правовые доктрины: от Древнего мира до информационной эпохи. М.: Научный мир, 2003. С. 320.

442 Пряхина Т.М. Конституционная доктрина современной России: дис. ... д-ра. юрид. наук. Саратов, 2004. С. 27.

443 Бошно С.В. Доктрина как форма и источник права // Журнал российского права. 2003. № 12. С. 71.

444 Васильев А.А. Правовая доктрина как источник права: историко-теоретические вопросы: дис. ... канд. юрид. наук. Барнаул, 2007. С. 8.

445 Михайловский И.В. Очерки философии права. Томск, 1914. Т. 1. С. 237.

446 Муромцев Г.И. Источники права (теоретические аспекты проблемы) // Правоведение. 1992. № 2. С. 23–30.

шись от традиционного термина «источник права» и заменив его «формой права»⁴⁴⁷ или «источником норм права»⁴⁴⁸ либо использованием этого традиционного понятия в связке с прилагательным, конкретизирующим его (формальный источник, социальный источник и т.п.)⁴⁴⁹.

Отметим, что в теоретико-правовом мире сложилось немало таких терминологических традиций. К примеру, аналогичные рассуждения актуальны для такой категории, как «юридическая техника», которая очевидно подменяет собой более обширное по объему понятие – «юридическая технология».

Примечательно, что многочисленные интерпретации исследуемой научной категории – «источник права» – так или иначе сводятся к этим двум фундаментальным значениям, вопреки попыткам отдельных исследователей отыскать новые грани «источника права»⁴⁵⁰.

Добавим, что проблематика категории «источник права» не утрачивает своей актуальности: она продолжает активно обсуждаться как на уровне теоретико-правовых исследований, так и на уровне отраслевых научных изысканий. Считается, что повышенный научный интерес к рассматриваемой категории относится к началу XXI в. и обусловлен интенсификацией правовой политики Российской Федерации. Резюмируя вышеобозначенные рассуждения, важно подчеркнуть, что мы присоединяемся к тем исследователям, которые, придерживаясь традиционного формально-юридического представления об источниках права, подмечают безусловный примат содержания над формой, первостепенный характер внеправовых (доправовых) источников права⁴⁵¹.

Решая научную задачу – определения функциональной роли доктрины в качестве источника права, – важно выяснить первичные методологические предпосылки, которыми руководствуется исследователь обозначенной проблематики. Так, наибольшую значимость в этом смысле приобретает приверженность ученого к той или иной школе правопонимания. Прав М. Н. Марченко, отметивший, что решение проблемы «источника права» носит производный характер и зависит от понимания права в целом⁴⁵². Позитивистский научный концепт позволяет нам отнести доктрину к разновидности материального источника права. Интересное предложение относительно понимания доктрины как источника права высказано Е. О. Мадаевым: руководствуясь научным концептом Т. В. Гуровой, предложившей всякий раз при использовании категории «источник права», конкретизировать, о каком источнике идет речь, Е. О. Мадаев приходит к выводу о необходимости квалификации доктрины в качестве «научного источника права»⁴⁵³. В интерпретации названного ученого, получение статуса «доктрины» требует соответствия определенным критериям, в том числе научность, авторитетность, прикладной характер, регулятивный потенциал. Кстати, по поводу последнего признака в научной литературе отмечается, что если док-

447 См. об этом: Шебанов А. Ф. Форма советского права. М.: Юрид. лит., 1968. 216 с.

448 Зивс С. Л. Источники права. М.: Наука, 1981. С. 22.

449 Гурова Т. В. Актуальные проблемы теории источников права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2000. 24 с.

450 См., например: Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. М., 1995. Т. 2. С. 5; Разумович Н. Я. Источники и формы права // Советское государство и право. 1988. № 3. С. 17.

451 Радько Т. Н. Теория государства и права: учебник для вузов. М.: Академический проект, 2005. С. 361–362.

452 Марченко М. Н. Форма права: проблемы понятия и значение // Вестник Московского университета. Серия 11 «Право». 2002. № 1. С. 3.

453 Мадаев Е. О. Доктрина в правовой системе Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. Иркутск, 2012. С. 132.

трина не имеет общеобязательного значения и не содержит правил поведения, то ее вряд ли следует считать источником права в соответствующей стране⁴⁵⁴.

Словарные расшифровки значения «доктрина» исходят из такого ее родового признака, как «учение»⁴⁵⁵. Однако в действительности понятие «доктрина» обросло многочисленными, порой весьма отличающимися по содержанию трактовками. Философско-правовой термин «доктрина» понимается и как позиции ученых-юристов по каким-либо вопросам, и как научные труды, относящиеся к авторству наиболее авторитетных представителей теории государства и права, и как комментаторский научный материал, призванный разъяснить смысл тех или иных норм права, и как господствующая в государстве, обществе или менее объемном образовании система научных взглядов в отношении чего-либо. Доктрина отличается непривычной для источника права в его формально-юридическом смысле формой объективации: она находит свое непосредственное выражение в научных концепциях, теориях, идеях.

Нередко доктрина воспринимается как синоним слова «юридическая наука»: подобных высказываний немало в специальной литературе. Так, Ю.П. Еременко, размышляя о регулятивных свойствах доктрины, называет ее «юридической наукой»⁴⁵⁶; А.А. Иванов связывает доктрину с «научными школами»⁴⁵⁷; Н.Л. Гранат квалифицирует доктрину как «продукт научной деятельности»⁴⁵⁸. Подобный концепт далеко не бесоснователен с учетом того, что доктрина действительно рождается в рамках научных исследований. Однако не менее очевидно, что вся юридическая наука, независимо от ее качества, статуса, формы, не может претендовать на роль доктрины. Здесь следует согласиться с Л.И. Петражицким, проводившим четкую грань между «правом принятых в науке мнений» и «правом учений отдельных юристов или групп их»⁴⁵⁹. В рамках обсуждаемой проблематики следует сделать несколько умозаключений: не все научные исследования становятся неотъемлемой частью доктрины. В отличие от научных теорий, концепций, идей, у которых есть конкретный автор и конкретный источник опубликования, доктрина представляет собой более абстрактное явление, хоть и отражающее авторитетные позиции ученых-юристов, но не имеющее конкретного авторства. Качество доктрины, безусловно, зависит от того, является ли наука приоритетным направлением соответствующего государства; созданы ли в нем объективные условия, позволяющие ученым заниматься научными разработками; прислушиваются ли законодатель и правоприменитель к результатам соответствующих исследований. Наверное, не будет преувеличением акцентуация внимания на «современности» в каждый период времени существующей в обществе доктрины. В отличие от системы законодательства, доктрина очень «подвижна», «способна на быстрое реагирование». Примечательно, что в самом общем виде и у доктрины есть соответствующие источники, главенствующую позицию среди которых следует отнести типу

454 Рассолов М.М. Теория государства и права: учебник для вузов. М.: Юрайт, 2010. С. 356–357.

455 См., например: Большая советская энциклопедия: в 30 т. / Под ред. А.М. Прохорова и др. М., 1972. Т. 7. С. 403; Ожегов С.И. Словарь русского языка. М., 1952. С. 147 и др.

456 Еременко Ю.П. О предмете юридической науки // Личность и власть (конституционные вопросы): межвуз. сб. научных работ. Ростов-н/Дону. 1995. С. 16.

457 Иванов А.А. Теория государства и права: учеб. пос. М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2009. С. 125.

458 Гранат Н.Л. Источники права. // Юрист. 1998. № 9. С. 12.

459 Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб.: Лань, 2000. С. 464.

правопонимания, имеющему парадигмальное значение⁴⁶⁰. Доктрина, рождаясь в научной среде, в кабинетах ВУЗов и библиотеках, становится таковой в тот момент, когда ее авторитет вырастает до уровня правоприменения. Как справедливо отмечал Н.М. Коркунов: «признаком обязательности начал, выработанных наукой, может служить лишь усвоение их судебной практикой»⁴⁶¹.

Специальные научные разработки, посвященные доктрине, не обходят вниманием вопрос о поиске исчерпывающего перечня ее признаков. Так, А.А. Васильев относит к ним достоверность, обоснованность, общепринятость, гибкость, доступность для субъектов права и правоприменителей, авторитетность, добровольность действия, индивидуальность, прогностические и регулятивные качества⁴⁶². В целом поддерживая ученого в перечне предложенных им признаков доктрины, сделаем следующее общее методологическое замечание, учет которого позволит взглянуть на обозначенную проблематику более системно. Ставя научную задачу поиска признаков доктрины, следует конкретизировать, о каких признаках идет речь: квалифицирующих, основных/дополнительных, основных/факультативных, главных/второстепенных и т.д. Разумеется, исследователю надлежит определиться и с тем, что он понимает под соответствующими классификациями признаков. Так, на наш взгляд, у доктрины не так много квалифицирующих признаков, то есть таких признаков, которые демонстрируют ее сущность как явления. В этом смысле доктрина характеризуется научной обоснованностью и достоверностью, авторитетностью и регулятивностью.

Решение вопроса об отнесении/не отнесении доктрины к источникам права напрямую зависит от совокупности факторов. В их числе характер правовой системы, в отношении которой решается поставленный вопрос; научная школа правопонимания, апологетом которой выступает исследователь; наконец, сфера научных интересов такого ученого. По версии М.Н. Марченко, эволюция концепции «доктрина – источник права» связана с иудейским правом, признававшим соответствующий статус доктрины⁴⁶³.

В современном научном мире нет однозначного ответа на поставленный вопрос: является ли доктрина источником российского права, однако есть многочисленные версии и аргументы в поддержку или опровержение этой концептуальной идеи. Так, с позиции А.С. Автономова, доктрина имеет основания для получения статуса «дополнительного источника конституционного права». Вызывает сомнения квалификация доктрины в качестве именно «дополнительного» источника. Подобный тезис позволяет рассуждать о дифференциации всех источников права на основные и дополнительные, что само по себе привносит в теорию источников права новые дискуссионные вопросы.

Соблюдая научные традиции ученых, исследующих концепцию «доктрина – источник права», напомним, что доктрина напрямую упоминается в текстах соответствующих федеральных законов РФ как средство установления содержания иностранного права при его применении⁴⁶⁴. Среди источников международного права «легендарное» значение имеет

460 См. об этом: Оль П.А. Правопонимание: от плюрализма к двуединству: монография. СПб.: Юридический центр Пресс, 2005. С. 51.

461 Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб., 1904. С. 298.

462 Васильев А.А. Правовая доктрина как источник права: историко-теоретические вопросы. С. 9.

463 Марченко М.Н. Источники права: учеб. пособие. М.: ТК Велби, Изд-во «Проспект», 2005. С. 731.

464 См. об этом: Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья): Федеральный закон РФ от 26 ноября 2001 г. № 146-ФЗ (ред. от 01.07.2021) // Официальный интернет-портал правовой информации: <http://pravo.gov.ru>

Статут Международного суда ООН, в котором в качестве источников права упоминаются «доктрины наиболее квалифицированных специалистов в области публичного права»⁴⁶⁵.

Ученые-юристы, рассматривающие исследуемую нами проблематику, с осторожностью подходя к положительному решению вопроса о признании доктрины в качестве источника права, нередко именуют ее «второстепенным», «вторичным» источником, подчеркивая ее вспомогательное функциональное значение. Однако, на наш взгляд, это в некоторой степени «фиктивная квалификация». В действительности доктрина играет очень важную роль, проявляя себя применительно ко всем формам реализации права. Так, нередко именно доктрина является «первоисточником» законодательных преобразований: научные идеи, высказанные в юридической литературе, находят последующее воплощение в текстах нормативно-правовых актов.

Предлагая позитивацию нового корпуса норм, инициатор соответствующего законопроекта в пояснительной записке к нему обращает внимание на доктринальные позиции относительно предлагаемого законодательного решения. Это тоже показывает первостепенную (а не второстепенную) роль доктрины как источника права. Так, в пояснительной записке к Проекту Федерального закона № 157281-8 «О внесении изменений в Семейный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации»⁴⁶⁶ указывается: «российская правовая доктрина исходит из признания из того, что к уровню правового регулирования государственного принуждения должны предъявляться более высокие требования, ибо само по себе государственное принуждение – острое и жесткое средство социального воздействия».

В Экспертном заключении Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства по проекту федерального закона «О внесении изменения в статью 1260 части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» отмечается: «в российской доктрине и судебной практике вопрос о том, может ли получить авторско-правовую защиту производное или составное произведение, созданное без согласия автора оригинального произведения, в течение длительного периода вызывал споры»⁴⁶⁷. Примечательно, что Совет при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства, формулируя свою позицию по законопроекту, находящую отражение в соответствующих экспертных заключениях, достаточно часто апеллирует к доктрине, в некоторых случаях даже со ссылками на конкретные научные источники. Так, в Экспертном заключении по проекту федерального закона № 103072-8 «О внесении изменения в статью 235 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и регулировании отдельных правоотношений по принудительному изъятию

(дата опубликования: 01 июля 2021 г.); Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации: Федеральный закон РФ от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ (ред. от 07.10.2022) // (дата опубликования: 07 октября 2022 г.).

465 Статут Международного суда ООН 1945 // Международное публичное право. Сборник документов. Том 1. М., 1996. С. 13–14.

466 Проект Федерального закона № 157281-8 «О внесении изменений в Семейный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (ред., внесенная в ГД ФС РФ, текст по состоянию на 04.07.2022). [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 13 декабря 2022 г.).

467 Экспертное заключение по проекту федерального закона «О внесении изменения в статью 1260 части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»: принято на заседании Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 29 сентября 2022 г. № 222-2/2022. [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 13 декабря 2022 г.).

имущества»⁴⁶⁸ процитировано замечание из комментария к ГК РФ, подготовленного под редакцией И. С. Зыкина, А. В. Асоскова и А. Н. Жильцова: «в доктрине отмечается, что норма статьи 1194 ГК РФ «является исключением из общего правила пункта 2 статьи 1 ГК о том, что ограничения гражданских прав возможны только на основании закона. В данном случае Федеральный закон – Гражданский кодекс – делегирует право на введение ограничений Правительству»⁴⁶⁹.

Примечательно, что, принимая руководящие правоприменительные акты разъясняющего толка, высшие судебные инстанции также зачастую обращают внимание на доктрину, а именно те позиции, которые высказываются в ней по поводу спорной ситуации, ставшей предметом соответствующего акта применения права. Стало быть, и правоприменение не обходится без первоначального учета доктрины как источника права, однако это случается далеко не каждый раз. Так, в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 27 июня 2017 г. № 23 специально отмечено: «при оценке заключения эксперта суд учитывает наличие в нем ссылок на нормы иностранного права, практику их официального толкования и применения, включая разъяснения судебных инстанций, примеры разрешения сходных конфликтных ситуаций, выдержки из правовой доктрины»⁴⁷⁰. Несмотря на то, что процитированное разъяснение адресовано правоприменителю и направлено на разъяснение порядка оценки заключения эксперта, оно имеет важное значение для понимания функциональной роли доктрины как материального источника современного российского права.

Стоит подчеркнуть, что ссылка на правовую доктрину характерна для правоприменительных актов Конституционного Суда РФ. Например, в Постановлении Конституционного Суда РФ от 07 марта 2017 г. № 5-П отмечается: «именно уголовно-правовой, а не уголовно-процессуальной ответственности, поскольку последняя в российской правовой доктрине понимается как ответственность за нарушение уголовно-процессуального права, что, конечно, не имеет в виду оспариваемая норма»⁴⁷¹. Вообще деятельность Конституционного Суда РФ преимущественно связана с толкованием. Как справедливо подчеркивается в научной литературе, такое толкование носит нормативно-доктринальный характер. Примечательно в этом смысле широко известное Особое мнение судьи Н. В. Витрука к Постановлению Конституционного Суда РФ от 11 декабря 1998 г. № 28-П⁴⁷². В указанном особом мнении Н. В. Витрук, апеллируя к доктринальному (научному) толкованию положения, содержащегося в части четвертой статьи 111 Конституции РФ, ссыла-

468 Экспертное заключение по проекту федерального закона № 103072-8 «О внесении изменения в статью 235 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и регулировании отдельных правоотношений по принудительному изъятию имущества» [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 13 декабря 2022 г.).

469 Комментарий к разделу VI «Международное частное право» части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный). Отв. ред. И. С. Зыкин, А. В. Асосков, А. Н. Жильцов. // М., Статут, 2021. С. 121.

470 О рассмотрении арбитражными судами дел по экономическим спорам, возникающим из отношений, осложненных иностранным элементом: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 июня 2017 г. № 23 // Российская газета. № 144. 04 июля 2017 г.

471 Постановление Конституционного Суда РФ от 07 марта 2017 г. № 5-П «По делу о проверке конституционности пункта 1 части третьей статьи 81 и статьи 401.6 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами гражданина А. Е. Певзнера» // Официальный интернет-портал правовой информации: <http://www.pravo.gov.ru> (дата опубликования: 15 марта 2017 г.).

472 Особое мнение судьи Н. В. Витрука к Постановлению Конституционного Суда РФ от 11 декабря 1998 г. № 28-П «По делу о толковании положений ч. 4 ст. 111 Конституции РФ» [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 13 декабря 2022 г.).

ется на комментаторскую литературу⁴⁷³. И это далеко не единственный пример. Так, судья Конституционного Суда РФ А.Л. Кононов неоднократно прибегал к ссылкам на научные позиции: в одном особом мнении – есть ссылки на специальный доклад Уполномоченного по правам человека, также мнение профессора М.А. Краснова⁴⁷⁴; в другом – на российского юриста С.С. Алексеева⁴⁷⁵.

Интересное замечание обнаружено в Решении МКАС при ТПП РФ от 30 ноября 2011 г. по делу № 264/2010. В этом решении напрямую обращается внимание на необходимость обращения к комментаторской научной литературы для принятия решения по спорному делу: «состав арбитража считает обоснованным обратиться к толкованию соответствующего вопроса, которое является преобладающим в судебной-арбитражной практике и доктрине. Большинство комментаторов придерживается точки зрения о том, что для договоров купли-продажи, предусматривающих перевозку товаров, следует брать за основу обстоятельства, которые сложились в месте назначения товара»⁴⁷⁶.

Еще одним важным вектором непосредственной опоры на доктрину выступает разработка документов стратегического, политико-правового характера. Примечательно, что один из типов таких документов получил одноименное наименование – «доктрина». Так, в Российской Федерации утверждены и действуют Морская доктрина РФ⁴⁷⁷, Доктрина продовольственной безопасности РФ⁴⁷⁸, Доктрина энергетической безопасности РФ⁴⁷⁹, Доктрина информационной безопасности РФ⁴⁸⁰, Военная доктрина Российской Федерации⁴⁸¹ и др.

Все перечисленные выше формы использования доктрины в качестве источника права свидетельствует о ее регулятивном характере, опосредованном воздействии на общественные отношения. Однако формально-юридический концепт понимания источника права по-

473 Комментарий к Конституции Российской Федерации. Общая редакция Ю.В. Кудрявцева. М.: Фонд «Правовая культура», 1996. С. 465; Комментарий к Конституции Российской Федерации. Ответственный редактор Л.А. Окуньков. М.: Издательство БЕК, 1996. С. 477.

474 Особое мнение судьи А.Л. Кононова по Определению Конституционного суда РФ от 2 апреля 2009 г. № 484-О-П по жалобам граждан С.М. Шимоволоса, А.В. Лашманкина, Д.П. Шадрина о нарушении их конституционных прав положением ч. 5 ст. 5 Федерального закона «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетировании». [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 13 декабря 2022 г.).

475 Особое мнение судьи А.Л. Кононова по Определению Конституционного Суда РФ от 04 декабря 2007 г. № 797-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Кара-Мурзы Владимира Владимировича на нарушение его конституционных прав положением пункта 3.1 статьи 4 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации»». [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 13 декабря 2022 г.).

476 Решение МКАС при ТПП РФ от 30 ноября 2011 г. по делу № 264/2010 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 13 декабря 2022 г.).

477 Об утверждении Морской доктрины Российской Федерации: Указ Президента РФ от 31 июля 2022 г. № 512 // Официальный интернет-портал правовой информации: <http://pravo.gov.ru> (дата опубликования: 31 июля 2022 г.).

478 Об утверждении Доктрины продовольственной безопасности Российской Федерации: Указ Президента РФ от 21 января 2020 г. № 20 // Официальный интернет-портал правовой информации: <http://www.pravo.gov.ru> (дата опубликования: 21 января 2020 г.).

479 Об утверждении Доктрины энергетической безопасности Российской Федерации: Указ Президента РФ от 13 мая 2019 г. № 216 // Официальный интернет-портал правовой информации: <http://www.pravo.gov.ru> (дата опубликования: 14 мая 2019 г.).

480 Об утверждении Доктрины информационной безопасности Российской Федерации: Указ Президента РФ от 05 декабря 2016 г. № 646 // Официальный интернет-портал правовой информации: <http://www.pravo.gov.ru> (дата опубликования: 06 декабря 2016 г.).

481 Военная доктрина Российской Федерации: утв. Президентом РФ 25 декабря 2014 г. № Пр-2976 // Российская газета. № 298. 30 декабря 2014.

звolyет квалифицировать в качестве источника права только такие источники, которые обеспечены силой государственного принуждения, что, очевидно, нехарактерно для доктрины. Уникальность доктрины как источника права с позиции материальной концепции источников права заключается в отсутствии потребности в санкционировании доктрины: ее регулятивный потенциал включается не в момент публично-властного принуждения, а в момент ее возникновения в силу авторитета соответствующего ученого или группы ученых, придерживающихся схожих взглядов в отношении какой-либо конкретной проблематики.

Продолжая нить рассуждений в рамках научного концепта «доктрина – источник права», заметим, что доктрина выполняет аксиологическую функцию: именно благодаря ей формируются актуальные времени правовые ценности, достигается должный уровень правосознания, правовой культуры и правового воспитания. При этом на примерах, приведенных выше, мы продемонстрировали, как доктрина влияет на законотворческий процесс, последующее правовое регулирование, правоприменение, правовую политику. Однако это лишь частные случаи подобного взаимодействия. В действительности влияние доктрины гораздо масштабнее. В этом смысле стоит поддержать тех ученых, которые подмечают особенное свойство доктрины – менять свой статус, «растворяясь» в религии, правоприменительной практике, законодательстве и иных формах и источниках права⁴⁸².

Весьма интересное и заслуживающее поддержки замечание сделано в широко известной Концепции системы классификации правовых актов РФ от 29 сентября 1999 г.⁴⁸³. Так, в указанной Концепции предлагается при классифицировании действующей в России системы прав и законодательства учитывать настолько, насколько это возможно, и научную доктрину, которая может быть представлена в виде теоретических работ, комментариев законодательства, в том числе и предложений по совершенствованию действующего законодательства. Конечно, если систематизировать все высказанные в научной литературе предложения по совершенствованию российского законодательства, а также вести постоянную актуализацию этих предложений, то по крайней мере это существенно облегчит работу законодателя. Возможно, такая систематизация будет способствовать более оперативному реагированию законодателя на назревшие в обществе социально-экономические, политические и иные проблемы, требующие законодательного решения. Аксиомой в юриспруденции стало утверждение о том, что право всегда объективно не поспевает за развитием общественных отношений, в результате чего многие отношения находятся в состоянии правового вакуума, другие – в состоянии, требующем существенной коррекции нормативной платформы. В этом смысле именно доктрина «первой» реагирует на эти изъяны системы законодательства, а также соответствующие им проблемы правоприменительной практики.

Резюмируя вышеизложенное, отметим следующее. Доктрина, являясь частью российской правовой системы, выполняет роль первичного материального источника права, который, рождаясь в научной среде в форме концепций, теорий, идей, трансформируется, меняя свою объективную конфигурацию, в правовые нормы, правоприменительные решения, наконец, правосознание в целом, оказывая через них регламентирующее воздействие на общественные отношения. К числу квалифицирующих признаков правовой док-

482 См., например: Гамбаров Ю.С. Гражданское право: В 2 т. М., 1911. Т. 1: Часть общая. С. 334.

483 Концепция системы классификации правовых актов РФ от 29 сентября 1999 г. (подготовлена АО «Консультант Плюс» в рамках исполнения государственного заказа по поручению Российского фонда правовых реформ) [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 13 декабря 2022 г.).

трины следует отнести 1) научную обоснованность и достоверность, 2) авторитетность и 3) регулятивный характер. При этом доктрина характеризуется и иными признаками, носящими второстепенный по отношению к квалифицирующим признакам характер.

Регламентирующее воздействие доктрины особенно отчетливо прослеживается через следующие формы трансформации доктрины в правила поведения: 1) при обосновании нового корпуса норм или коррекции имеющегося в рамках пояснительных записок к законопроектам, экспертным заключениям на законопроект и прочих аналогичных документов; 2) при принятии высшими судебными инстанциями руководящих правоприменительных актов – источников официального толкования; 3) в правоприменительном процессе, особенно при принятии решений, требующих учета судейского усмотрения; 4) при разработке документов стратегического, политико-правового характера, нередко именуемых «доктриной».

Усиление функциональной роли доктрины в качестве материального источника права – это значимый показатель, отражающий как уровень развития правовой культуры и правосознания общества в целом, так и уровень демократичности государства в частности. Поэтому важным вектором развития современного российского государства следует признать поддержку науки, в том числе должного внимания законодателя к правовым аспектам этого вида деятельности⁴⁸⁴.

3.8. Правовая доктрина как источник права в России и Болгарии: сравнительный анализ

Статус правовой доктрины по отношению к источникам права – один из классических спорных вопросов теории права.

Актуальность темы исследования обусловлена потребностями совершенствования правовой системы России и Болгарии, необходимостью поиска новых подходов к исследованию и практическому использованию традиционных юридических категорий.

Видится, что в юридической науке уделяется недостаточное внимание доктринальным, научным представлениям о праве. Вместе с тем, правовая доктрина как система господствующих в обществе представлений о праве способна не только отражать юридическую действительность, но и творчески преобразовывать ее.

В этой связи, в данной статье мы попытаемся внести свой вклад в прояснение этого вопроса, синтезируя исследовательский опыт авторов из России и Болгарии, обозначая риски и преимущества закрепления правовой доктрины в качестве источника права.

Теоретическую основу исследования составили работы отечественных и зарубежных авторов по общей теории государства и права: Коркунов, Н. М., Марченко, М. Н., Русчев, И., Хвостов, В. М., Виноградов, П. Г., Сорокин, В. В., Пухта, Г. Ф. и др.

В юридической литературе сложилось три подхода относительно места правовой доктрины в системе источников права: 1) отрицание статуса правовой доктрины в качестве источника права; 2) признание правовой доктрины косвенным источником права; 3) обоснование самостоятельной и доминирующей роли правовой доктрины в правообразовании.

Во-первых, в российской и в болгарской, как впрочем, и континентальной юридической науке большинством учёных отрицается регулятивная функция правовой доктрины, её способность быть источником права.

484 См. об этом: Феномен научного права: коллективная монография / Под ред. А.А. Васильева. Барнаул: АЗБУКА, 2021. С. 7.

Так, в начале прошлого столетия знаменитый российский теоретик права Н.М. Коркунов писал: «... субъективное сознание действительно является как бы фокусом, в котором сосредотачивается действие всех факторов правообразования. Но источником права в техническом смысле оно не может быть признано, потому что субъективное сознание какой-либо нормы не есть признак её общеобязательности, не есть форма её объективирования».⁴⁸⁵

Таким образом, Н.М. Коркунов отказывался признать правосознание (словами автора «субъективное сознание») источником права в формально-юридическом смысле как форму выражения и закрепления права по тем причинам, что человеческое сознание (в том числе наука о праве) лишено свойства определённости и однозначности, так как мысли и взгляды различаются от человека к человеку, а потому не ясно какое из мнений является общеобязательным.

Эта позиция подчеркивает субъективный характер доктринального анализа. Особое внимание уделяется неопределённости его результатов. Подобная критика доктрины как потенциального источника права стоит в связи с понятием регулирования как процесса управления, стремящегося к точным результатам, и правовой определённости как принципа их гарантии. В современном правовом государстве идея об определённости права с доктриной о требованиях к «качеству закона» связывается с обязательством государства создавать для своих граждан ясные и непротиворечивые правила поведения.

С заявленной позиции можно обосновать, что лишь закон, судебная практика и обычай обладают свойствами определённости. Таким образом, Н.М. Коркунов следует сентенции древнеримских юристов: *Ubi jus incertum, ibi jus nullum* (когда закон не определён, закона нет).

Конечно, с рассуждениями Николая Михайловича Коркунова трудно не согласиться. Но, на наш взгляд, несмотря на присущие правосознанию недостатки, тем не менее, нельзя закрывать глаза на реальное положение вещей, когда и общественное сознание, и правовая наука непосредственно воздействуют на общественные отношения. Удивителен тот факт, что в фундаментальной монографии профессора М.Н. Марченко об источниках права правовая доктрина вовсе не отнесена к источникам российского права.⁴⁸⁶

Ситуация аналогична и в ключевых болгарских исследованиях по этому вопросу. Так, например, профессор Иван Русчев, рассматривая источники права через призму их нормативности, указывает на отсутствие нормы для признания доктрины в качестве источника и, таким образом, делает вывод, что она не имеет такого характера.⁴⁸⁷

Юридическая доктрина формулирует предложения, которые воспринимаются судебной практикой. Даже если доктрина не является источником в технико-формальном смысле, она будет по-прежнему высоко формализованным материальным источником права, который учитывается судьями, и вынесенные ими решения со временем образуют преобладающую судебную практику.

Другие материальные источники права – экономическая практика, мораль или управленческая целесообразность, дают общее руководство о том, какие нормы должен создать законодатель, или в каком направлении думает суд, который создает новый прецедент. Даже только в качестве материального источника, доктрина показывает совершенно дру-

485 Коркунов, Н.М. Лекции по общей теории права / Коркунов Н.М. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – С. 345 – 346.

486 Марченко, М.Н. Источники права: учебное пособие / Марченко М.Н. – М.: Проспект, 2005. – 760 с.

487 Русчев, И. Нормативните актове – источник на частното право / И. Русчев. – С.: Албатрос, 2008. – С. 46.

гое качество – она обеспечивает уже готовое предложение о том, как решить спор. Это правовое предложение не подлежит тому же конструктивному преобразованию, которое необходимо в других упомянутых материальных источниках.

Силу источника права отрицали и такие дореволюционные российские правоведы, как Д. Гримм, В.М. Хвостов, П. Г. Виноградов. Так, Д. Гримм, признавая факт действия правовой доктрины как источника права в Древнем Риме, по поводу современного права писал: «... ученые во взглядах своих на отдельные спорные вопросы права часто расходятся; раз признавать обязательное значение за положениями, выставляемыми ими, то тотчас возникает вопрос, как поступать суду в тех случаях, когда нет единообразия во взглядах [...] придётся признать, что наука в настоящее время не может быть признана причислена к формам образования юридических норм». ⁴⁸⁸

Подобным образом классик болгарской цивилистики Любен Диков рассуждал, исходя из сравнения с теорией исторической школы Савиньи, который в свое время отрицал возможность того, что доктрина является прямым источником, но считал, что она влияет на законодателя. Диков писал, что доктрина может иногда даже иметь обязательный характер и давал в пример древнеримский *ius publice respondendi*, которые на практике позволяли римским юристам давать обязательные доктринальные толкования. ⁴⁸⁹

Профессор В.М. Хвостов, соглашаясь с историческими данными и указывая на обязательность господствующего мнения среди юристов для практики, тем не менее, считает: «Только в том случае положение, созданное юриспруденцией, обращается в юридическую норму, когда оно освящено санкцией законодательной власти, т.е. стало законом, или когда оно, благодаря долговременному применению на практике, обратилось в обычай». ⁴⁹⁰

Продолжая эту мысль с нашей современной точки зрения, мы можем дополнить, что цель ученых юридических факультетов никогда не выражалась в создании норм, которые были бы обязательными для суда, в силу того, что они были провозглашены юридической наукой. Напротив, ученые «собирают» знания о праве, выводя из них конкретные разрешения, которые, хотя явно не сформулированы законодателем, обнаруживаются в его общих нормах и принципах.

Таким образом, возражения противников признания правовой доктрины в качестве источника права сводятся к тому, что в современных государствах произведения учёных или их общее мнение не санкционируются властью в качестве обязательных. Объяснение этим интерпретациям можно найти в последствиях установления буржуазного права 19 века, созданного в ходе великих кодификаций. Утверждая точность, ясность, полноту, закон государства Нового времени является выражением воли законодательного органа, и допущение доктринального толкования в процессе его применения может исказить эту волю и даже лишить ее роли как важнейшего фактора общественного порядка жизни на пути государственного самоуправления. Независимо от того, кто является сувереном – народ или монарх, профессорам права нет места в его процессе управления, а судьи обязаны следовать его суверенной воле при решении своих дел.

488 Гримм, Д. К вопросу о понятии и источнике обязательности юридических норм / Д. Гримм // Журнал Министерства Юстиции. – 1896. – С. 26 – 27.

489 Диков, Л. Курс по българско гражданско право, т. I. Обща част. / Л. Диков. – С.: Печатница П. К. Овчаров, 1940. – С. 72 – 73.

490 Хвостов, В.М. Общая теория права. Элементарный очерк / В.М. Хвостов. – М.: типография Вильде, 1914. – С. 107 – 108.

Однако современные правовые системы дают нам возможность получить дополнительный взгляд. Не нарушая требования к верховенству закона, юридическая доктрина может рассматриваться как вспомогательный критерий в его интерпретации. С этой точки зрения соотношение между нормой закона и предлагаемым в доктрине конкретным правилом, с одной стороны, является соотношением текста и интерпретацией этого текста.

С другой стороны, уточняющее-конкретизирующее толкование доктрины имеет подзаконный характер. Он должен применять закон наилучшим образом, оставаясь в рамках, изложенных законом. Отсюда следует, что конфликт в настоящее время может иметь место не с учетом каких-либо требований доктрины «заменить или вытеснить закон», а только с учетом того, можем ли мы вообще говорить о том, что для суда и государственных органов возникает некоторая возможность применять данное доктринальное предложение, таким же нормативным образом, каким они обязаны применять норму закона.

Аргумент относительно отсутствия санкции государства на применение научных положений не выдерживает критики вне этой конкретной исторической эпохи континентального права по той причине, что в Англии, США, странах мусульманского Востока, Китае, Индии, Израиле правовой и религиозно-правовой литературе официально законодательной властью или судами придана общеобязательность. Кроме того, история Древнего Рима и других государств мира подтверждает использование правовой доктрины в качестве авторитетного руководства для разрешения юридических ситуаций без государственного одобрения.

Так, отечественный историк права П.Г. Виноградов, отвергавший возможность оценки науки права в качестве источника права, пишет: «При разборе трудных дел римские магистраты раннего периода совещались относительно юридических норм с понтифексами, а впоследствии стали спрашивать совета у знаменитых юристов. Тяжущиеся стороны точно так же получали частные советы, которые иногда пользовались авторитетом у трибуналов».⁴⁹¹

По словам болгарского исследователя истории правовой науки Ц. Торбова, который тоже развивал свои взгляды на доктрину через призму римского правового наследия, хотя доктрина и не «создает новое право», она помогает законодателю и судье. Это влияние возможно через следующий механизм: изучая действующее законодательство, наука его анализирует, а потом обосновывает и/или критикует. Созданный таким образом научный материал становится основой для новых законодательных актов и развития судебной практики.⁴⁹²

Аргумент о расхождении во взглядах учёных-правоведах, нарушающий принцип формального равенства и единообразия в судебной практике – *non est argumentum* (не является аргументом), поскольку: а) как правило, обязательность приобретает за теми взглядами, которые разделяются всеми или большинством юристов (общепринятые представления в форме принципов, аксиом, конструкций и т.п.) – *communis opinio doctorum* (общее мнение юристов); б) при возникновении разных точек зрения следует руководствоваться наиболее авторитетной и рассчитывать на здравый смысл и совесть суда, не забывая, что при расхождении правовых норм из писаных источников права или судебных прецедентов суду предоставляется свобода усмотрения.

491 Виноградов, П.Г. Очерки по теории права / П.Г. Виноградов. – М.: Поставщик Двора Его Величества т-во скоропечатни А.А. Левенсон, 1915. – С. 124 – 125.

492 Торбов, Ц. История и теория на правото / Ц. Торбов. – С.: Издательство Болгарской академии наук, 1992. – С. 352 – 353.

Ряд исследователей считает правовую доктрину вспомогательным, вторичным или косвенным, дополнительным источником права, призванным восполнять пробелы в позитивном праве, устранять неясность и неполноту писаных источников права. Иными словами, правовая доктрина наряду с правовым обычаем и судебной практикой может применяться в случае недостаточности писаных источников права для упорядочения общественных отношений.

Источником права правовую доктрину в России признаёт немногочисленная группа учёных В.В. Сорокин, С.В. Бошно, Н.Н. Разумович⁴⁹³, Н.Л. Гранат, Т.Н. Нешатаева, К.А. Кононов.⁴⁹⁴

В дореволюционном правоведении правовую доктрину относили к источникам права Л.И. Петражицкий, И.А. Покровский. Среди болгарских авторов идея о доктрине как о косвенном источнике защищают Ц. Торбов и Р. Ташев.

Доводами в защиту взгляда о признании правовой доктрины в качестве источника права являются:

1. Современное российское право придаёт правовой доктрине обязательный характер. Так, в соответствии с положениями гражданского, семейного, процессуального законодательства содержание норм иностранного права, регулирующего отношения с иностранным элементом устанавливается в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве.

В обеих странах, являющихся предметом данного анализа, правовая доктрина находит свое официальное признание в области международного права. Статут Международного Суда Организации Объединённых Наций к источникам права, которые применяет Международный Суд, относит доктрины наиболее квалифицированных специалистов в области публичного права.

Отечественный знаток международного права Р.А. Каламкарян отмечает: «Заложенный в доктрине позитив проявляет себя по двум направлениям: 1) Международный Суд ООН суд использует доктрину при вынесении большинством присутствующих подкреплённого соответствующими способами решения; 2) в процессе представления отдельными судьями своих мнений при обстоятельствах, когда решение в целом или в части не выражает единогласное мнение судей».⁴⁹⁵

Международные судебные органы при разрешении споров между государствами прибегают для определения норм международного права к работам таких юристов как Ф. Витториа, Б. Айала, Г. Гроция, Ф. Джентили, Э. Ваттеля, Г.Ф. Мартенса, В.Т. Золотницкого, П.А. Левашова, В.Ф. Малиновского. Кроме того, труды учёных-юристов применяются российскими судами.

Таким образом, в международной и национальной судебной практике источником права признаётся юридическая доктрина. Отрицание правовой доктрины как источника права не отвечает жизненным реалиям, потребностям юридической практики в разрешении юридических дел. С нашей точки зрения, реализм в оценке правовой доктрины

493 Разумович, Н.Н. Источники и форма права / Н.Н. Разумович // Советское государство и право. – 1988. – № 3. – С. 21.

494 Кононов, К.А. Идеология как юридическая категория: теоретические проблемы / К.А. Кононов // Стабильность и динамизм общественных отношений в Российской Федерации: правовые аспекты: материалы Всероссийской научной конференции / Ответственный редактор В.Я. Музюкин. – Барнаул.: Алт. гос ун-т, 2005.

495 Каламкарян, Р.А. Место доктрина наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций в источниковой базе современного международного права / Р.А. Каламкарян // Государство и право. – 2006. – № 4. – С. 72.

выражается в прослеживании ее практической роли в судебных решениях. В таком направлении роль правовой доктрины как косвенного источника права обосновывается ее участием в судебной аргументации. С этой точки зрения обращение судей к правовой доктрине имеет характер обращения к авторитету. Использование доктрины позволяет судебному решению вписаться в общую аргументативную схему правовой системы.

Итак, доктрина имеет наибольшее значение для обоснования новых судебных решений при обоснования нового толкования, а последующее использование тех же аргументов уже является правильным согласно описанному механизму воспроизведения существующей судебной практики.⁴⁹⁶

2. В случае возникновения пробелов в праве, противоречивости или неясности правовых норм, правоприменительный орган может для разрешения юридического дела обратиться к правовой доктрине, её принципам и ценностям. Так, Т.Н. Нешатаева справедливо полагает, что «теоретические исследования являются важнейшим источником знания при восполнении в порядке аналогии закона или аналогии права многочисленных пробелов законодательства».⁴⁹⁷

Следует отметить, что правовая доктрина, будучи детищем науки о праве, юриспруденции, возникает для решения практических нужд: толкования права, поиска принципов разрешения дел в случае пробелов в праве. Потому юридическая наука естественно, как и любая другая отрасль человеческого знания необходима для общества, в данном случае для регулирования общественных отношений. Выступления против правового значения юридической доктрины может пониматься как неприятие самого правоведения, его ценности для общества. На наш взгляд, все правовые системы мира, как прошлого, так и современности своим первичным источником имеют правовую доктрину со времён возникновения юридической науки. Так, Дигестами Юстиниана римскому юристу Папиниану приписываются слова: «Гражданское право – это то, которое происходит из законов, плебисцитов, сенатусконсультов, декретов принцепсов, мнений мудрецов».⁴⁹⁸

Те же слова в одном из самых известных учебников по римскому праву второго века нашей эры – «Институциях» – приведены Гаем.⁴⁹⁹

Конкретное содержание действующих нормативных актов, безусловно, является результатом деятельности политической власти как основного регулирующего фактора в современных правовых системах. В то же время принципы и институты, общие для континентальной правовой культуры, можно проследить очень давно, прежде чем они будут использованы в том или ином конкретном нормативном акте.

Таким образом, рассматриваемый исторический слой правовой доктрины формирует общий контекст, в котором эти модели правового мышления используются отдельными законодателями. Соответственно, толкование и применение правовых текстов остается в этом общем контексте и допускает взаимодействие между различными правовыми системами, а также преемственность между различными правовыми эпохами.

496 Ташев, Р. *Общая теория права. Основные правовые понятия* / Р. Ташев. – С.: Сиби, 2010. – С. 149 – 150.

497 Нешатаева, Т.Н. *К вопросу об источниках права – судебном прецеденте и доктрине* / Т.Н. Нешатаева // *Вестник Высшего Арбитражного Суда*. – 2000. – № 5. – С. 110.

498 *Дигесты Юстиниана / Избранные фрагменты в переводе и с примечаниями И.С. Перетерского*. – М.: Наука, 1984. – С. 24.

499 *Гай, Институции* / Перевод с латинского Ф. Дадинского под редакцией В.А. Савельева. – М.: Юристъ, 1997. – С. 17.

3. Как справедливо указывает профессор В.В. Сорокин, в переходных условиях правовая доктрина выступает фактором стабильности, а на первом этапе радикальной формы перехода практически единственным действующим источником права. Правовая доктрина в переходном обществе отражает культуру, ценности общества, его духовность, обеспечивая тем самым преемственность эпох, поколений и права.⁵⁰⁰

4. История континентальной Европы с XII по XIX вв. раскрывает эпоху расцвета юридической науки, ставшей первичным и преобладающим источником права благодаря глоссаторам и постглоссаторам, работавшим в университетах с памятниками римского права.

В течение семи столетий юриспруденция, право университетов применялось непосредственно судами, а также усваивалось другими источниками права – Саксонским Зерцалом. Впоследствии учёные-правоведы стали авторами и разработчиками первых европейских декларации о правах и кодексов, которые, по их мнению, должны были воплотить достижения разума и римской науки о праве (Французский Гражданский Кодекс 1804 г., Германское Гражданское Уложение 1900).

История России в советский период явила собой образец преобладания идеологии большевизма в жизни общества, в том числе юридической науке и практике, в которой, по сути, господствующее правоведение было содержанием и формой для других источников права – содержанием для нормативно-правовых актов и судебной практики, а формой в виде деклараций, программ и уставов партии.⁵⁰¹

Наконец, статус официального источника права закреплён за правовой доктриной в мусульманских государствах, индусском праве, иудейском праве, праве Китая и других стран мира. К примеру, Н.Л. Гранат пишет: «Особенно заметно влияние доктрины в мусульманском праве, индуистском праве».⁵⁰²

5. Правовая доктрина – первичный, ведущий источник права, которому должны соответствовать другие источники права, в том числе конституция и законы.⁵⁰³

На первый взгляд, эта точка зрения действительно кажется радикальной, но ее потенциал раскрывается, когда мы рассматриваем важность доктрины для применения основных конституционных принципов. Например, конституционные суды рассматривают уважение к принципу правового государства как главный аргумент в своей правоприменительной практике. Его специфические проявления развиваются в правовой доктрине, для которой конституционный суд играет роль наиболее авторитетного выразителя.⁵⁰⁴

По этой причине, когда мы рассматриваем первичный характер правовой доктрины, имеется в виду ее роль в создании и дальнейшем развитии основных конституционных

500 Сорокин, В.В. Правовая система переходного периода / В.В. Сорокин. – М., 2003. – С. 334.

501 Давид, Р., Жоффре-Спинози, К. Основные правовые системы современности / Р.Давид, К. Жоффре-Спинози. – М.: Международные отношения, 1999. – С. 191 – 192.

502 Гранат, Н.Л. Источники права / Н.Л. Гранат // Юрист. – 1998. – № 9. – С. 12.

503 Сорокин, В.В. Правовая система переходного периода / В.В. Сорокин. – М., 2003. – С. 449.

504 В качестве примера мы можем указать на деятельность Конституционного суда Болгарии по утверждению взаимодополняющих принципов формального и материального правового государства. Хотя такое разграничение не закреплено в Конституции 1991 года, они вытекают из воззрений европейского конституционализма, и ссылка на них стала частым аргументом в прецедентном праве. «Многоступенчатое содержание конституционного принципа правового государства, – пишет болгарский конституционный суд, – образованное путем объединения двух элементов – формального, включая правовую определенность, и материального, охватывающего правосудие по существу, является его неотъемлемой характеристикой». – Решение № 3 от 28.04.2020 г.

принципов, которые играют решающую роль в содержании правового регулирования в соответствии с принципом конституционного верховенства.

Достижения юридической доктрины находят выражения в позитивном праве. Следует согласиться с французским компаративистом, который пишет: «...доктрина создаёт словарь и правовые понятия, которыми пользуется законодатель. Важна роль доктрины в установлении тех методов, с помощью которых открывают право и толкуют законы. Добавим к этому влияние, которое доктрина может оказывать на самого законодателя; последний часто лишь выражает те тенденции, которые установились в доктрине, и воспринимает подготовленные ею предложения».⁵⁰⁵

На идеалах и ценностях правовой доктрины зиждется воспитание и обучение юристов для практической работы. Правовая доктрина пронизывает своим духом процесс правореализации. Без правовой доктрины, науки право будет нежизнеспособным и не сможет вносить покой, порядок, справедливость и мир в общественную жизнь.

Например, до сих пор в позитивном праве не нашёл разрешения вопрос о коллизии двух нормативно-правовых актов равных по юридической силе, но принятых в разное время. В доктрине же названная юридическая коллизия давно получила разрешение в соответствии с одним из принципов римского права – *lex posterior derogat priori* (более ранний закон отменяется позднейшим). В данном случае, учёными предполагается, что и тот и другой акт выражают волю одного законодателя, однако предпочтительнее следовать той воле законодателя, которая выражена последней, так как именно она должна соответствовать духу времени.

Несмотря на то, что это коллизионное право не нашло отражение в действующем праве Российской Федерации, оно воспринято судебной практикой и применяется при разрешении конкретных дел. Официальная правовая доктрина (естественно-правовая либеральная концепция) как источник (форма) права применяется Конституционным Судом Российской Федерации.

Так, в деле о проверке конституционности указов Президента Российской Федерации от 23 августа 1991 г. «О приостановлении деятельности Коммунистической партии РСФСР», от 25 августа 1991 г. «Об имуществе КПСС и Коммунистической партии РСФСР» и от 6 ноября 1991 г. «О деятельности КПСС и КП РСФСР», а также о проверке конституционности КПСС и КП РСФСР Конституционный суд Российской Федерации при признании неконституционным деятельности КПСС и КП РСФСР исходил из концепции идеологического и политического плюрализма, необходимости существования в правовом государстве множества мнений, взглядов, политических течений и партий.⁵⁰⁶

Как правильно отмечает Е.А. Лукашева, «Социалистическое правосознание – это взгляды, представления, мысли, чувства, настроения, выражающие понимание необходимости установления и функционирования определённого правового порядка в обществе».⁵⁰⁷

7. Будучи самостоятельным источником права, правовая доктрина выступает формой,местилищем для других источников права – юридических обычаев, судебной практики, нормативно-правовых актов и др. Так, в Древнем Риме, современной Англии и странах мусульманского права произведения учёных-юристов отражали недоступные для право-

505 Давид, Р., Жоффре-Спинози, К. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози. – М.: Международные отношения, 1999. – С. 106.

506 Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 1993. № 4 – 5.

507 Лукашева, Е.А. Социалистическое правосознание и законность / Е.А. Лукашева. – М.: Юрид. лит., 1973. – С. 17.

применителей древние обычаи, законы, судебные прецеденты.⁵⁰⁸ В силу чего, такие произведения приобретали обязательную юридическую силу и применялись судами, а также субъектами права.⁵⁰⁹

В континентальном праве и сегодня правовая доктрина играет аналогичную «консолидирующую» роль, осмысливая отдельные правовые источники и правовые понятия, давая им всестороннюю интерпретацию и объединяя их в единую систему. Юридические факультеты обучают юристов работе с истоками правовой системы, интерпретируемыми через призму правовой доктрины. В этом смысле правовая доктрина играет методологическую роль по отношению к работе источников права как целостной системы.

8. Среди школ правопонимания лишь нормативизм и юридический позитивизм отрицают за правовой доктриной качество источника права, так как сторонники данных учений сводят право к писанным актам государства – нормативно-правовым актам, отождествляя источник права и внешнюю форму права.⁵¹⁰

Остальные школы права (естественно-правовая, социологическая, психологическая, историческая, реалистическая) причисляют правовую доктрину к источникам права, понимая источник права шире, нежели форму права. К примеру, один из знаменитых последователей исторической школы права Г.Ф. Пухта пишет: «... наука является третьим источником права наряду с двумя первыми (законным и обычным правом), право, возникающее из этого источника, есть право науки, или, иначе, право юристов, так как оно возникает из деятельности юристов».⁵¹¹

По мнению С.В. Бошно следует выделять так называемые доктринальные источники права, к которым относятся общее мнение юристов, право юридической экспертизы, принципы права, программное право, право, основанное на обещаниях и т.п.⁵¹²

С такими соображениями невозможно согласиться, поскольку собственно доктринальное происхождение и природу имеют только общее мнение юристов, принципы права и право юридической экспертизы, а остальные юридические явления имеют иную природу – политическую или частно-правовую. Более того, С.В. Бошно, по сути, воспроизвела так называемые книжные и другие не признаваемые официально виды позитивного права по классификации Л.И. Петражицкого.⁵¹³

Сравнение различных позиций болгарских и российских авторов показывает, что спор в отношении доктрины как источника права продолжает оставаться актуальным. Если доктрина рассматривается как источник, потому что она создает (помогает вывести и уточнить содержания) правила поведения, то не трудно принять ее в качестве источника. Если через понятия «источника» подчеркиваются способы властного введения обязательных правил, то убежденность в функционировании доктрины как источника колеблется.

508 Сюкияйнен, Л.Р. Мусульманское право. Вопросы теории и практики / Л.Р. Сюкияйнен. – М.: Наука, 1986. – С. 65.

509 Уолкер, Р. Английская судебная система / Р. Уолкер. – М.: Юрид. лит., 1980. – С. 190 – 193.

510 Tebbit, M. Philosophy of law. / M. Tebbit. – London; New York: Routledge & Kegan Paul, 2005. – P. 36.

511 Пухта, Г.Ф. Энциклопедия права / Г.Ф. Пухта // Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. III. Европа. Америка: XVII – XX вв. – М.: Мысль, 1999. – С. 282.

512 Бошно, С.В. Доктринальные и другие нетрадиционные источники формы права / С.В. Бошно // Журнал российского права. – 2003. – № 1. – С. 82 – 84.

513 Петражицкий, Л.И. Теория государства и права в связи с теорией нравственности / Л.И. Петражицкий. – СПб.: Лань, 2000. – С. 458 – 460.

В настоящее время в Болгарии состояние «сверхрегуляции» на законодательном уровне в сочетании с наличием огромных массивов судебной практики для интерпретации законов оставляет вопрос о доктрине в качестве юридического источника на заднем плане. Вопросы, касающиеся решения гражданских и уголовных дел, находят свое разрешение в судебной практике. Однако доктрина в значительной степени влияет на рассуждения верховных судов.

Фактическое использование доктрины в качестве источника для выведения правил поведения осмысливается в Болгарии такими категориями как «убедительности»⁵¹⁴ и «фактической действительности (валидности)».⁵¹⁵

Несмотря на то, что они отличаются от идеи обязательной силы и нормативной валидности, эти категории объясняют, почему суды используют доктрину, хотя у них нет соответствующего юридического обязательства. В заключение хотелось бы отметить, что на практике доктрина оказывается необходимой в качестве вспомогательного средства там, где отсутствует закон, где должны быть преодолены противоречия между различными нормами или там, где должен быть выведен смысл самых абстрактных принципов.

Все это объясняет, почему особенно велика роль диалога между доктриной и практикой в области конституционной юриспруденции. Болгарский Конституционный суд систематически конституирует выдающихся преподавателей в качестве *Amici Curiae* («друзей суда»), которые дают свои заключения в сложных вопросах интерпретации конституционных принципов. В таком плане не случайно, что в области конституционного правосудия также говорится о «конституционной доктрине», которая представляет собой формальное понимание Конституционного суда толкования Конституции.⁵¹⁶

Юридическая доктрина, понимаемая как учение – в конечном счете, о том, как понимать письменные нормы, необходима там, где нормативные тексты оказываются недостаточными. Конституционные судьи создают свое собственное учение о конституции, которое развивается и взаимодействует вместе с теориями (доктринами) учения юристов-ученых о Конституции.

По результатам проведенного исследования авторы пришли к выводу, что к достоинствам правовой доктрины как источника права следует отнести: научную достоверность; аргументированность, обоснованность проведенными исследованиями и юридическими экспериментами; гибкость к изменяющимся условиям жизни; предвидение перспектив эволюции права; убедительность и авторитетность; общепризнанность; доступность; письменная форма выражения; добровольность соблюдения правовой доктрины; способность дать ответ на вопросы, возникающие в практике правоприменения; способность учесть обстоятельства конкретного дела и как следствие найти юридически верное и справедливое решение; сохранение правовой доктриной национального юридического опыта, обеспечение его преемственности.

С другой стороны правовая доктрина как источник права таит в себе опасности для правопорядка. Прежде всего, правовая доктрина, неразрывно связанная с идеологией, может стать способом для защиты групповых или личных интересов и привести к несправедливости. Кроме того, неписанный характер правовой доктрины, её неопределённость

514 Ташев, Р. Обща теория на правото. Основни правни понятия / Р. Ташев. – С.: Сиби, 2010. – С. 114 – 115.

515 Ташев, Р. Към понятието за правен принцип / Р. Ташев // Съвременно право. – 2001. – №6. – С. 24 – 30.

516 Карагьозова-Финкова, М. Конституционните юрисдикции в новите демокрации от Европейския съюз / М. Карагьозова-Финкова. – С.: Софи-Р, 2009. – С. 363.

может стать причиной различного решения одинаковых, типичных юридических случаев, то есть внести разноречивую и путаницу, неравенство в социальный порядок. Наконец, до принятия в России федерального закона «Об источниках права» естественно возникает проблема соотношения правовой доктрины с другими источниками (формами права) по их юридической силе. На наш взгляд следует следовать той иерархии источников права, которую предложил В.В. Сорокин, расположивший правовую доктрину на вершине юридической пирамиды источников права.⁵¹⁷

Таким образом, правовая доктрина представляет собой систему представлений о праве, которые признаются обязательными государством в силу их авторитета, общепринятости и способности упорядочивать отношения в обществе. Кроме того, правовая доктрина должна быть признана в качестве источника права в силу: пробелов в праве, противоречивости и неопределённости правовых норм, фактического применения её в практике государственными органами, а также в связи с её достоинствами – убедительностью, достоверностью, гибкостью, индивидуальностью и др. Фактическая обязательность правовой доктрины должна быть закреплена в соответствующих нормативно-правовых актах Российской Федерации. В таком акте необходимо раскрыть понятие правовой доктрины, определить условия её действия (возможный круг авторитетных работ, применение общего мнения юристов), установить место правовой доктрины в иерархии источников права и способы устранения коллизий между доктриной и другими источниками права.

517 Сорокин, В.В. Правовая система переходного периода / В.В. Сорокин. – М., 2003. – С. 450 – 451.

Глава IV. Нормативный правовой акт в системе источников права

4.1. Закон (нормативный правовой акт) как наиболее искусственный и этатистский источник права (история и современность)

Название данного раздела, на первый взгляд, может показаться неожиданным, т.к. в юридических исследованиях стало общепринятым характеризовать нормативный правовой акт (НПА) как наиболее релевантный целям и содержанию правового регулирования источник права. Обычно отмечается: «Нормативные правовые акты занимают особое, главенствующее место в правовом пространстве. Они являются основным, доминирующим источником права в романо-германской правовой семье, к которой относится и правовая система Российской Федерации. Именно с помощью нормативных правовых актов осуществляется правовое регулирование наиболее значимых общественных отношений. Кроме того, нормативный правовой акт отличает способность быстро реагировать на изменения потребностей общественного развития, а документально-письменная форма позволяет непосредственно и оперативно знакомиться с его содержанием»⁵¹⁸.

Казалось бы, утверждение о центральной роли закона (НПА) в системе источников права имеет отношение только к континентальной правовой семье. Но и в англо-саксонском праве уже давно наблюдается процесс расширения сферы статутного права. Исследователи этой правовой системы говорят, как минимум, о дуализме правотворчества, когда «нормы права создаются как судом, так и представительным органом власти»⁵¹⁹. Но дело в том, что, наряду с парламентом и судами, существуют и иные органы публичной власти. Не является ли судебное право в современной Великобритании, говоря образно, вершиной айсберга? Распространено мнение, что в основе правового регулирования находятся нормы конституционного и гражданского права. Но данное представление Э. Аннерс опровергает как устаревшее: «Принципы и институты административного права, созданные в буржуазном государстве XIX и начала XX вв., стали составлять основу сердцевины политики благосостояния в демократических парламентских государствах XX в. В каждой стране возникло огромное число государственных и муниципальных органов управления, направленных на решение коллективных задач или заботы о социальной и экономической защите индивида. Поэтому в промышленно развитом обществе административное и тесно связанное с ним социальное право на практике зачастую имели большее значение для индивида, чем гражданское право»⁵²⁰. Это суждение имеет отношение и к Великобритании, в которой наряду со статутами действует целый комплекс

518 Артамонов А.Н. «Правовые акты в Российской Федерации», учебное пособие, Брянск, 2018. С. 12.

519 Сахаудинов Д.Ф. Статут в английской системе общего права: доктрина и практика / Правовое государство теория и практика. 2019, №2 (56). С. 47.

520 Аннерс Э. История европейского права. М.: «Наука», 1996. С. 326.

иных нормативных актов – приказы короны, циркуляры, инструкции и т.д.; судебный контроль за этой огромной сферой осуществляется на основе доктрины «*ultra vires*», т.е. суд принимает жалобу на действия администрации лишь в том случае, если та превышает полномочия, предусмотренные законом. Сказанное объясняет почему, как замечает А. Семпсон, для значительной части населения Британии слово «*law*» означает не суды и судей, а полицию⁵²¹.

Для того, чтобы принять к обсуждению тезис «Закон (НПА) – это наиболее искусственный и этатистский источник права», необходимо расширить хронологические рамки восприятия и оценки истоков тех проблем, которые переживает общество постмодерна. Впрочем, в настоящее время слово «постмодерн» начинает восприниматься как термин, не вполне точно характеризующий современность. Наступает новая эпоха «метамодерна», в которой экспоненциальное (взрывное) развитие технологий (прежде всего, цифровых) сопровождается возникновением реальной угрозы дегуманизации общества и десоциализации человека. С. Жижек пишет: «Можно часто слышать, что в наши дни, с нашей постоянной подверженностью воздействию СМИ, культуры публичных признаний и инструментов цифрового контроля, частное пространство исчезает. Следует противопоставить этой банальности противоположное утверждение: исчезает общественное пространство как таковое»⁵²². Речь идет об окончательном разрушении всех традиционных и естественных форм социальной коммуникации. Сообщество юристов должно признать, что этот негативный процесс сопровождается установкой на расширение сферы формально-юридического регулирования, что в свою очередь предполагает центральное положение нормативно-правового акта в системе источников права. В целом в юридикации общества проявляется стремление к «оцифровке» и выработке автоматически действующего алгоритма регулирования социальных отношений. Ярким и негативным примером сказанного является так называемый «прогресс» отечественного образования, которое в большей степени, чем в советский период, прониклось духом централизации, формализации и абсурдной канцелярщины.

В современных социо-гуманитарных исследованиях особое значение приобретает метод деконструкции, который позволяет раскрыть один из механизмов профанации и искажения сущности той или иной социальной ценности и соответствующей институции не в результате её ограничения, дискредитации, запрета, а, напротив, в процессе расширения пространства проявления этой институции, приписывания не присущих ей по назначению функций. Такого рода вариант профанации и дискредитации можно описывать с помощью метафоры «флюс»; мы живем в то время, когда приходится опровергать тезис о том, что флюс — это, якобы, результат развития и прогресса щеки, и доказывать, что флюс — это не щека, а её болезнь. Право, как необходимый, но не единственный сегмент нормативно-ценностной системы общества, как бы стало заложником процесса безмерного расширения сферы формально-бюрократического регулирования общественных отношений.

Признаем, что риторика о демократии, правах и свободах заслонила истинную сущность и назначение государственной власти и закона, цель которых, по известному выражению В.С. Соловьёва, в предотвращении явных проявлений зла: «Право есть прину-

521 Семпсон Новая анатомия Британии. М.: «Прогресс», 1975. С. 291.

522 Жижек С. Событие. Философское путешествие по концепту. М.: РИПОЛ классик, 2018. С. 212.

дительное требование реализации определенного минимального добра, или порядка, не допускающего известных проявлений зла»⁵²³. Используемое русским мыслителем словосочетание «минимум нравственности» является скорее образным и не должно вводиться в заблуждение, т.к. нравственность есть понятие не количественное, а качественное. В этом суждении философ под правом имеет в виду именно формальное право (закон), которое обладает условно-инструментальной ценностью. На этом этапе размышлений о назначении формального права важно осознать, что закон должен быть нравственным, но это не означает, что он становится адекватным воплощением самой нравственности. Закон должен соответствовать нравственности, но не как копия оригиналу (идеалу), а подобно тому, как средства достижения цели должны соответствовать самой цели. В.С. Соловьёв подчеркивает: «Принудительный закон, действительно не допускающий злую волю до таких крайних проявлений, разрушающих общество, есть необходимое условие нравственного совершенствования и, как такое, требуется самим нравственным началом, хотя и не есть его прямое выражение»⁵²⁴. Вполне допустимо для уяснения этой мысли философа провести аналогию назначения формального права в обществе с функцией этикета в межличностном общении: правила этикета по форме соответствуют нравственности, но соблюдение правил этикета еще не означает, что поведение является этичным (нравственным) по содержанию. Так, акты девиантного поведения могут быть облечены в форму безукоризненной вежливости; точно также и в сфере формально-юридического регулирования возможно злоупотребление законом, т.е. его использование вопреки целям закрепленных в нем принципов и норм.

Режим законности и состояние формального правопорядка недопустимо отождествлять с самим социальным миром, который должен поддерживаться не только формально-юридическими нормами. Одной из лазеек для проявления социального зла и профанации добра может выступать смешение цели со средствами и условиями её достижения, убежденность в том, что добро и иные фундаментальные ценности могут быть формализованы. Негативная трактовка свободы как права делать то, что не запрещено законом, воспринятое как определение свободы вообще, и является примером такого рода юридикации и как следствие профанации этой фундаментальной социальной ценности.

В общественной жизни слово «закон» вызывает коннотации с такими эпитетами как обязательность, официальность, принудительность, нормативность и т.д. В связи с этим не стоит противопоставлять доктринально-профессиональное и обыденное понимание закона. С формально-юридической точки зрения, разумеется, необходимо различать закон как нормативный правовой акт высшей юридической силы и подзаконные нормативные акты; но в контексте всей нормативно-ценностной системы общества носители обыденного правосознания склонны называть законом все акты, исходящие от органов публичной власти. Такое широкое понимание закона отражается и в юридической науке, в которой законодательство определяется как система всех нормативных правовых актов, а не только законов. В «Собрании законодательства Российской Федерации» публикуются федеральные законодательные акты, указы и распоряжения Президента РФ, постановления и распоряжения Правительства РФ, решения Конституционного Суда РФ.

523 Соловьёв В.С. *Оправдание добра. Нравственная философия: Сочинения в 2 т. Т. 1.* М.: Мысль, 1990. С. 452.

524 Там же.

Обратим внимание, что в концепте «закон» такие признаки формального права, как нормативность, официальность и соответственно принудительность непосредственно вытекают из сущности этого источника юридических норм. А.С. Пушкин писал, что «нарушать его [закон] или не исполнять его никто из нас не должен», но одновременно с этим поэт признавал: «Закон – дерево, в законе слышит человек что-то жестокое и небратское. С одним буквальным исполнением закона не далеко уйдешь»⁵²⁵. С этой точки зрения парадоксальной, на первый взгляд, но глубокой по смыслу выглядит этимология русского слова «закон», в котором приставка «за» придает всему слову значение того, что находится за пределами того или не соответствует тому, что выражено в корне этого слова. Оказывается, что «кон» – это «начало», то, что было «искони». Так, настороженное отношение к брачному договору в России объясняется сохранением традиционного представления о том, что браки «заключаются на небесах», что соответствует понятию «кона», а нотариально заверенный брачный контракт заключается за пределами «кона», то есть по «за-кону». Наиболее точно глубинная этимология слова «закон» раскрыта в словаре А.В. Семенова как «установление власти, противоположное традициям»⁵²⁶. Заметно, что в обыденном российском правосознании сохраняется такое восприятие формального права, что отражается в известной постановке вопроса – «По закону или по совести?».

Так, Новгород возник в результате объединения первоначально самостоятельных слобод (поселков), которые назывались «концами» и сохраняли элементы самоуправления, т.е. решали многие внутренние вопросы на основе «кона» – обычаев, традиций. Вопросы, относящиеся к полномочиям общегородских властей, решались на основе «за-кона», т.е. юридических норм. В.О. Ключевский настаивает на том, что необходимо строго различать порядок княжеских отношений и земский порядок на Руси: «Последний поддерживался не одними князьями, даже не ими преимущественно, имел свои основы и опоры»⁵²⁷. Историк отмечает, что определение встречающегося в летописях выражения «закон русский» как обычного права языческой Руси, является «неясным и неточным» и приходит к следующему выводу: «Значит закон русский – это юридический обычай Руси, смешанного варяго-славянского класса, который господствовал над восточными славянами и вел дела с Византией. Этот обычай был такого смешанного происхождения и состава, как и класс, жизнь которого он нормировал»⁵²⁸. Таким образом, из этих суждений В.О. Ключевского следует, что тот порядок, который был установлен зарождающейся публичной властью, и соответствующие (внешние по отношению к обычаям местного населения) нормы и назывались «Законом русским».

Охранительно-принудительное назначение закона (формального права) косвенно подтверждают и лингвисты. Как известно, законодательный язык относится к подвиду официально-делового языка. С лингвистической точки зрения в основу этого стиля положено сочетание констатации и предписания, «официально-деловой текст отражает некоторое положение дел в определенной сфере и нацеливает адресата на необходимые, вытекающие из этого положения действия»⁵²⁹. В основе языка закона императивные во-

525 Цит. по: Архиепископ Серафим (Соболев). Русская идеология. Историко-религиозный очерк. С-Пб.: 1994. С. 62.

526 Семенов Ю.В. Этимологический словарь русского языка. М, 2003.

527 Ключевский В.О. Русская история. Полный курс лекций в 3-х книгах. Кн. 1. М.: Мысль, 1994. С. 164.

528 Там же. С. 193.

529 Матвеева Т.В. Функциональные стили в аспекте текстовых категорий. Свердловск; Изд-во Урал. ун-та, 1990. С. 62.

леизъявления, выраженные в таких словах, как «разрешить, запретить, указать, обязать, постановить, назначить»⁵³⁰. Эти суждения могут вызвать возражения, т.к. современные законодательные тексты наполнены возвышенными идеологическими положениями и утрачено представление об охранительно-чрезвычайной природе государственной власти и закона. Важно уяснить, что охранительно-принудительная сущность формального права проявляется и в нормах закона, закрепляющих права и свободы, т.к. в них имплицитно отражается основная цель такого рода законоположений – запрет на ограничение этих прав и свобод. Одним из признаков предмета формально-правового (юридического) регулирования называют конфликтно-опасный характер отношений, требующих вмешательства государства.

Речь о том, что в самом официально-деловом стиле законоположения, его тональности и коннотациях имплицитно подразумеваются некие акты девиантного поведения. Подобно тому, как царь Мидас своим прикосновением всё превращал в металл, так и закон на общественные отношения накладывает печать некой искусственности и чрезвычайности. Ж. Бодрийяр иронизирует по поводу поверхностного и благодушного восприятия социального прогресса, важнейшим проявлением которого считается установление, по выражению идеологов, «господства права»: «Можно говорить о праве на здоровье, на пространство, о праве на красоту, на отпуск, о праве на знание, на культуру. И по мере того как выступают эти новые права, рождаются одновременно министерства: здравоохранения, отдыха; а почему не красоты, не чистого воздуха? Все то, что как будто выражает общий индивидуальный и коллективный прогресс, что могло бы санкционировать право на социальный институт, имеет двойственный смысл, так что можно в некотором роде понять его наоборот: существует право на пространство только начиная с момента, когда нет больше пространства для всех и когда пространство и тишина становятся привилегией некоторых в ущерб другим. Поэтому «право на собственность» возникло только начиная с момента, когда не стало больше земли для всех, право на труд возникло только тогда, когда труд в рамках разделения труда стал обмениваемым товаром, т.е. не принадлежащим, собственно, индивидам»⁵³¹. Эти рассуждения основаны на признании факта, что позитивное право по своей сути есть реакция на социальное напряжение, чреватое конфликтами; т.е. право по своей природе охранительно, а не регулятивно. Кроме того, французский философ обращает внимание, что усиление роли закона означает одновременное расширение полномочий государства; господство формального права закономерно ведет к господству государства.

Так, человеку имманентно присуще стремление быть субъектом социальной коммуникации и выражать собственное мнение. Часть 1 ст. 29 Конституции РФ 1993 г. не порождает эту естественную (т.е. существующую независимо от воли законодателя) свободу слова и мысли; эта норма адресована тем, от кого исходит угроза ограничить эту свободу или злоупотребить ею. Более того, можно утверждать, что есть социальные явления, которые в результате непосредственного их регулирования законом приобретают характер неких симулякров (имитаций) этих явлений. В нормальной семье отношения родителей и детей не могут быть адекватно описаны с помощью юридических понятий «права» и «обязанности»; эти отношения носят характер естественного общения, находящегося

⁵³⁰ Там же. С. 66.

⁵³¹ Бодрийяр Ж. Общество потребления. Его мифы и структуры. М.: «Культурная революция»; «Республика», 2006. С. 84-85.

за пределами формально-правового регулирования. Статья же 63 СК РФ имеет в виду какую-то квази-семью: «Родители имеют право и обязаны воспитывать своих детей. Родители несут ответственность за воспитание и развитие своих детей. Они обязаны заботиться о здоровье, физическом, психическом, духовном и нравственном развитии своих детей». Эта норма как бы обобщает негативный опыт неблагополучных семей. Конфуций настороженно воспринял бы современный принцип «господства права», признающий возможность юридизации всех общественных отношений; например, сейчас считается нормальной алиментная форма материального обеспечения престарелых родителей детьми, но Конфуций говорил: «Сегодня почтительностью к родителям называют их содержание. Но люди содержат также собак и лошадей. Если родителей не почитать, то чем будет отличаться отношение к ним от отношения к собакам и лошадям?»⁵³².

Опасность закона (НПА) в том, что в этом источнике права юридические нормы формулируются наиболее абстрактно; поэтому возникает опасность ложного отождествления «нормативного» с «нормальным», в обществах с высоким уровнем юридизации исключительное явление приобретает характер обычного⁵³³. С этой точки зрения распространенность в прошлом казуистической формы изложения правовых норм стоит трактовать не только как проявление низкого уровня юридической техники и неспособности к обобщению, но и как результат восприятия охранительного назначения формального права.

Для характеристики принимающей абсурдные формы тотальной юридизации общественных отношений можно использовать понятие, предложенное Н. Луманом, – «инфляция символического медиума коммуникации». Социолог разъясняет: «Инфляция наступает, когда коммуникация перерасходует свой потенциал, т.е. предлагает больше доверия, чем она может вызвать... В случае инфляции медиум реагирует обесцениванием символов... Истина подвергается инфляции, когда она обещает больше возможностей для применения, чем позволяет осуществить»⁵³⁴. Об этом же пишет Н.И. Матузов: «На право нельзя возлагать несбыточные надежды, оно не всемерно. Наивно требовать от него большего, чем оно заведомо может дать, ему необходимо отводить то место и ту роль, которые вытекают из его объективных возможностей. Непосильные задачи могут только скомпрометировать право»⁵³⁵. Заметим, что именно такой источник права, как НПА, способствует возникновению этой формы негативного правосознания – «законотворческий идеализм».

Утрата представления о пределах предмета формального (допустимо сказать, нормативно-оцифрованного) воздействия на общественные отношения является условием и одновременно механизмом «вымывания» из социальной коммуникации традиционных институты и ценностей. Этот процесс вызывает возражения и противодействия. Авторы книги «Метамодернизм. Историчность. Аффект и Глубина после постмодернизма» замечают, что некоторые писатели и философы преодолевают эту постмодернистскую моду

532 Конфуций. Лунь юй / Древнекитайская философия. Т. 1. М.: «Мысль», 1994. С. 143.

533 Так, последствием легализации эвтаназии становится исчезновение представления об исключительности этой процедуры. Профессор Шварценгольд с тревогой пишет: «Там же все очень позитивно настроены по отношению к эвтаназии: сейчас пытаются ввести возможность уйти из жизни для здоровых людей. Правда, это коснется только пожилых. Говорят, что они уже пожилы и сами имеют право решить, как умереть и когда это должно случиться. Удивительно, что предложение это исходило от министра здравоохранения, который скооперировался с министром юстиции»./ Эвтаназия в Нидерландах / <https://evtanazija.ru/gollandiya-niderlandy/>

534 Луман Н. Медиа коммуникации. М.: «Логос», 2005. С. 225.

535 Матузов Н.И. Правовой идеализм как оборотная сторона правового нигилизма / Правовая культура. 20133, № 1 (14). С. 11.

на антитрадиционализм и сарказм по отношению к прошлому и хотя бы ставят вопрос о «старых человеческих истинах, связанных с духовностью, чувствами, обществом и идеями, которые авангард посчитал бы слишком старомодными»⁵³⁶. Но в нарративе ученых, в том числе и законоведов, наблюдается недооценка угроз внедрения 6-го технологического уклада. Трудно не заметить, что стандартизация и формализация общественной жизни принимает форму математизации («оцифровки») социальных процессов; в 2005 г. нобелевскую премию получил Р. Ауман, который откровенно признался в том, что он слабо разбирается в экономике, а является специалистом в математике и теории игр. Столь масштабное использование математики в исследованиях гуманитариев является следствием не столько усложнения социальных процессов, сколько того, что произошел, по словам Ж. Бодрийяра, «отрыв знака от всякого общественного производства: деньги вступают в процесс неограниченной спекуляции и инфляции»⁵³⁷. С точки зрения математизации (цифровизации) процесса исследования и регулирования социальных явлений от экономистов стараются не отстать и юристы. Всерьез обсуждается вопрос о возможности замены судей беспристрастными роботами-компьютерами⁵³⁸. Обратим внимание, что такая технократическая постановка вопроса о «прогностике» в сфере правового регулирования стала возможной по той причине, что в системе источников права центральное место занимает именно НПА.

Традиционное мировоззрение исходило из фундаментальной амбивалентности окружающего мира и соответственно двойственной природы общества и человека, что проявлялось в различии естественного и искусственного. Перечисляя достоинства закона (НПА), как способа выражения и закрепления юридических норм, не принято указывать на тот факт, что это наиболее искусственно сформированный источник права. Как разъясняет П.П. Гайденко, «со второй половины XVI века снимаются принципиальные разделения между естественным и искусственным»⁵³⁹. Новоевропейская концепция естественных прав, казалось бы, тоже исходит из дуализма, т.е. различия естественного и позитивного права. Но при этом, в отличие от античной и богословской трактовки *ius naturale*, в эпоху модерна утвердилось не только мнение о необходимости соответствия человеческих законов естественным, но и признана сама возможность адекватного воплощения естественного права в позитивном законе, т.е. в формализованном тексте⁵⁴⁰. Этот принципиальный перелом в трактовке естественного права отражен в высказывании Т. Гоббса: «Ведь когда государственный строй установлен, то даже естественные законы становятся частью законов государственных»⁵⁴¹.

Произошла утрата важнейшего, условно говоря, «процессуального» признака естественного права, которое должно быть естественным не только по содержанию, но и по форме выражения и обеспечения. П.П. Гайденко отмечает: «Парадокс в том, что во-

536 Метапостмодернизм. Историчность. Аффект и Глубина после постмодернизма. М.: РИПОЛ классик, 2020. С. 45-46.

537 Бодрийяр Ж. Символический обмен и смерть. М.: ДОБРОСОВЕТ, 2015. С. 79.

538 См.: Глебов И.Н. Искусственный юридический разум / <https://humanlaw.ru/9-article/26-artificial-intelligence.html>

539 Гайденко П.П. Научная рациональность и философский разум. М.: «Прогресс-Традиция», 2003. С. 151.

540 Эта утрата различия естественного и искусственного принимает уже вид абсурда; например, в брачном контракте Тома Круза и Кети Холмс императивно записано, что жена обязана во всем соглашаться с мужем, всегда улыбаться ему, поддерживать теплую и радостную атмосферу в семье, что бы ни происходило. / Брачные контракты звезд / https://peopletalk.ru/article/samyie_shokiruyuschie_brachnyie_kontraktyi_zvezd/

541 Гоббс Т. Соч.: В 2 т. М.: «Мысль», 1989. Т. 1. С. 258.

преки очевидному различию между самосушим и конструированным они [мыслители XVI-XVII вв.] настаивали на возможности их принципиального отождествления – в целях познания природы. В этом сближении, в стремлении к почти полному отождествлению природного и технического (искусственного) состоит самое глубокое отличие новоевропейского понимания природы от античного её толкования»⁵⁴².

Античное восприятие естественного права при сохранении прежней терминологии было существенно изменено и подверглось рационализации и идеологизации. В традиционном мировоззрении естественный закон воспринимался более широко и многообразно, чем в настоящее время – это не просто юридически выраженные права и свободы индивида (на жизнь, собственность, и т.д.), а представление о месте человека во всем мироздании и в обществе⁵⁴³. Современная теория естественных прав человека развила одну из сторон (формально-юридическую) фундаментального концепта «естественное право», и это позитивный факт. Но ложный характер носило отождествление всего естественного права лишь с юридически выраженными формальными правами и свободами индивида. Сформулированная в Новое время концепция естественного права сейчас трактуется аналитически-оцифровано т.е. как набор естественных прав (признаков) атомизированного индивида. За 2-3 столетия до информационной революции второй половины XX в. вектор «на оцифровку» утвердился в сознании носителей научного стиля мышления. Э. Кассирер называл этот процесс рационализации и секуляризации правосознания «математизацией» представлений о праве. Так, для основателя новоевропейской концепции естественных прав – Г. Гроция – «закон аналогичен чистой арифметике», а С. Пуффендорф исходил из того, что принципы естественного права «могут быть доказаны с той же достоверностью, что и аксиомы чистой математики»⁵⁴⁴.

Редко обращают внимание на тот факт, что закон (НПА) является не только наиболее искусственным, но и этатистским источником права. В книге Ф. Фукуямы «Сильное государство» проявляется установка на покорное принятие тенденции к этатизации общественной жизни и признание неизбежности расширения полномочий государства в современном мире. Примечательно, что в указанной книге не проявляется фундаментальная для классической либеральной идеологии дихотомия «государство – гражданское общество». Главной ценностью подразумевается общественный порядок, гарантом которого являются «сильные государственные и общественные институты и широкая сфера влияния государства»⁵⁴⁵. Американский социолог пишет: «Только государства и одни только государства способны объединить и целесообразно разместить силы обеспечения порядка. Эти силы необходимы, чтобы обеспечить правление закона внутри страны и сохранить международный порядок». По мнению автора, альтернативой «суверенному национальному государству» являются лишь «разношерстные собрания международных организаций, преступные синдикаты, террористические группы и так далее»⁵⁴⁶.

542 Гайденко П.П. Указ. соч. С.153.

543 См. подробнее: Насыров Р. В. Человек как самоценность. М.: «Юрлитинформ», 2011.С. 56-104.

544 Кассирер Э. Философия Просвещения. М.: «РОССПЭН», 2004. С. 262-263.

545 Фукуяма Ф. Сильное государство: Управление и мировой порядок в XXI веке. М.: «АСТ: АСТ МОСКВА:ХРАНИТЕЛЬ», 2006. С. 35.

546 Там же. С. 199.

Эта явно этатистская позиция уважаемого представителя западной интеллектуальной элиты и сторонника демократии лишь на первый взгляд может показаться неожиданной. В действительности именно западная социально-политическая культура характеризуется склонностью к отождествлению или тесному переплетению общества и государства. И не случайно в завершённом виде идеология тоталитаризма является порождением именно Запада. Для осознания этого необходимо просто признать различные формы проявления тоталитарного государства. Конструктивной является постановка вопроса Ф. Фукуямой о месте государства в обществе фразой «меньше, но сильнее». Но при этом имеются в виду лишь открытые формы проявления государственной власти, и учёный не «замечает» возникновение в условиях постиндустриального (информационного) общества новых способов и средств «внедрения государства в тело общества» (выражение М. Фуко). Так, французский философ Ж. Делез, имея в виду не только собственно тоталитарные режимы XX в., предупреждает, что наступает эпоха общества тотального контроля⁵⁴⁷, а известный теоретик «информационного антиглобализма» К. Беккер пишет о «гипергосударственном контроле как орудии политики»⁵⁴⁸. Парадоксально, но к обществу, описанному Оруэллом в антиутопии «1984», становятся значительно ближе именно современные развитые демократии.

С учетом сказанного необходимо подвергать деконструкции утвердившееся в теории права положение о том, что основной функцией права является регулятивная, а за ней следует охранительная. Процесс расширения правового регулирования был следствием и одновременно средством начавшегося в период становления в Западной Европе абсолютных монархий усиления роли государства и, соответственно, формального права в общественной жизни. И даже сторонник естественно-правовой концепции не может отрицать, что лозунг «господства права» реально предполагает интервенцию государства в общественную жизнь. Соответственно признание в качестве основной функции права регулятивной означает, что «присутствие» государства в обществе становится регулярным. Принципы ограниченности и связанности государства правом, по сути, не отрицают центрального положения государства в общественной жизни, которое гарантировано самим предположением, что в основе социального мира лежит определенный тип взаимоотношения государства и индивида. Поэтому формулировка ст. 2 Конституции РФ 1993 г. носит этатистский характер: государство провозглашает высшую социальную ценность («человек, его права и свободы»), а затем возлагает на себя обязанность соблюдения и защиты этой высшей ценности, тем самым ставит себя в центр общественной жизни. Хотя не только гуманистическое, но и уважительное отношение к человеку предполагает не его объективацию (пусть и в качестве высшей ценности), а отношение к нему как к субъекту. Человек для того и наделяется правами и свободами, чтобы быть участником обеспечения высшей социальной ценности, понимаемой как постоянно воспроизводимое состояние социального мира.

Для уяснения тезиса о том, что формальному праву имманентно присуща именно охранительная функция, необходимо различать два способа её реализации. Первый способ можно условно назвать ретроспективным – право реагирует на уже возникший социальный конфликт, и назначение государства – разрешить эту ситуацию. Можно утверждать,

547 Делез Ж. Переговоры (1972-1990). СПб.: «Наука», 2004. С. 223.

548 Беккер К. Словарь тактической реальности: Культурная интеллигенция и социальный контроль М.: Ультра. Культура, 2004. С. 44.

что первичным было не правотворчество, а правоприменение, формальное право возникло в лоне судебной и административной практики в результате санкционирования обычаев и придания нормативного характера актам применения права. Римский юрист Павел утверждал: «Не из правила формируется право, а из действующего права создается правило» (D.50.17.1); под «действующим правом» юрист имеет в виду реально действующую систему исков как процессуальных форм защиты нарушенного права. А. М. Михайлов так пишет о становлении римской юриспруденции: «Прецедентно-казуистический характер юридической практики и прагматичной организации мышления неизбежно привел к огромному объему правового материала (прежде всего исковых формуляров) и тем самым к необходимости технического обслуживания судебной деятельности»⁵⁴⁹. Примечательно, что в римском праве первоначально термин «jus» имел судебно-процессуальное значение; французский лингвист Э. Бенвенист пишет, что «jus является не абстрактным понятием, а совокупностью формул судопроизводства, которые утверждаются решениями власти»⁵⁵⁰. Значения jus и justitia как права и справедливости были не первичными, а оценочно-производными. Точно также и древнегреческое Δίκη (дикэ) первоначально не отождествлялось со справедливостью вообще, а имело значение судебного приговора: «Dike – формула. Устанавливать справедливость – не значит совершать интеллектуальную операцию, вызывающую раздумья или споры. Сообщаются формулы, подходящие к конкретным ситуациям, и роль судьи в том, чтобы владеть ими и применять их»⁵⁵¹.

Второй способ реализации охранительной функции – перспективный. Он и отождествляется в современной теории права с регулятивной функцией, хотя точнее говорить именно об особой форме реализации охранительной функции. Государство как бы «забегает вперед» и начинает непосредственно определять состояние и порядок важнейших сфер общественной жизни. Этот процесс сопровождался активизацией законотворческой деятельности государства и увеличением в системе источников права доли наиболее статистского и отчужденного от общества источника права – нормативно-правового акта. Но до эпохи Нового времени закон (НПА) воспринимался как экстраординарный источник права. В истории римского права *leges* (законы периода республики) издавались в чрезвычайных условиях для разрешения серьезных социальных конфликтов или компенсировали явный анахронизм прежних норм традиционного права. Ч. Санфилиппо отмечает, что «эти *leges* всегда рассматривались как подтверждающие, разъясняющие, дополняющие *mores*, но ни в каком случае не реформирующие их». И так, в прошлом естественным был процесс возникновения норм права в процессе самой общественной жизни или непосредственно в рамках правоприменительной деятельности, что подтверждается значительной ролью в римском праве правовых обычаев, эдиктов преторов (судей) и деятельности юристов.

В отношении такой разновидности римского закона, как сенатусконсульты, обнаруживается примечательная эволюция: в период поздней республики сенатусконсульты издавались в кризисных ситуациях и часто предоставляли высшим магистратурам чрезвычайные, в том числе и не предусмотренные республиканской «конституцией», полномочия. Утверждение сенатусконсульта в качестве «привычного» источника римского права шло параллельно с усилением единоличной власти принцепса, который и стал

549 Михайлов А.М. Генезис континентальной юридической догматики. М.: Юрлитинформ, 2012. С. 120.

550 Бенвенист Э. Словарь индоевропейских социальных терминов. М.: «Прогресс», 1995. С. 308

551 Там же. С. 304.

определять содержание этого акта. Наступление домината означало завершение процесса формирования бюрократического аппарата и утверждение экстраординарного судебного процесса с его административным стилем разрешения судебных дел. В этот же период в системе источников римского права усиливается влияние актов (конституций) императора. Это и предопределило упадок римской юриспруденции в постклассический период и формализацию этого источника права, что нашло отражение в законе о цитировании юристов 426 г.

Таким образом, история источников римского права позволяет сформулировать две закономерности. Во-первых, процесс усиления влияния закона как результата непосредственного правотворчества государственной власти является синхронным с бюрократизацией (этатизацией) общественной жизни. Во-вторых, свертывания в общественной жизни начал демократической и корпоративной саморегуляции проявляется в снижении роли таких источников права как обычное право, правовая доктрина и судебная практика.

В Средние века после падения в 476 г. Западной римской империи в ее бывших провинциях возник вакуум государственной власти, который не был устранен примитивными варварскими государствами. В этих условиях неизбежные начала саморегуляции приняли в основном корпоративный характер. Такой тип общественной организации С. Аверинцев называет «плюралистическим авторитаризмом»; философ отмечает, что зачатки представлений о правах личности содержались лишь в христианской религии, а в земной жизни человек имел права не как личность, а как член того или иного сообщества⁵⁵². Такое право трудно назвать демократическим, но нельзя говорить и о полном беспорядке. Не будет большой натяжкой характеризовать средневековое право как плюралистическое. М. Блок в своей книге «Апология истории» посвятил целую главу «Основы права» раскрытию своеобразия средневекового правопорядка. Историк, прежде всего, указывает на факт прекращения издания законов в раннее средневековье и установления господства обычая: «Повсюду судьба юридического наследия предыдущего периода зависела от одного авторитета обычая, единственного в то время живого источника права, и государи, издавая законы, старались только по-своему его толковать»⁵⁵³. Г. Дж. Берман пишет о гетерогенности правового пространства, что было условием противодействия явным проявлениям произвола: «Серв мог прибегнуть к городскому суду за защитой от своего помещика. Вассал мог прибегнуть к суду короля за защитой от своего сеньора. Клирик мог прибегнуть к церковному суду за защитой от короля»⁵⁵⁴. В этих условиях законотворчество монархов не определяло в целом состояние правовой системы общества, как замечает историк, «короли издавали законы, главным образом относящиеся к установлению процедур и средств правовой защиты в королевских судах»⁵⁵⁵.

Этот краткий исторический экскурс обычно вызывает указание на наличие огромного числа негативных явлений в традиционных обществах. Но Г. Башляр в своей книге «Поэтика пространства» отмечает: «Башня – творение иного века. Без прошлого она ничто. Новая башня – это такой абсурд!»⁵⁵⁶. Речь не идет об идеализации прошлого, трудно

552 Аверинцев С.С. Образ античности. СПб.: «Азбука-классика», 2004. С. 22.

553 Блок М. Апология истории. М.: «Наука», 1986. С.172.

554 Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М.: НОРМА, 1998. С. 27.

555 Там же. С. 380.

556 Башляр Г. Поэтика пространства. М.: «Ад Маргинем Пресс», 2014. С. 68.

отрицать наличие в обществах прошлого негативных сторон и явлений. Но в контексте истории права вопрос ставится так: «Было ли проявлением прогресса отказ от охранительно-условного назначения формального права во всей нормативно-ценностной системе общества?». У интеллектуала, который не знает иной системы мировоззрения, как западноевропейский рационализм и прагматизм, и мыслящего лишь во временных рамках Нового времени и Новейшей истории, этот вопрос вызывает удивление. Но дело в том, что усиление роли закона (нормативно-правового акта) в новой и новейшей истории объясняется не столько усложнением общественной жизни, сколько с её гомогенизацией и этатизацией. В последние три века идет процесс постепенного раскручивания маховика отрицания и разрушения всего традиционного и естественного. Можно выстроить цепочку тех традиционных явлений и институтов, которые попадали под пресс модернизации и «прогресса». Если иметь в виду эту абсурдную ситуацию, когда многомиллионная корпорация учителей, преподавателей и ученых не определяют направления и формы развития образования и науки, то это проявление того, что постепенно исчезала реальная самоуправляемость социальных групп. Абсолютизм – это не последний этап истории феодальной монархии, а первый этап становления новоевропейского государства; М. Вебер пишет: «Повсюду развитие современного государства начинается благодаря тому, что князь осуществляет экспроприацию других самостоятельных «частных носителей управленческой власти, т.е. тех, кто самостоятельно владеет средствами предприятия управления и военного предприятия и имуществом любого рода, могущем найти политическое применение»⁵⁵⁷. Обеспечение в той или иной форме замкнутости новой элиты в сочетании с постоянным стремлением поддерживать гомогенно-рыхлое состояние остальной части общества – это основная пружина политической жизни последних трех веков. И современное «цифровое общество» – это инновационная форма достижения той же цели расщепления социума. Далее дело доходит до разрушения традиционной семьи; в настоящее время освобождение от остатков прошлого уже затронуло различие полов; наконец, и сам человек должен быть преобразован в некое оцифрованное существо – *post-human*.

Вновь заметим, что этот уже очевидно негативный процесс разрушения всего традиционного был бы невозможен без усиления влияния в системе источников права именно закона, который первоначально рассматривался в качестве чрезвычайного источника права. Такая постановка вопроса может показаться некорректной и вызывает ссылки на факт усложнения социальных связей в современном обществе и невозможности обеспечить стабильность и функционирование общественной жизни с помощью традиционных регуляторов. Прежде всего, необходимо указать на опровержение историками, культурологами и этнографами распространенного мнения о простоте и примитивности добуржуазного (традиционного) общества, в том числе и его нормативной системы. Процесс упрощению и унификации бытия человека скорее характерен для современной эпохи. Эта тенденция стала проявляться еще в эпоху модерна, в начале XIX в. Ф. Шиллер с тревогой писал о преобразовании общества по типу часового механизма, в котором граждане начинают классифицироваться как объекты⁵⁵⁸. Как разъясняет М. Фуко, в эпоху Нового времени возникла техника конституирования не только общества, но и индивидов как коррелятов власти и знания: «Несомненно, индивид есть вымышленный атом

557 Вебер М. Политика как призвание и профессия // Вебер М. Избранные произведения. М.: «Прогресс», 1990. С. 650.

558 Шиллер Ф. Собр. соч. в 7 тт. Т. 6. М.: 1957. С. 267.

«идеологического» представления об обществе; но он есть также реальность, созданная специфической технологией власти, которую я назвал дисциплиной»⁵⁵⁹. То что, писал философ еще в 1975 г., хорошо понятно учителям и преподавателям, которые наблюдали в последние три десятилетия внедрение «инновационных» технологий в сферу отечественного образования: «Замкнутое, сегментированное пространство, где просматривается каждая точка, где индивиды водворены на четко определенные места, где каждое движение контролируется, где все события регистрируются, где непрерывно ведущаяся запись связывает центр с периферией, где власть действует безраздельно по неизменной иерархической модели»⁵⁶⁰. Концепт «паноптикум» не просто определяет один из аспектов формирования обществ модерна и постмодерна, а раскрывает основной вектор их конструирования и функционирования, задает общий контекст и фон анализа и оценки всех сфер общественной жизни, от экономики, политики и права до повседневности. Цифровое общество – это современный и завершенный вид социума как паноптикума.

Проблема явной и скрытой этатизации не вполне осознается на доктринально-профессиональном и обыденном уровнях сознания, т.к. этот процесс сопровождается непрерывной риторикой о служении государства человеку и обществу. Эту политическую и идеологическую «ловушку» содержал в себе уже классический либерализм, который, провозглашая главной ценностью свободу и автономию индивида и относясь с недоверием к коллективу и обществу, не имел другой возможности, как возложить именно на государство защиту «высшего социального блага», т.е. индивидуальной свободы. Не меньший потенциал этатизации, как оказалось, содержал в себе и принцип народного суверенитета, который фактически ориентирует на смешение общества и государства. И либерализм и социализм с разных позиций, но в равной мере идеологически устранили границы вмешательства государства в общественную жизнь.

В заключение укажем, что все вышесказанное ориентирует на историософию, т.е. рассмотрение эволюцию права и его современное состояние в контексте всей мировой истории, что сейчас не принято и считается у современных интеллектуалов излишним. Заметим, что у юристов есть понятие вменяемости, которое означает способность субъекта к адекватному восприятию окружающего мира, что в свою очередь предполагает наличие в сознании не только короткой, но и долговременной памяти. Если человек помнит и оценивает явления настоящего лишь в контексте того, что он наблюдает в данный момент или в коротких временных рамках, то уместно ставить вопрос о невменяемости данного субъекта. В 1989 г. праздновалось 200-летие Великой французской революции, которая, как известно, сопровождалась принятием законодательных актов, которые во многом определили вектор развития современного права. Но Дэн Сяопин отказался отвечать на вопрос о последствиях этого фундаментального исторического события, указав: «Об этом еще слишком рано судить».

Признание в теории и практике нормативно-правового акта основным источником права не может не быть связано с современным кризисным состоянием общества в целом и его правовой системы в частности. Г. Дж. Берман пишет, что «западная традиция права, да и западная цивилизация в целом переживают в XX в. величайший в своей истории кризис»; историк выделяет целый комплекс проявлений этого кризиса, в том числе и «вве-

559 Фуко М. Надзирать и наказывать. Рождение тюрьмы. М.: Ад Маргинем Пресс, 2015. С. 237.

560 Там же. С. 240.

дение всепроникающего контроля правительства над основными аспектами экономической жизни»⁵⁶¹. Многие мыслители предупреждали об опасности «тихого и пристойного протекания жизни под сенью власти, наводящей порядок во все сферах бытия»⁵⁶². Интеллектуалы нашего времени, с тревогой говоря о глобальных проблемах современной эпохи, наряду с другими называют и опасность тотальной этатизации общественной жизни. Общество уже «сидит на игле» этатизма и юридизации; сужение сферы проявления государственной власти и законодательства может привести и приводит к дестабилизации многих сфер общественной жизни. Поэтому тезис об охранительной, а не регулятивной природе государства и формального права является лишь ориентиром позитивного развития общества, государства и права. В центр общественной жизни государство и закон перемещались в течение длительного времени; немалый срок необходим для того, чтобы «поставить» государство и закон на «свои места».

4.2. Локальный нормативно-правовой акт как источник права: юридическая природа и критерии качества⁵⁶³

Локальный нормативно-правовой акт в самом общем виде можно определить как источник права, принятый организацией для решения внутренних вопросов и содержащий обязательные для всех членов организации правила.

Юридическая природа локальных нормативно-правовых актов традиционно вызывает дискуссии в научной литературе. Зарубежные и отечественные исследователи объясняют эту природу с помощью нескольких концепций⁵⁶⁴.

*Концепция локальных норм как продолжения актов государственной власти*⁵⁶⁵ господствовала в советской юридической литературе. В условиях, когда любые организации рассматривались как составная часть системы публичного управления, говорить об их самостоятельных правотворческих полномочиях не было смысла. Само существование локальных норм, как правило, объяснялось тем, что в процессе их принятия опосредованно реализуется государственная воля.

*Концепция социальной автономии*⁵⁶⁶, наоборот, исходит из отрицания государственной монополии на правотворчество, признавая за юридическим лицом некоторую возможность правового самоопределения. В этом контексте локальные акты могут рассматриваться как акты саморегулирования.

*Концепция «поднормативного» или «субнормативного» регулирования*⁵⁶⁷ не признает локальные акты источниками полноценных правовых норм, подчеркивая их переход-

561 Берман Г.Дж. Указ. соч. С. 48.

562 Марков Б.В. Философская антропология: очерки истории и теории. СПб.: «Лань», 1997. С. 21.

563 Исследование выполнено за счет средств гранта Российского научного фонда № 21-18-00484, <https://rscf.ru/project/21-18-00484/>

564 Подробный анализ существующих подходов к природе локального (корпоративного) правотворчества см.: Калужнов Е.Ю. Теоретико-правовые основания правил техники локального нормотворчества: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2016. С. 20-38.

565 Горшенев В.М. Санкционирование как вид нормотворческой деятельности органов Советского государства // Правоведение. 1959. № 1; Самигуллин В.К. Локальные нормы и их виды // Правоведение. 1976. № 2.

566 Gierke O. Deutsches Privatrecht. Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft. Bd. 1. Leipzig, 1895; Таль Л.С. Трудовой договор: цивилистическое исследование. М., 2006.

567 Сирота Е.Г. Акты поднормативного регулирования корпоративных отношений в хозяйственных обществах: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2004; Медная Ю.В. Поднормативное правовое регулирование обще-

ный, промежуточный характер между нормой права, исходящей от государства, и юридическим фактом.

*Правореализационная концепция*⁵⁶⁸ исходит из того, что устанавливать правовые нормы могут исключительно органы государства, а частные организации, принимая собственные акты, лишь реализуют эти нормы. По природе своей локальные акты в этом случае приравниваются к договорам или сделкам.

На сегодняшний день правовая природа рассматриваемых актов продолжает вызывать сомнения. В практике многих организаций принято избегать слова «правовые», когда речь идет о локальных нормативных актах. Как представляется, излишняя осторожность обусловлена в данном случае пережитками советского правопонимания, когда все «правовое» связывалось исключительно с государством. Не вносит полной ясности в данный вопрос и Трудовой кодекс, который в статье 8 употребляет формулировку «*локальные нормативные акты, содержащие нормы трудового права*».

Данная формулировка вызывает противоречивые трактовки. Так, А.М. Лушников, объясняя ее смысл, с одной стороны, признает: «Эти акты являются источниками частного трудового права. Очевидно, что локальные нормативные акты не теряют при этом связи с государством, которое признает их, определяет место данных актов в системе источников трудового права (*курсив мой, - М.Д.*) и определяет пределы работодательского усмотрения»⁵⁶⁹. С другой стороны, здесь же автор заявляет: «...Локальные нормативные акты (в том числе корпоративные), *содержащие нормы права (курсив мой, - М.Д.)*, нельзя называть нормативными правовыми (*курсив мой, - М.Д.*) актами, ибо последние, в традиционной классификации источников права, исходят от государства или органов местного самоуправления в лице их уполномоченных правотворческих органов»⁵⁷⁰.

Очевидно, что, если акт содержит *норму права*, является *источником права*, то он может называться *правовым*, однако определенное поле для сомнений остается, и в итоге формируется целая традиция использования исключительно термина «локальный нормативный акт»⁵⁷¹ (без характеристики «правовой»).

Если рассмотреть проблему с позиции общей теории права, то использование термина «*локальные нормативно-правовые акты*» выглядит совершенно обоснованным, т.к. отражает их важные сущностные характеристики. Данные акты являются локальными, потому что действуют в пределах конкретной организации, распространяя свои требования на всех ее членов/участников/работников. К ним применима характеристика «*нормативные*», т.к. эти акты имеют общий характер, т.е. действуют неоднократно и обязательно для всех категорий лиц, которым адресованы. Вполне обосновано называть их *правовыми*

ственных отношений: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2008.

568 Шершеневич Г. О юридической силе уставов акционерных товариществ // Журнал гражданского и уголовного права. 1889. Кн. 3. С. 120; Аكوпова Е.М. Локальное правовое регулирование труда на предприятии // Правоведение. 1989. № 2. С. 86-91.

569 Лушников А.М. Демократизм и локальное нормотворчество: теория и практика // Юридическая техника. 2014. № 8. С. 68.

570 Там же.

571 Королева, А.Н. Цифровизация локального и корпоративного нормотворчества юридических лиц / А.Н. Королева // Гражданское право. – 2018. – № 5. – С. 16-18; Макаров Д.Ю., Вильде О.Р. Внутреннее нормотворчество ОАО «РЖД»: особенности, проблемы, перспективы // Бюллетень правового департамента ОАО «РЖД». №36, декабрь, 2021. – С. 10-13.

на том основании, что в случае нарушения действие их норм обеспечивается санкциями, в том числе, судебной защитой и возможностью государственного принуждения.

Еще одна проблема касается отраслевой принадлежности локальных актов, в частности, их соотношения с актами корпоративными и муниципальными.

Изначально в постсоветской теоретико-правовой литературе термин «корпоративные» употреблялся в отношении норм всех негосударственных организаций⁵⁷², как более современно звучащий аналог «локальных»⁵⁷³. Однако такое широкое значение быстро вступило в конкуренцию с чрезвычайно конкретной цивилистической трактовкой, которая со временем вошла и в некоторые теоретико-правовые исследования⁵⁷⁴, рассматривающие в качестве корпоративных актов уставы и иные акты конкретной категории юридических лиц – корпораций. В такой интерпретации корпоративными следует называть акты, принятые органами управления корпоративной организации и распространяющиеся на ее участников⁵⁷⁵. Термин «локальные акты» в этом случае может рассматриваться либо как родовое понятие, включающее и корпоративные, и иные внутриорганизационные акты⁵⁷⁶; либо как наименование, охватывающее все иные, кроме корпоративных, внутренние акты организаций. В последнем случае неизбежно возникают сложности с определением критерия разграничения локальных и корпоративных актов.

Можно проводить границу по субъекту принятия акта. Тогда корпоративными должны считаться все акты корпоративных юридических лиц, перечисленных в ч.1 ст. 65.1 ГК РФ (хозяйственные товарищества и общества, крестьянские (фермерские) хозяйства, общественные организации, нотариальные палаты, казачьи общества и др.), а аналогичные по содержанию и функциям акты унитарных юридических лиц, перечисленных в той же статье (государственные и муниципальные унитарные предприятия, общественно полезные фонды, учреждения, автономные некоммерческие организации, религиозные организации, государственные корпорации, публично-правовые компании и др.), будут относиться к локальным. Другой вариант разделения – по тематике акта. В этом случае акты органов управления корпоративной организации, содержащее нормы трудового права, логично будет относить не к корпоративным, а к локальным актам. В обоих случаях деление не носит достаточно последовательного характера, чтобы проводить между локальными и корпоративными актами непреодолимую границу⁵⁷⁷.

Использование понятия «локальный» в качестве родового представляется более перспективным в научном плане. Этим же понятием охватываются внутренние акты государственных и муниципальных органов, носящие, в отличие от остальных, публично-правовой характер, но не содержащие властных предписаний, направленных за пределы самого органа (гражданам, организациям, другим органам власти).

572 Алексеев С.С. Теория права. М., 1993. – С. 68.

573 По мнению М.Н.Марченко, термин «корпоративные» является просто западным вариантом названия локальных актов, – Марченко М.Н. Источники права. М., 2005. С. 262.

574 Кашанина Т.В. Корпоративное (внутрифирменное) право. М.: Норма, 2005. – 34.

575 Козырева А.Б. Корпоративное правотворчество: теория и практика: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2016. С. 203.

576 Потапов В.А. Корпоративные нормативные акты как вид локальных актов. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006.

577 Подробный анализ существующих подходов к проблеме соотношения локальных и корпоративных актов см.: Давыдова М.Л. Локальные нормативно-правовые акты: терминологические дискуссии // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 4. С. 4–24.

Иной подход нужен при разграничении локальных и муниципальных нормативно-правовых актов, которые иногда ошибочно отождествляются в научной литературе⁵⁷⁸.

Принципиальным отличием муниципальных нормативно-правовых актов от внутренних актов различных организаций является территориальный, а не персональный критерий определения границ их действия (речь, естественно, не идет о внутренних актах, регулирующих положение работников и служащих органа местного самоуправления).

Если основной чертой локальных нормативно-правовых актов признать их внутриорганизационный характер, то их неперсонифицированность, ввиду обязательной связи адресата нормы с организацией, приобретает некоторую условность. Вероятно, можно заключить, что проявляется эта неперсонифицированность не в невозможности поименно назвать всех субъектов (в каждый конкретный момент общее число членов организации является исчислимым) а в том, что появление в организации новых членов, как правило, влечет распространение на них действия ранее принятых внутренних актов этой организации.

В отличие от них муниципальные нормативно-правовые акты устанавливают «территориальное правовое пространство»⁵⁷⁹, распространяя свое действие на всех субъектов, находящихся на территории соответствующего муниципального образования. Принцип их действия, в этом смысле, абсолютно аналогичен действию классических нормативно-правовых актов, исходящих от органов государства, и позволяет говорить о муниципальных актах как об органичном продолжении государственной нормативной системы. В этой связи распространение на муниципальные акты термина «локальный» представляется недостаточно обоснованным.

Таким образом, локальные нормативно-правовые акты включают в себя внутренние акты любых организаций: государственных и частных, коммерческих и некоммерческих, корпоративных и унитарных. Важной особенностью всех этих актов является специфическая нормативность, сочетающая в себе, с одной стороны, неперсонифицированность (акты распространяются не на конкретных субъектов, а на их категории: «член организации», «участник», «работник», «служащий» и т.п.), с другой стороны, - принципиальную исчислимость адресатов (т.к. все они организационно связаны с носителем нормотворческой воли).

Внутренние свойства локальных нормативно-правовых актов обуславливают и общие технико-юридические требования, касающиеся процесса их составления, принятия и опубликования. Е.Ю.Калюжнов выделяет 4 основных критерия, определяющих качество данных актов: нормативная обособленность; предписательная минимальность; санкционная самодостаточность; инфраструктурная обеспеченность⁵⁸⁰. По нашему мнению, этот перечень должен быть дополнен еще одним критерием – языковой доступностью. Рассмотрим названные технико-юридические требования подробнее.

Нормативная обособленность. Рекомендуется избегать составления «смешанных» актов, в которых нормативно-правовые предписания излагаются наряду с индивидуальными велениями, разъясняющими положениями, справочной и иной вспомогательной информацией. Гораздо рациональнее подход, при котором нормы аккумулируются в от-

578 Кашанина Т.В. Частное право. М., 2009. 127-146; Нормография: теория и технология нормотворчества / Ю.Г. Арзамасов [и др.] ; под ред. Ю.Г. Арзамасова. – М., 2017. – С. 4-5.

579 Тихомиров Ю.А. Правовое пространство: равновесие и отклонения // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 4. С. 4-17.

580 Калюжнов Е.Ю. Теоретико-правовые основания правил техники локального нормотворчества: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2015. С. 11.

дельном документе, а сопровождающая их информация переносится в пояснительную записку, преамбулу либо приложения к основному тексту. Такой способ изложения выглядит не только более грамотным, но и более практичным, т.к. позволяет отменить потерявшее актуальность приложение, не ставя под сомнение стабильность действия самих правовых норм.

Предписательная минимальность. Текст нормативно-правового акта не должен быть перегружен правилами. Рекомендуется включать в него лишь те требования, которые являются необходимыми и достаточными для решения поставленной задачи.

С этим связана проблема дублирования правовых норм, активно обсуждаемая не только в контексте локального правотворчества, но и применительно к подзаконным актам, актам регионального законодательства, договорных текстам. Составителям часто кажется, что объемный акт, воспроизводящий положения закона, выглядит солиднее и авторитетнее в глазах адресата. Однако на деле оказывается, что собственное нормативное содержание акта просто теряется в массиве излагаемой информации.

Еще одним аспектом рассматриваемого требования является избыточность регулирования, когда в качестве правовых норм закрепляются положения, не нуждающиеся в детализации, очевидные на уровне «здравого смысла», либо бесполезные в силу слишком абстрактного характера.

Санкционная самодостаточность. Каждая норма должна быть обеспечена санкцией. Для локальных правовых норм такие санкции делятся на *установленные законодательством*, т.е. обусловленные нахождением организации внутри общероссийского правового поля (например, виды дисциплинарных наказаний, закрепленные трудовым кодексом) и *устанавливаемые самой организацией* (неназначение премии и т.п.). Далеко не всегда у организации есть юридическая возможность и необходимость «изобрести» собственную санкцию, не вступив в противоречие с законодательно закрепленными гарантиями. При этом четкая связка между правилом и мерами его властного (внутриорганизационного или государственного) обеспечения должна присутствовать всегда.

Возвращаясь к вопросу о нормативной избыточности акта, следует заметить, что крайне нежелательно включение в его текст правил, которые заведомо не могут быть обеспечены санкциями.

Языковая доступность. Рекомендуемая длина предложения в нормативном тексте составляет 12-15 слов. Перегруженность терминами и сложными словесными конструкциями не придает правовому акту значимости. Скорее это создает дополнительный негативный фон при восприятии его предписаний. Грамотный подход к правотворчеству строится на том, что орган, издающий норму, не меньше исполнителя заинтересован в ее ясности и простоте. Ведь без этого норма просто не будет работать. Локальный акт, фактически принимаемый организацией «для собственного пользования», должен быть особенно ориентирован на исполнителя. Полезным для оценки языковой доступности может быть проведение экспертизы или привлечение будущих адресатов акта на стадии его разработки. Такая «фокус-группа» может обнаружить неясные, неоднозначно толкуемые формулировки.

Инфраструктурная обеспеченность. Реализуемость локального нормативного акта, эффективность его действия зависят не только от качества самого акта, но и от условий, обеспечивающих его реализацию. К таким условиям можно отнести следующие:

1) у исполнителей есть возможность ознакомления с содержанием нормативного акта (акт должным образом опубликован, доведен до сведения всех адресатов),

2) исполнители обладают достаточными ресурсами для реализации требований (созданы необходимые условия труда, исполнители наделены соответствующими полномочиями и т.п.),

3) у организации есть фактическая возможность контроля за соблюдением требований.

Есть целый ряд других условий, лежащих за рамками юридической техники. Так, исследования в области крайне популярных сегодня поведенческих методов регулирования показывают, что одни и те же вопросы (например, требования техники безопасности) совершенно по-разному воспринимаются представителями руководства организации и ее работниками, которые склонны чаще игнорировать правила⁵⁸¹. Отсюда следует, что даже в рамках одной организации содержание и стиль нормативно-правовых актов иногда стоит дифференцировать в зависимости от категории его адресатов.

Современные рекомендации по совершенствованию правового регулирования включают целый ряд средств, направленных на повышение исполнимости нормативных актов. Так, исследователи Организации экономического сотрудничества и развития выделяют поведенческие принципы, основанные на анализе особенностей человеческого восприятия. Эти принципы целесообразно учитывать в процессе правового регулирования на любом уровне, включая издание локальных нормативно-правовых актов:

- необходимо упростить действия, предусмотренные нормой, и информацию о требуемом поведении,
- необходимо, чтобы вариант «по умолчанию» поддерживал наиболее правильное и полезное решение,
- целесообразно использование визуально привлекательных сообщений, напоминающих адресатам нормы о правильном поведении⁵⁸².

Иногда кажется, что подобные рекомендации слишком упрощают правовое регулирование. Стоит ли заботиться о дополнительных напоминаниях, если нормативный акт и так предусматривает санкции для нарушителей? Однако, если цель состоит не в том, чтобы привлечь как можно больше нарушителей к ответственности, а в том, чтобы минимизировать сами нарушения, разумно учитывать психологию исполнителей уже в процессе создания и применения нормы. Особенно это касается локальных нормативно-правовых актов. Круг их субъектов исчислим, а это делает вполне реальной задачу сделать такой акт доступным и понятным каждому.

Таким образом, современный взгляд на природу и качество локального нормативно-правового акта предполагает признание правовой природы внутренних актов всех официально существующих организаций: государственных и частных, коммерческих и некоммерческих, корпоративных и унитарных. Выявление общих черт этих актов позволяет разрабатывать единые технико-юридические требования к локальному правотворчеству как важнейшему «низовому» уровню системы источников права.

581 OECD (2020) Behavioural Insights and Organisations: Fostering Safety Culture, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/e6fef217d-en> Accessed 14 Oct 2020

582 OECD (2019) Delivering Better Policies Through Behavioural Insights: New Approaches OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/6c9291e2-en>

4.3. Понятие административных регламентов федеральных органов исполнительной власти

Несмотря на то, что административные регламенты как источники (формы) права российской правовой системы принимаются и действуют уже более 17 лет, поскольку правовые основы их принятия были установлены еще Постановлением Правительства Российской Федерации от 19 января 2005 г. № 30, утвердившим Типовой регламент взаимодействия федеральных органов исполнительной власти»⁵⁸³, количество поступающих на государственную регистрацию в Министерство юстиции Российской Федерации административных регламентов не только не снижается, но и заметно увеличивается. Это подтверждают актуальные статистические данные Министерства юстиции. Всего с 2005 г. по 2022 г. был зарегистрирован 2121 приказ об утверждении административных регламентов (данное число включает в себя также и те акты, которые уже утратили свою силу).

Что же касается последних лет, то в 2021 г. федеральными органами исполнительной власти было подготовлено 153 проекта приказов об утверждении административных регламентов. Однако из них зарегистрирован в Министерстве юстиции был только 71 административный регламент. С 1 января 2022 г. по 28 октября 2022 г. федеральные органы исполнительной власти подготовили 177 проектов приказов об утверждении административных регламентов, но из них Министерство юстиции зарегистрировало только 15 административных регламентов. Всего на указанную дату в Министерстве юстиции зарегистрировано 70055 нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти.

Приведенные статистические данные свидетельствуют о следующем.

Во-первых, *об усложнении общественных отношений, связанных с осуществлением, прежде всего, государственных услуг населению.* Процессы построения цифрового государства, развитие сети МФЦ, стало толчком для появления новых правовых отношений, связанных с взаимодействием между этими центрами и федеральными органами исполнительной власти, органами государственных внебюджетных фондов, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, а также органами местного самоуправления.

Во-вторых, *эти отношения нуждаются в серьезном упорядочивании посредством использования различных юридических средств, то есть в государственной регуляции.* Этому способствует расширение Правительством Российской Федерации перечня государственных услуг, предоставление которых организуется по принципу «одного окна» в многофункциональных центрах предоставления государственных и муниципальных услуг федеральными органами исполнительной власти.

В-третьих, *административные регламенты становятся распространенной формой управленческого решения в виде письменного, или электронного акта управления.* При этом выбор управленческого решения с помощью принятия такого ведомственного нормативного правового акта, как административный регламент, в противовес издания актов применения права объясняется, «в первую очередь, правовой природой административного регламента, его большей юридической силой по сравнению с распоряжением и индивидуальным приказом, во-вторых, постоянной четко установленной правовой регламентацией, в-третьих, особой юридической конструкцией...»⁵⁸⁴.

583 Собрание законодательства РФ. 24.01.2005. № 4. Ст. 305.

584 Арзамасов Ю.Г., Назайкинская В.А. Административные регламенты как вид актов государственного управления // RUDN Journal of Law. 2021. Т. 25. № 4. С. 782.

Переход к электронной форме нормативных правовых документов обусловил принятие Указа Президента Российской Федерации от 9 мая 2017 г. № 203 «О стратегии развития информационного общества в Российской Федерации на 2017-2030 годы»⁵⁸⁵. При этом важную роль в данном процессе играет Министерство цифрового развития, связи и массовых коммуникаций Российской Федерации, которым были приняты Единые функционально-технические требования к мероприятиям по модернизации процессов предоставления региональных массовых социально-значимых услуг с применением цифровых административных регламентов⁵⁸⁶.

В-четвертых, *сотрудники Минюста профессионально осуществляют общеправовую экспертизу на соответствие регламентов законодательству и антикоррупционную экспертизу*. При этом актуальность проведения последней обусловлена, главным образом, тем, что при оказании услуг населению могут возникать различные противоправные действия со стороны государственных гражданских служащих. Это и злоупотребление правом, и злоупотребление служебным положением, и различные формы проявления коррупции. В этой связи следует прислушаться к высказыванию А.В. Тарасова о том, что «... коррупция возникает там, где реализуются исполнительно-распорядительные, контрольно-надзорные, юрисдикционные и разрешительные функции государственного аппарата, что вызывает необходимость совершенствования административных процедур в деятельности органов государственного управления и должностных лиц»⁵⁸⁷.

В этой связи сотрудники НИУ ВШЭ А.А. Бальсевич, К.Е. Ксенофонтов, Е.А. Подколзина, в своем исследовании справедливо актуализировали проблему государственного контроля, одним из превентивных инструментов которого являются административные регламенты, утверждая, что последние «будут решать проблему контроля в органах исполнительной власти, если они, с одной стороны, создадут для получателей услуг возможности контроля, а, с другой стороны, для вышестоящих чиновников – стимулы контролировать своих подчиненных, так как возрастает вероятность санкций за недобросовестную работу»⁵⁸⁸. Таким образом, они указали два вида субъектов, заинтересованных в контроле за органами исполнительной власти, во-первых, это физические лица, а во-вторых, это «вышестоящие чиновники». Далее в работе авторы сделали правильный, на наш взгляд, вывод о том, что «... административные регламенты позволяют снизить транзакционные издержки получателей услуг, это ограничивает свободу действий чиновников»⁵⁸⁹.

Конечно, свобода чиновников должна быть ограничена, это вытекает из самой природы публичных отношений, где должен действовать важный межотраслевой принцип «разрешено только то, о чем прямо сказано в законе», то есть где нормы права подзаконных нормативных правовых актов только конкретизируют законодательные положения и не при каких условиях им не противоречат.

585 Собрание законодательства РФ. 15.05.2017. № 20. Ст. 2901.

586 <https://digital.gov.ru/ru/documents/8274/#tdownloadblock>

587 Тарасов А.В. Административные регламенты и поведение мониторинга их исполнения // Организационно-правовые проблемы борьбы с коррупцией в современных условиях развития общества. – СПб., 2010. – С. 106.

588 Бальсевич А.А., Ксенофонтов К.Е., Подколзина Е.А. «Пределы контроля»: административные регламенты и контроль за действиями чиновников: Препринт WP10/2010/02 /. – М.: Изд. дом Гос. ун-та – Высшей школы экономики, 2010. С. 14.

589 Там же. С. 17.

В-пятых, приведенная статистика свидетельствует также о низком качестве, подготовленных федеральными органами исполнительной власти проектов административных регламентов. Такие проекты с точки зрения общей теории права и нормографии следует называть дефектными. При этом, сотрудники Министерства юстиции Российской Федерации проведя правовую и антикоррупционную экспертизу не просто дают заключение о соответствии, или несоответствии административного регламента Конституции и российскому законодательству и о выявленных коррупциогенных факторах, но фактически они осуществляют как контрольную, так и превентивную деятельность против правовых дефектов. В результате, субъекты ведомственного нормотворчества вынуждены принимать действенные меры по совершенствованию своих административных регламентов.

В-шестых, административные акты как источники (формы) права еще не досконально исследованы современными учеными, поскольку они являются не просто новым видом (формой) нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти, а правовым феноменом в российской правовой системе, неотъемлемой частью правового регулирования в Российской Федерации. В этой связи их правовая природа нуждается в новых теоретико-правовых исследованиях.

Данный тезис подтверждает изучение такого объемного фундаментального труда, как «Административное право в системе современного российского права», в котором административные регламенты вообще не были рассмотрены. С другой стороны, в этой монографии, была основательно исследована нормотворческая компетенция федеральных органов исполнительной власти, а также виды различных принимаемых ими подзаконных нормативных правовых актов. Помимо этого, в этой работе был сделан правильный вывод о необходимости упорядочивания правотворческой деятельности федеральных органов исполнительной власти и закрепления исчерпывающего перечня видов правовых актов, которые имеют право принимать федеральные министерства⁵⁹⁰.

Идея о нормативном закреплении всех видов ведомственных нормативных правовых актов не нова, поскольку еще в докторской диссертации мною был предложен авторский проект ФЗ «О нормотворческой деятельности и нормативных правовых актах федеральных органов исполнительной власти»⁵⁹¹. Между тем, с данной мыслью следует согласиться, так как в проекте ФЗ «О нормативных правовых актах в Российской Федерации», подготовленном сотрудниками Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации в ст. 8 «Основные и производные (специальные) нормативные правовые акты», в перечне производных (специальных) нормативных правовых актов мы не находим норму-дефиницию, раскрывающую понятие «административный регламент», поскольку там указан только такой вид (форма) «производного» акта, как регламент, под которым предлагается понимать «акт, устанавливающий порядок деятельности субъекта права»⁵⁹². Правовой анализ показывает, что данное понятие

590 «Формирование и развитие отраслей права в исторической и современной правовой реальности России: в 12 т. Т. VIII Административное право в системе современного российского права» / под редакцией доктора юридических наук, профессора Р.Л. Хачатурова и доктора юридических наук, профессора А.П. Шергина. – М.: Юрлитинформ, 2022. С. 152-153.

591 См.: Арзамасов Ю.Г. Ведомственный нормотворческий процесс в Российской Федерации: Дис. ... докт. юрид. наук. – М., 2004. С. 334-361.

592 О нормативных правовых актах в Российской Федерации (проект федерального закона). 6-е изд., перераб. и доп. / рук. авт. коллектива Т.Я. Хабриева, Ю.А. Тихомиров. – М.: Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2021. С. 27.

можно применить ко многим нормативным правовым актам, а не только к административным регламентам федеральных органов исполнительной власти.

Как показал проведенный анализ, другими проблемами административных регламентов являются отсутствие единого акта, определяющего нормотворческую компетенцию федеральных органов исполнительной власти по принятию административных регламентов и видовое разнообразие административных регламентов, принимаемых этими органами. Однако, «пределы нормотворческой компетенции федеральных органов исполнительной власти ограничены, как правило, функциями, которые осуществляют данные органы»⁵⁹³. При этом, существует определенная вариативность в способах формирования нормотворческой компетенции федеральных органов исполнительной.

Во-первых, административные регламенты могут приниматься на основе «прямого указания закона», то есть конкретных норм, закрепленных в статьях федеральных законов, конкретизируя и детализируя, таким образом, их законодательные положения.

Во-вторых, регламенты могут разрабатываться и приниматься на основе установок законодателя по урегулированию определенной сферы общественных отношений. Так, например, ФЗ от 27 июля 2010 г. № 210-ФЗ «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг» в ст. 12 федеральным законодателем были закреплены требования к структуре административных регламентов⁵⁹⁴. В соответствии с нормами данного закона был принят Административный регламент Федеральной службы государственной регистрации, кадастра и картографии по предоставлению государственной услуги по государственному кадастровому учету и (или) государственной регистрации прав на недвижимое имущество, утвержденный Приказом Министерства экономического развития РФ № 278 от 7 июня 2017 г.⁵⁹⁵

В-третьих, административные регламенты могут приниматься в соответствии со своей компетенцией, установленной актами Правительства Российской Федерации. Примером могут служить Постановление Правительства РФ от 16 мая 2011 г. № 373 «О разработке и утверждении административных регламентов осуществления государственного контроля (надзора) и административных регламентов предоставления государственных услуг»⁵⁹⁶ и Постановление Правительства РФ от 20 июля 2021 г. № 1228 «Об утверждении Правил разработки и утверждения административных регламентов предоставления государственных услуг, о внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых актов и отдельных положений актов Правительства Российской Федерации»⁵⁹⁷.

При этом, регламенты, принятые в соответствии с предписаниями данных постановлений, устанавливают не только сроки и стадии осуществления административных процедур, но и порядок взаимодействия между структурными подразделениями и должностными лицами федеральных органов исполнительной власти, а также взаимодействие федеральных органов исполнительной власти с другими субъектами правоотношений (органами государственной власти и местного самоуправления, госучреждениями

593 Арзамасов Ю.Г. Теория и практика ведомственного нормотворчества в России: монография. – М., 2013. С. 58.

594 См.: Собрание законодательства РФ. 2 августа 2010 г. № 31. Ст. 4179.

595 См.: www.pravo.gov.ru. 4 декабря 2017 г.

596 Собрание законодательства РФ. 30 мая 2011 г. № 22. Ст. 3169.

597 Собрание законодательства РФ. 2 августа 2021 г. № 31. Ст. 5904.

и организациями, юридическими и физическими лицами). Примером может служить Административный регламент исполнения Министерством внутренних дел Российской Федерации государственной функции по осуществлению федерального государственного надзора за соблюдением участниками дорожного движения требований законодательства Российской Федерации в области безопасности дорожного движения, утвержденный Приказом МВД России от 23.08.2017 № 664⁵⁹⁸.

Формируя государственную политику в определенных сферах деятельности, федеральные органы исполнительной власти принимают не только нормативные правовые акты и акты применения права, но и так называемые «смешанные акты», правовая природа которых, как с точки зрения теории государства и права, а, именно, с позиции концепции источников права, а также административного права исследована еще недостаточно. Исключение составляют научные труды административиста, профессора Ц.А. Ямпольской, которая еще в советское время поднимала данную проблему⁵⁹⁹. Что же касается теоретиков права, то в последнее время было написано всего несколько научных работ, посвященных данной проблематике⁶⁰⁰, что лишний раз подтверждает необходимость всестороннего исследования данного вида правовых актов.

Помимо этого, важность дальнейшего исследования административных регламентов актуализируется еще и тем, что отдельные исследователи понимают под ними нормативные правовые акты, закрепляющие исключительно административные процедуры, чем, несомненно, сужают их характеристики. Сказанное подтверждает анализ научной статьи, подготовленной К.П. Геннингом, в которой автор утверждает, что «административные регламенты – это административные акты, устанавливающие «процедурный порядок» в государственном управлении»⁶⁰¹.

Как видим, данное понятие не просто лапидарно, но такая краткость не позволяет увидеть и исследовать все грани этих источников (форм) российского права, фактически она не дает в полном объеме раскрыть сущность административных регламентов, поскольку в этом понятии выделен только тот факт, что рассматриваемые источники закрепляют в основном процессуальные нормы права, придавая им соответствующие формы.

Между тем, в этом нет ничего удивительного, поскольку, скорее всего, предлагая данное понятие, автор опирался на работу таких известных ученых, как Т.Я. Хабриева, А.Ф. Ноздрачев и Ю.А. Тихомиров, которые еще в 2006 г., исследуя проблемы административной реформы, отмечали, что «под административным регламентом понимается нормативный правовой акт, устанавливающий административную процедуру (административные процедуры)»⁶⁰².

Иную трактовку административных регламентов предлагает Е.Н. Маланина, связывая их с деятельностью органов исполнительной власти, в частности она пишет, что «в науке административного права административный регламент понимается как действия или

598 См.: Рос. газета. 13 октября 2017 г. № 232.

599 См., например: Ямпольская Ц.А. О правовых актах Совета народного хозяйства // Сов. государство и право. 1960. № 11.

600 См., например: Кивленок Т.В. Смешанные правовые акты: Монография. - Владимир, 2010; Арзамасов Ю.Г. Юридические конструкции смешанных ведомственных правовых актов // Юридическая техника. 2013. № 7 (ч.2). С. 101-111.

601 См.: Геннинг К.П. Понятие и сущность административного регламента // Вестник Омской юридической академии. 2012. № 2 (19). С. 18.

602 Хабриева Т.Я., Ноздрачев А.Ф., Тихомиров Ю.А. Административная реформа: проблемы и решения // Административная реформа в России. М., 2006. С. 34.

совокупность действий (решений) исполнительного органа государственной власти, его структурных подразделений и должностных лиц, производимых с определенной целью при осуществлении их полномочий»⁶⁰³.

Одним из первых диссертационное исследование административным регламентам посвятил К.В. Давыдов, в нем он предложил научной общественности следующее объемное понятие: «Административные регламенты федеральных органов исполнительной власти – это принятые в установленном порядке компетентными федеральными исполнительными органами в целях оптимизации управленческой деятельности (упорядочения и упрощения административных процедур и действий, устранения избыточных процедур и действий) нормативные административные акты, закрепляющие как общие правила организации деятельности соответствующих исполнительных органов в установленной сфере ведения (в том числе – правила, процедуры внутренней организации деятельности органов), так и сроки и последовательность действий (административные процедуры) этих органов, порядок взаимодействия между их структурными подразделениями и должностными лицами, а также порядок взаимодействия самих федеральных органов исполнительной власти и организаций при исполнении государственных функций и предоставлении государственных услуг»⁶⁰⁴.

В.А. Назайкинская, анализируя особую юридическую конструкцию административных регламентов, отнеся их к кодифицированным подзаконным актам, предложила несколько отличное от других авторов понятие административных регламентов, по ее мнению – это «кодифицированные нормативные правовые акты, особая юридическая конструкция которых закрепляет административные процедуры и стандарты, направленные на реализацию определенных форм государственного управления в целях осуществления правовой политики государства»⁶⁰⁵.

Конечно, юридическая конструкция административных регламентов значительно отличается от других нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти. К примеру, «в приказах текст нормативного акта подразделяется на пункты, подпункты и абзацы, а в положениях, наставлениях, правилах, уставах – на главы, пункты, иногда подпункты и абзацы. При этом нумерация глав производится римскими цифрами, а пунктов и подпунктов – арабскими цифрами с точкой»⁶⁰⁶.

Согласно нормам Постановления Правительства РФ от 16 мая 2011 г. № 373 «О разработке и утверждении административных регламентов осуществления государственного контроля (надзора) и административных регламентов предоставления государственных услуг» обязательными элементами структуры регламентов должны быть «следующие разделы:

- а) общие положения;
- б) требования к порядку осуществления государственного контроля (надзора);
- в) состав, последовательность и сроки выполнения административных процедур (действий), требования к порядку их выполнения, в том числе особенности выполнения административных процедур (действий) в электронной форме;

603 Маланина Е.Н. Понятие и значение административных регламентов // Вестник ЧелГУ. 2011. №4. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/ponyatie-i-znachenie-administrativnyh-reglamentov> (дата обращения: 20.10.2022).

604 Давыдов К.В. Административные регламенты федеральных органов исполнительной власти Российской Федерации: теоретико-правовое исследование: Дис. ... канд. юрид. наук. – Воронеж, 2009. С. 8.

605 Арзамасов Ю.Г., Назайкинская В.А. Административные регламенты как вид актов государственного управления // RUDN Journal of Law. 2021. Т. 25. № 4. С. 785.

606 Арзамасов Ю.Г. Теория и практика ведомственного нормотворчества в России: Монография. – М., Юрлитинформ, 2013. С. 320.

г) порядок и формы контроля за осуществлением государственного контроля (надзора);
д) досудебный (внесудебный) порядок обжалования решений и действий (бездействия) органов, осуществляющих государственный контроль (надзор), а также их должностных лиц»⁶⁰⁷.

Аналогичным образом выглядят требования, предъявляемые к структуре административных регламентов предоставления государственных услуг, установленные Правилами разработки и утверждения административных регламентов предоставления государственных услуг, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 20 июля 2021 г. № 1228, хотя они имеют и свои характерные особенности. Согласно данному документу, «в административный регламент включаются следующие разделы:

а) общие положения;
б) стандарт предоставления государственной услуги;
в) состав, последовательность и сроки выполнения административных процедур;
г) формы контроля за исполнением административного регламента;
д) досудебный (внесудебный) порядок обжалования решений и действий (бездействия) органа, предоставляющего государственную услугу, многофункционального центра, организаций, указанных в части 1 статьи 16 Федерального закона «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг», а также их должностных лиц, государственных или муниципальных служащих, работников»⁶⁰⁸.

Помимо этого, административные регламенты обладают также всеми признаками, присущими ведомственным нормативным правовым актам, к которым можно отнести следующие.

1. Являются, как правило, производными от «первичных» актов (законов, указов Президента, актов Правительства).
2. Выступают конкретизирующим элементом в механизме правового регулирования.
3. Принимаются в соответствии с компетенцией органа власти, либо должностного лица.
4. Являются разновидностью источников (форм) права.
5. Имеют широкий спектр действия, возлагая обязанности, как на органы власти, так и граждан.

Между тем, административные регламенты имеют также собственные, то есть присущие только им характерные признаки, исследование которых и помогает раскрытию их правовой природы.

1. Содержат «производные» нормы права.
2. Закрепляют, в основном, административные процедуры предоставления государственных услуг и осуществления государственного контроля (надзора).
3. Особый порядок принятия.
4. Особое содержание разделов юридических конструкций.
5. Являются одной из форм реализации административной реформы.
6. Выступают превентивной мерой в предотвращении коррупции и других злоупотреблений должностными лицами.
7. Являются средством реализации административной политики государства.
8. Являются результатом специальной кодификации.

607 Собрание законодательства РФ. 30 мая 2011 г. № 22. Ст. 3169.

608 Собрание законодательства РФ. 2 августа 2021 г. № 31. Ст. 5904.

Говоря о характеристиках административных регламентов, профессор А. Ф. Ноздрачев выделяет также еще такую особенность, как отсутствие материальных норм. В этой связи он подчеркивает, что «в административный регламент не могут включаться предписания, имеющие материальный характер. Включение подобных предписаний в регламент может привести к изменению или иному искажению компетенции органа исполнительной власти, что недопустимо»⁶⁰⁹.

Согласно положениям общей теории права, материальные нормы права закрепляют права и обязанности граждан и полномочия органов власти и должностных лиц. Из данной правовой аксиомы следует, что законы должны развивать конституционные положения о правах граждан и полномочиях государственных органов, а административные регламенты своими нормами в одной стороны, должны закреплять процедурные нормы, определенные технологии осуществления функций государственного контроля (надзора) и предоставления государственных услуг, а с другой стороны, они должны закреплять конкретные процедуры контроля за реализацией органами власти и должностными лицами, как те осуществляют функции госконтроля и государственные услуги.

Исключение составляют только должностные регламенты, которые как раз и закрепляют материальные нормативные предписания, поскольку в ч. 2 ст. 47 ФКЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» говорится, что в должностной регламент включаются «... должностные обязанности, права и ответственность гражданского служащего за неисполнение (ненадлежащее исполнение) должностных обязанностей в соответствии с административным регламентом государственного органа, задачами и функциями структурного подразделения государственного органа и функциональными особенностями замещаемой в нем должности гражданской службы». Так, например, Приказом Минфина России от 16 апреля 2018 г. № 82н был утвержден Примерный должностной регламент федерального государственного гражданского служащего Министерства финансов Российской Федерации, в котором наряду с квалификационными требованиями для замещения должности гражданской службы и перечнем вопросов, по которым государственный гражданский служащий может самостоятельно принимать различные управленческие решения, предусматривалось перечислять должностные обязанности, права и ответственность лиц, замещающих должности государственной гражданской службы.

Опора на научные исследования коллег, а также применение проверенного временем метода индукции, позволяет вывести следующие понятие. Административные регламенты федеральных органов исполнительной власти - это подзаконные кодифицированные нормативные правовые акты, принятые компетентными органами, или должностными лицами в особом порядке, направленные на конкретизацию и организационное обеспечение положений нормативных правовых актов, обладающий большей юридической силой, путем закрепления как общих правил организации деятельности и взаимодействия исполнительных органов и их структурных подразделений, так и административных процедур и стандартов предоставления государственных услуг и осуществления государственного контроля (надзора), направленных на реализацию административной политики государства.

609 См.: Ноздрачев А.Ф. Системная регламентация административной деятельности: отечественная доктрина и практика // Законодательство и экономика. № 8. Август 2011 г.

Глава V. Акты судебных органов как источник права

5.1. Роль постановлений Пленума Верховного Суда РФ в правовой системе России

Поскольку Россия относится к романо-германской правовой системе, где основным источником права является закон, а не судебный прецедент, и суды не наделены правотворческой функцией, некоторые ученые не признают обязательность постановлений Пленума Верховного Суда РФ и не относят их к источникам права, полагая, что указанная позиция противоречит принципу разделения властей и сущности судебных органов.

Например, В.В. Ершов полагает, что данные постановления носят рекомендательный характер и должны применяться только в случае их авторитетности и обоснованности⁶¹⁰, а Т.В. Соловьева полагает, что постановления Пленума Верховного Суда РФ, как и все судебные акты, не являются нормативными, так как, по ее мнению, они не соответствуют признакам нормативности⁶¹¹.

Первый признак нормативности, который анализирует указанный автор в своей статье – неконкретность адресата. Т.В. Соловьева считает, что данному признаку постановление Пленума Верховного Суда РФ соответствует только в отношении дефиниций, содержащихся в нем, а относительно порядка применения правовых норм имеет определенного адресата – суд общей юрисдикции⁶¹².

По нашему мнению, трудно согласиться с такой трактовкой данного признака. Представляется, что неконкретность адресата означает распространение правила применения правовых норм в отношении всех участников определенных правоотношений, не только по рассматриваемому делу, а не адресацию данного правила суду общей юрисдикции, поэтому, полагаем, постановления Пленума Верховного Суда РФ обладают признаком неконкретности адресата.

Еще одним признаком нормативности, который, по мнению Т.В. Соловьевой, неприменим к данным судебным актам – это действие независимо от применения (исполнения). Указанный ученый аргументирует свою позицию тем, что правила, содержащиеся в постановлениях Пленума, могут реализоваться только в случае применения их судами⁶¹³.

Думается, что, поскольку многие правовые нормы могут также могут реализоваться только в случае применения их судами, однако их неприменение или неисполнение не отменяет их действия, постановления Пленума Верховного Суда РФ обладают данным признаком, как и признаком нормативности в целом.

Кроме того, Т.В. Соловьева в этой же работе признает, что рассматриваемые судебные акты соответствуют такому признаку нормативности как возможность неоднократ-

610 Ершов В.В. Судебное правоприменение (теоретические и практические проблемы). М., 1991. С. 56.

611 Соловьева Т.В. К вопросу о нормативности Постановлений Пленума Верховного Суда РФ // Законность и правопорядок в российском обществе. 2010. № 1 С. 53.

612 Там же. С. 51-52.

613 Соловьева Т.В. Указ. соч. С. 52-53.

ного применения⁶¹⁴ и указывает, что постановления Пленума Верховного Суда РФ должны быть потенциально нормативными для включения содержащихся в них разъяснений в законодательство в виде правовых норм⁶¹⁵.

Многие ученые подчеркивают важную роль разъяснений Верховного Суда РФ в восполнении пробелов в законодательстве и отмечают, что иногда Пленум Верховного Суда РФ выходит за рамки толкования и формулирует не закрепленные нормами права положения, что подталкивает к реформированию законодательства⁶¹⁶, поэтому называют данные разъяснения «живым правом», способствующим правовой определенности⁶¹⁷ и фактически представляют собой нормативно-правовые акты⁶¹⁸.

Рассмотрим, как урегулирован данный вопрос в законодательстве.

Согласно ст. 126 Конституции РФ⁶¹⁹ и п. 1 ч. 3 ст. 5 ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации»⁶²⁰ в его компетенцию входит давать «разъяснения судам по вопросам судебной практики в целях обеспечения единообразного применения законодательства Российской Федерации», как указал Конституционный Суд РФ в п. 2 Определения от 28.11.2019. №3155-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Михайлова Николая Петровича на нарушение его конституционных прав статьей 195, частями второй и третьей статьи 329 и статьей 383 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации», п. 2 Определения от 24.04.2018 № 1029-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Солодовникова Дениса Анатольевича на нарушение его конституционных прав статьями 11, 195 и 196 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации»⁶²¹ из данных предписаний прямо вытекает обязательность учета таких разъяснений.

Действительно единообразного применения законодательства, обеспечивающего, «единство и непротиворечивость российской правовой системы»⁶²² можно достичь только при условии обязательности для судов позиций Верховного Суда по вопросам судебной практики, поэтому, на наш взгляд, нужно прямо закрепить обязательность указанных разъяснений в ст. 126 Конституции РФ и в ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации».

614 Там же. С. 52.

615 Там же. С. 53.

616 Гасанова Д.П. Юридическая природа и значение постановлений Пленума Верховного Суда РФ в правовой системе России // Научная дискуссия современной молодежи: экономика и право: сборник статей международной научно-практической конференции. Пенза, 2016. С. 596.

617 Момотов В.В. Толкование правовых норм Верховным Судом Российской Федерации в контексте современной правовой системы (окончание) // Государство и право. 2018. № 5. С. 36.

618 Кутовой Я.С., Губайдуллина Э.Х. Роль постановлений Пленума Верховного Суда РФ в обеспечении единства правовой системы // MODERN SCIENCE. 2020. № 4-2. С.61.

619 Конституция Российской Федерации: принята всенародным голосованием 12.12.1993 г. // Собрание законодательства РФ. 2014. № 31. ст. 4398.

620 Федеральный конституционный закон от 5 февраля 2014. № 3-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации» // Российская газета. 2014. № 27.

621 Определение Конституционного Суда РФ от 24.04.2018 № 1029-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Солодовникова Дениса Анатольевича на нарушение его конституционных прав статьями 11, 195 и 196 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации» // Сайт справочно-правовой системы КонсультантПлюс [Электронный ресурс]. URL: <http://www.consultant.ru> (дата обращения: 30.10.2022).

622 Постановление Конституционного Суда РФ от 23.12.2013 N 29-П «По делу о проверке конституционности абзаца первого пункта 1 статьи 1158 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина М.В. Кондрачука» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2014. № 2.

Необходимо отметить, что в ст. 56 ранее действующего Закона РСФСР от 08.07.1981 (в ред. 24.05.2009) «О судостроительстве РСФСР»⁶²³ указывалось, что «Верховный Суд РСФСР изучает и обобщает судебную практику, анализирует судебную статистику и дает руководящие разъяснения судам по вопросам применения законодательства РСФСР, возникающим при рассмотрении судебных дел. Руководящие разъяснения Пленума Верховного Суда РСФСР обязательны для судов, других органов и должностных лиц, применяющих закон, по которому дано разъяснение».

Ч. 2 ст. 13 Федерального конституционного закона от 28.04.1995. № 1-ФКЗ (в ред. от 06.12.2011, действующей до признания утратившей силу главы II указанного закона, закрепляющей порядок образования и деятельности ВАС РФ, ФКЗ от 04.06.2014 N 8-ФКЗ в связи с упразднением ВАС РФ в соответствии с Законом Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 5 февраля 2014 г. N 2-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации и прокуратуре Российской Федерации») «Об арбитражных судах в Российской Федерации», гласила, что по вопросам своего ведения Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации принимает постановления, обязательные для арбитражных судов в Российской Федерации»⁶²⁴.

В действующем российском законодательстве в КАС РФ косвенно закреплена обязательность правовых позиций Верховного Суда РФ для нижестоящих судов (согласно п. 4 ч. 2 и п. 3 ч. 3 ст. 310 КАС РФ одним из оснований для отмены или изменения решения суда в апелляционном порядке является неправильное истолкование закона, в том числе без учета правовой позиции, содержащейся в постановлениях Конституционного Суда Российской Федерации, Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Президиума Верховного Суда Российской Федерации) как проявление одного из видов неправильного применения норм материального права.

П. 3 ч. 2 ст. 330 ГПК (как и п. 3 ч. 2 ст. 270 АПК РФ), также закрепляющий в качестве одного из оснований для отмены или изменения решения суда в апелляционном порядке неправильное истолкование закона в качестве возможного варианта неправильного применения норм материального права, не содержит уточнения, в чем оно может заключаться, а в УПК РФ (п. 3 ст. 389.15) даже не раскрыто, как может проявляться неправильное применение уголовного закона, представляющее одно из оснований отмены или изменения решения суда в апелляционном порядке.

Полагаем, в целях обеспечения ясности законодательства и его единообразного применения необходимо дополнить указанные пункты в данных кодексах содержанием, аналогичным содержанию соответствующих пунктов КАС РФ.

Обязательность правовых позиций Верховного Суда вытекает также из п. 5 ч. 3 ст. 311 АПК РФ (п. 5 ч. 1 ст. 350 КАС РФ, п. 5 ч. 4 ст. 392 ГПК РФ) согласно которому «определение либо изменение в постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации или в постановлении Президиума Верховного Суда Российской Федерации практики применения правовой нормы является одним из оснований пересмотра судебных актов по новым обстоятельствам, если в соответствующем акте Верховного Суда Российской Феде-

623 Закон РСФСР от 08.07.1981 (утратил силу с 01.01.2013) «О судостроительстве РСФСР» // Свод законов РСФСР. Т. 8. С. 7.

624 Федеральный конституционный закон от 28.04.1995 N 1-ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации» // Российская газета. 1995. № 93.

рации содержится указание на возможность пересмотра вступивших в законную силу судебных актов в силу данного обстоятельства».

УПК РФ не содержит подобного основания для пересмотра судебных актов, согласно п. 3 ч. 4 ст. 413 УПК РФ, перечень новых обстоятельств, влекущих такой пересмотр, является открытым, исходя из этого, думается, что в УПК РФ также возможно закрепление данного основания в качестве нового для пересмотра, аналогично иным процессуальным кодексам РФ, но при условии, что определение или изменение практики применения улучшает положение лица, в отношении которого вынесены данные судебные акты.

Таким образом, в российском законодательстве косвенно закреплена обязательность разъяснений Верховного Суда РФ для нижестоящих судов по вопросам единообразного применения нормативно-правовых норм, что подтверждает Конституционный Суд РФ, обязательность решений которого прямо установлена в ст. 6 ФКЗ «О Конституционном Суде РФ».

Давая разъяснения по вопросам судебной практики, Верховный Суд РФ, дает толкование правовых норм, которое предшествует и способствует их конкретизации⁶²⁵.

Посредством такой конкретизации Верховный Суд РФ восполняет пробелы законодательного регулирования в различных отраслях права.

Так, в уголовном праве таким способом устанавливаются правила квалификации преступлений, практически отсутствующие в законодательстве⁶²⁶. При этом Верховный Суд формулирует правоприменительные фикции, которые усиливают или ослабляют уголовную ответственность, установленную законодателем, с целью учета общественной опасности виновного и совершенного им деяния⁶²⁷.

Например, согласно п. 4 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27.12.2002 № 29 «О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое» «если присутствующее при незаконном изъятии чужого имущества лицо не сознает противоправность этих действий либо является близким родственником виновного, который рассчитывает в связи с этим на то, что в ходе изъятия имущества он не встретит противодействия со стороны указанного лица, содеянное следует квалифицировать как кражу чужого имущества»⁶²⁸.

Таким образом, в данном случае открытое хищение чужого имущества приравнивается к тайному хищению чужого имущества, тем самым ослабляется уголовная ответственность лица, его совершившего.

А, например, в п. 11 в Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 26.01.2010 г. № 1 «О применении судами гражданского законодательства, регулирующего отношения по обязательствам вследствие причинения вреда жизни или здоровью гражданина»⁶²⁹, указаны факты, подлежащие доказыванию истцом и ответчиком, в соответствии

625 Судебная практика в современной правовой системе России: монография / Т.Я. Хабриева, В.В. Лазарев, А.В. Габов и др.; под ред. Т.Я. Хабриевой, В.В. Лазарева; Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. М.: Проспект, 2020. С. 86.

626 Лопашенко Н.А. О позициях Пленума Верховного Суда РФ в вопросах толкования ответственности за незаконное предпринимательство // Уголовное право. 2005. № 2. С. 42.

627 Тарасенко В.В. Презумпции и фикции в уголовном правотворчестве и в разъяснениях Верховного Суда Российской Федерации // Вестник ВГУ. Серия: Право. 2015. № 3. С. 273.

628 Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27.12.2002 № 29 «О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое» // Российская газета. 2003. № 9.

629 Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26.01.2010 г. № 1 «О применении судами гражданского законодательства, регулирующего отношения по обязательствам вследствие причинения вреда жизни или здоровью гражданина» // Российская газета. 2010. № 24.

с презумпцией вины причинителя вреда (ч. 2 ст. 1064 ГК РФ), отсутствующие в законодательстве, что создавало неопределенность в применении данной нормы.

Таким образом, постановления Пленума Верховного Суда РФ играют очень важную роль в правовом регулировании, восполняют пробелы в законодательстве и обеспечивают его правильное применение в конкретных ситуациях, они обязательны для нижестоящих судов, поэтому необходимо прямо закрепить данный факт в Конституции РФ для достижения определенности в законодательстве, судебной практике и правовой доктрине.

5.2. О роли Конституционного Суда Республики Болгария при осуществлении контроля на соответствие Конституции

Конституционный суд Республики Болгария (КС) создан в начале 90-х годов XX века. Он является результатом деятельности Великого Народного Собрания седьмого созыва, которое в 1991 г. приняло действующую у нас Конституцию (КРБ). Через нее была предпринята попытка одновременно некоторой относительной преемственности с уже накопленным опытом, но и утверждения современной конституционной модели, основанной на концепции разделения властей и введения в Болгарии достижений государств с более длительной и богатой демократической традицией. Так, через несколько десятилетий после того, как в Европе массово появились юрисдикции конституционного контроля (чаще всего это происходило сразу после окончания Второй мировой войны), такой орган был создан и в нашей стране.

Статус, состав и полномочия КС регулируются главой восьмой Конституции, а более конкретные вопросы организации и порядка его деятельности - Законом о Конституционном Суде. В целом, Основной закон Республики Болгария ставит перед КС две основные задачи⁶³⁰ - осуществлять абстрактное толкование конституционных положений с целью их дальнейшего применения (ст. 149, п. 1, пп. 1 КРБ); и осуществлять конституционный контроль за актами более низкого иерархического уровня (ст. 149, п. 1, пп. 2 и пп. 4 КРБ). Принятие обязательных интерпретационных решений является относительно редким полномочием конституционной юрисдикции. Включение его конституционным законодателем в число полномочий КС, вероятно, обусловлено главным образом необходимостью быстрого накопления конституционной практики, компенсирующей отсутствие демократических традиций⁶³¹. Абстрактная интерпретация сама по себе является серьезной и достаточно сложной темой, чтобы стать предметом самостоятельного исследования, и я не буду здесь касаться ее. Важным для настоящей статьи является второе упомянутое полномочие КС, а именно контроль за соблюдением Конституции, с одной стороны, и актов более низкой степени, с другой. Здесь следует различать несколько гипотез. С одной стороны, законы и другие акты Национального Собрания, а также Президента, а с другой стороны, международные договоры, заключенные Республикой Болгарией до их ратификации, подлежат проверке на соответствие Конституции. Делаю оговорку, что другие случаи иерархического контроля, осуществляемого КС, такие как соответствие законов общепризнанным нормам международного права или международным договорам, участницей которых является Болгария, останутся за рамками настоящей статьи.

630 Под словосочетанием «основные задачи» я не ранжирую полномочия КС по значимости (как этого не делает и сама Конституция), а имею в виду те из них, которые чаще всего реализуются на практике и входят в состав уже привычной деятельности КС.

631 Ташев, Р. *Общая теория на правото. Основни правни понятия*. Четв. преработено и допълнено издание, С.: Сиби, 2010, с. 57.

1. Проверка конституционности законов и иных актов Народного собрания и актов Президента.

Это относительно классическая функция любой конституционной юрисдикции, а именно осуществление контроля за действиями различных политических органов. Здесь следует провести различие, которое видно из сложившейся практики КС⁶³², между нормативными и ненормативными актами. Согласно Постановлению №3 от 2020 г., ненормативными актами являются законы в формальном смысле, решения Народного собрания и указы Президента. Нормативными следует признать все остальные законы. Это разграничение необходимо, поскольку последствия признания актов двух указанных категорий неконституционными различны. Противоречащие КРБ, ненормативные акты утрачивают силу с момента их принятия или издания. Это следует из положения уже упомянутого Постановления №3 от 2020 г. Следует отметить, что это представляет собой своеобразный поворот в практике КС, поскольку до этого существовало понимание, что решения КС о признании неконституционными имеют силу только в будущем. Хотя я считаю, что КС правильно изменил свою позицию по этому вопросу, так как обратное десятилетиями приводило к решениям КС без реальных правовых последствий, тем самым подрывая как принцип верховенства Основного закона, так и авторитет Конституционного Суда, следует также отметить, что положение ст. 151, п. 2 Конституции не делает различий между различными видами актов. В этом смысле здесь Конституционный суд осуществляет «творческую», можно сказать, активистскую интерпретацию Конституции. Наоборот, в случае неконституционных правовых актов последствия решения КС, которым они были признаны таковыми, не связаны с их первоначальной недействительностью, а ведут к их неприменению в будущем. Здесь также следует указать на изменение практики КС, так как согласно Постановлению № 22 от 31.10.1995 г. по к.д. № 25 от 1995 г. «при признании Конституционным судом неконституционным закона, отменяющего или изменяющего действующий закон, последний восстанавливает свое действие в редакции до вступления в силу отмены или изменения решения суда», а согласно уже неоднократно упомянутому Постановлению № 3 от 2020 г., по сути, утверждается как раз обратное, а именно, что «решение Конституционного Суда, которым закон, изменяющий или отменяющий действующий закон, признается неконституционным, восстановительного действия не имеет». Все это говорит о том, что даже в отношении традиционного вопроса всегда есть возможные нюансы и альтернативы, а выбор между вариантами часто является результатом временного консенсуса, а не обязательно долгосрочного и устойчивого решения.

После того, как мы рассмотрели контроль на соответствие Конституции актов, принимаемых Народным собранием и изданных Президентом, предлагаю теперь также обратить внимание на тему (не)соответствия КРБ международным договорам.

2. Проверка соответствия конституции международных договоров.

Прежде всего, я считаю важным сделать некоторые предварительные пояснения касательно объема анализа. Здесь будут обсуждаться только те международные договоры, которые ратифицированы Народным собранием, заключены между субъектами международного публичного права и регулируются им (я называю их «классическими международными договорами»). Т. наз. договорные сделки, в которых государство участву-

632 См. Постановление КС № 3 от 28.04.2020 г. по к.д. № 5 от 2019 г.4 См., напр., Постановление КС № 2 от 30.01.2018 г. по к.д. № 8 от 2017 г.

ет в частном юридическом качестве, не становятся частью нашего внутреннего права и должны быть исключены из настоящего обсуждения. Из чисто практических соображений вне предметного поля статьи также оставляю договоры, относящиеся к праву Европейского союза, поскольку, хотя я считаю, что между ними и классическими международными договорами нет весьма существенной разницы, что требует их трактования по-разному с точки зрения болгарской правовой системы, то по теме существует слишком много разных направленных мнений и практики многочисленных национальных и наднациональных юрисдикций, обсуждение которых здесь значительно усложнило бы проблематику вопроса, и по этой причине я считаю целесообразным оставить их в стороне для другого отдельно посвященного им текста. Ограничусь лишь тем, что вопрос об иерархическом расположении между национальными конституциями государств-членов и договорами, составляющими основную часть основного права ЕС, вряд ли может быть изначально и безоговорочно решен категорически, поскольку возможно, что ответ будет варьироваться в зависимости, по крайней мере, от трех видов факторов - специфики казуса, в котором он ставится; социальной и политической конъюнктуры, действующей в соответствующее время; и вида ответственного органа.

При осуществлении КС контроля за соответствием международных договоров основному закону возникают три основные группы вопросов - (1) когда и как КС может осуществлять конституционный контроль на соответствие; (2) по каким причинам может возникнуть конфликт между КРБ и международным договором; и (3) каковы последствия признания международного договора неконституционным. Мне приходилось относительно подробно писать об этих вещах в другой статье⁶³³, так что теперь я ограничусь лишь их схематичным обозначением, не вдаваясь в частные подробности. Представляется, по крайней мере, на данный момент, что не оспаривается тот факт, что в случае обращения с такой просьбой Конституционный суд имеет право контролировать соответствие международных договоров Конституции до их ратификации. Это следует из положения ст. 149, п. 1, пп. 4 КРБ и, хотя и немного, но такие решения КС все же есть⁶³⁴. Однако сложнее ответить на вопрос, может ли КС контролировать конституционность международных договоров после того, как они уже ратифицированы Народным собранием. Согласно некоторым актам КС, такой контроль возможен только в отношении самого закона о ратификации, но не в отношении договора, который он интегрирует в болгарский правовой порядок⁶³⁵. В других случаях КС принимает обратное (следует отметить, что эта практика более поздняя, но это не решает вопрос категорически), а именно, что контролю подлежит как ратификационный закон, так и сам международный договор⁶³⁶. Каждая из этих позиций имеет свои причины - первая выделяется стабильностью, которую она обеспечивает, а вторая - своей нетерпимостью к возможному противоречию между договором и Конституцией. Однако, это также несет в себе риск того, что государство фактически «отступит» от своих международных обязательств через решения КС, после того как оно

633 См. Начев, Д. О (не)соответствии между международными договорами и Конституцией Республики Болгарии. В.: Источники права - современные отечественные и международно-правовые аспекты. Сборник докладов конференции по проекту «Иерархия и согласование источников права в современных национальных правовых системах России и Болгарии», сост. Я. Стоилов и Д. Вылчев, С.: УИ «Св. Климент Охридский», 2022, 158-165.

634 См., напр., Постановление КС № 13 от 27.07.2018 г. по к.д. № 3 от 2018 г.

635 См. Определение КС № 2 от 27.07.1995 г. по к.д. № 16 от 1995 г.

636 См. Постановление КС № 9 от 16.06.1999 г. по к.д. № 8 от 1999 г.

уже выразило свое формальное согласие с договором посредством его ратификации Народным собранием.

Не менее важной является проблема того, где и каким образом может возникнуть возможный конфликт между КРБ и международным договором. Я считаю, что можно выделить три отдельные гипотезы, каждая со своими особенностями. Первый вариант наиболее классический – это наличие изначальной неконституционности договора. Определенным образом данный текст (тексты) международного договора не соответствует правилу или принципу Конституции *ab initio*. Второй вариант заключается в том, что несовместимость двух видов источников права возникает на более позднем этапе в результате явного изменения Конституции. И третья возможная гипотеза, которая, на мой взгляд, является наиболее проблематичной, но, пожалуй, и наиболее вероятной, заключается в том, что неконституционность появилась на более позднем этапе, но не в результате явного изменения данного текста, а в изменение способа толкования Конституции или международного договора. Уже стало ясно, что практика КС иногда может содержать внутренние противоречия и не всегда полностью последовательна⁶³⁷. Еще с большей уверенностью и определенностью это можно сказать о практике различных наднациональных юрисдикций, на которые зачастую возлагается задача толкования тех или иных международных договоров. Для них часто характерна относительно высокая степень судебной активности⁶³⁸. А это создает реальные риски будущих противоречий с национальными конституциями государств-участников договора.

Третий вопрос касается последствий возможного противоречия между КРБ и международным договором. Принимая позицию КС о том, что Конституция имеет иерархический приоритет над международными договорами⁶³⁹, мы можем обсудить тему с помощью уже упомянутых трех вариантов изначальной или возникающей впоследствии неконституционности. Если международный договор не соответствует КРБ с самого начала и это установлено решением КС до его ратификации, то он не может быть ратифицирован без внесения соответствующих изменений ни в договор, ни в Конституцию. Если эта изначальная несовместимость обнаруживается после того, как договор уже ратифицирован, то проблема значительно усложняется, так как государство уже обязалось действовать в соответствии с договором, но окажется объективно неспособным сделать это из-за противоречия с актом более высокой степени – Конституцией. Если несовместимость возникает из-за явного изменения конституционных положений или из-за принятия нового Основного закона, то следует надеяться, что сам конституционный законодатель даст нам ответ на вопрос, что происходит с международными договорами, ратифицированными до изменения или до принятия новой Конституции, в случае противоречия между ними. В противном случае мы снова попали бы в неопределенность предыдущей гипотезы. Последний вариант, как я уже упоминал, является наиболее проблематичным, и это также видно из неопределенности последствий такого рода несоответствия, а именно, когда

637 По теме противоречий в практике Конституционного суда Болгарии см. Стоилов Я. Противоречия в практике Конституционного Суда. В.: Конституционные исследования, том 2, издание Конституционного суда Республики Болгарии, С.: УИ «Св. Климент Охридский», 2020, 55-87.

638 По вопросу о судебном активизме, см.: Nachev, D. Judicial Activism and the Democratic Legitimacy of Courts. In: The Role of Courts in Contemporary Legal Orders, (Ed.) Martin Belov, The Hague: Eleven International Publishing, 2019, 133-138.

639 См., напр., Постановление КС № 7 от 02.07.1992 г. по к.д. № 6 от 1992 г.; и Постановление КС № 4 от 01.04.1999 г. по к.д. № 31 от 1998 г.

оно появляется в результате судебной активности какой-либо из юрисдикций, которые интерпретируют и применяют Конституцию или международный договор. Пример такой ситуации был сравнительно недавно в связи с противоречием между ст. 3 Протокола № 1 к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод и ст. 42, п. 1 Основного закона Болгарии о конституционном запрете на осуществление права голоса лицами, лишенными свободы, и лицами, ограниченными в правах. В результате этого вновь возникшего противоречия Совет министров обратился в КС с просьбой о «соответствующем толковании», посредством которого КС путем разъяснения устранил бы несоответствие между Конституцией и конвенцией. Верховный суд совершенно справедливо отклонил адресованную ему просьбу⁶⁴⁰. В какой-то мере здесь мы также оказались бы в предыдущей ситуации простого противоречия, возникшего после ратификации договора, но только при отсутствии постановления КС по этому поводу. Однако это наиболее рискованно – если в КС обратились с просьбой оценить соответствие того или иного международного договора КРБ до его ратификации и вынесли решение о соответствии договора Основному закону. Тогда было бы значительно сложнее впоследствии аргументировать противоречие между ними, возникшее в результате практики толкования юрисдикций, ответственных за надлежащее применение Конституции и договора. Это также связано с тем, что даже самые активные юрисдикции на практике никогда не позволяют себе открыто объявлять себя таковыми, а всегда претендуют лишь на поиск точного смысла применяемых ими норм. Это, вероятно, повлечет за собой и необходимость адаптации КС собственного понимания смысла положений Конституции к практике юрисдикции, толкующей и применяющей международный договор, с тем, чтобы привести их, хотя бы на первый взгляд, в соответствие одного с другим, подтверждая тем самым правоту своей исходной позиции об отсутствии противоречия.

Этот текст имеет своего рода обзорный характер. Он описывает практику Конституционного суда Болгарии по вопросам, связанным с его полномочиями по осуществлению юрисдикционного контроля за соответствием различных подконституционных актов Основному закону. Однако я надеюсь, что, кроме того, мне удалось поднять некоторые принципиальные и концептуальные вопросы, которые могли бы способствовать будущим дискуссиям по этой теме. Право – это «живой организм». Он меняется в зависимости от различных социальных факторов, и чем динамичнее развиваются социальные процессы, тем активнее правопорядок должен приспосабливаться к ним, чтобы эффективно их регулировать. Переосмысление некоторых недавно сложившихся юридических конструкций, связанных с видами источников права, иерархией между ними, ролью юрисдикционных органов, местом и задачами национальных государств в международном порядке и другими, требует от нас поиска новых решений этих новых проблем.

5.3. Решения Конституционного Суда Российской Федерации как источник права (на примере правовых позиций о соотношении национального и международного права)

Определение актуальной системы источников национального права традиционно является одним из ключевых вопросов правовой доктрины каждой страны. Не является исключением и современная Россия. Проблема актуализации круга источников российского права осложняется несколькими факторами: федеративным государственно-тер-

640 См. Определение КС № 8 от 18 октября 2022 г. по к.д. № 15 от 2022 г

риториальным устройством, разным уровнем правового развития отдельных территорий России, отсутствием неоднократно предлагаемого к принятию Федерального закона «О нормативных правовых актах» (аналоги которого есть во многих странах мира), сложным соотношением наднационального и внутригосударственного права и пр. Весьма неоднозначно рассматривается вопрос о правотворческих возможностях судов и месте решений судов высшего звена в системе российского права.

В свете определения перечня источников современного отечественного права нельзя не отметить особой роли решений (главным образом, постановлений и определений) Конституционного Суда РФ. На сегодняшний день в российской теории и практике отсутствует четкий ответ на вопрос о юридической природе и силе таких правовых актов. В целом преобладает понимание их как особых, нетипичных источников отечественного права⁶⁴¹. При более детальном рассмотрении вопроса об отнесении постановлений и определений Конституционного Суда РФ к источникам отечественного права складывается вывод о трех основных точках зрения.

1. Согласно первой из них⁶⁴², постановления и определения Конституционного Суда РФ, формулирующие определенные конституционные правила поведения различных субъектов конституционно-правовых отношений (фактически конституционные нормы) не просто выступают источниками права, но и являются одним из важнейших системообразующих звеньев федерального законодательства. При этом по юридической силе содержание настоящих решений приравнивается к юридической силе самой Конституции РФ. Нормотворчество Конституционного Суда воплощается в его «правовых позициях», т.е. обобщенных представлениях Суда по конкретным конституционно-правовым проблемам. Из предлагаемых определений понятия «правовые позиции»⁶⁴³ наибольшей полнотой и четкостью отличается, на наш взгляд, определение, предложенное Н. В. Витруком. По его мнению, «правовые позиции Конституционного Суда РФ есть правовые выводы и представления Суда как результат интерпретации (толкования) судом духа и буквы Конституции РФ и истолкование им конституционного смысла (аспектов) положений отраслевых (действующих) законов и других нормативных актов в пределах его компетенции, которые снимают неопределенность в конкретных конституционно-правовых ситуациях и служат правовым основанием итоговых решений (постановлений) Конституционного

641 Минникес И.В. Нетипичные источники в конституционном праве // Конституционное и муниципальное право. 2021. №9. С. 4.

642 Витрук Н.В. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации: понятие, природа, юридическая сила и значение // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 1999. №3. С. 95–102; Невинский В.В. Российское конституционное законодательство: проблемы системообразования и пределы унификации // Российская правовая система: становление, проблемы, пути совершенствования: Мат. респ. науч. конф. / под ред. В.К. Гавло, В.Я. Музюкина, В.В. Невинского. Барнаул, 2001. С. 15–17; Ведерников Н.Т. Актуальные вопросы деятельности Конституционного Суда Российской Федерации // Государственная власть и права человека: Мат. науч.-практ. конф., посвященной 85-летию со дня рождения профессора А.И. Кима. 14 декабря 2000 г. / Отв. ред. В.Ф. Волович. Томск, 2001. С. 124; Бланкенгель А. Пробелы в Конституции Российской Федерации и возможности ее совершенствования // Пробелы в Российской Конституции и возможности ее совершенствования / Ред.-сост. К.Г. Гагнидзе. М., 1998. С. 12; Татаринов С.А. Вопросы конституционного законодательства в постановлениях Конституционного Суда Российской Федерации (1992–2001 гг.): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2002. С. 18.

643 Гаджиев Г.А. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации как источник конституционного права // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 1999. №3. С. 81–85; Кряжков В.А., Лазарев Л.В. Конституционная юстиция в Российской Федерации. М., 1998. С. 246–249; Смирнов Л.В. Деятельность судов Российской Федерации как источник права // Журнал российского права. 2001. №3. С. 51–52.

Суда»⁶⁴⁴. Правовые позиции, во-первых, носят официальный характер; во-вторых, общий характер, т.е. распространяются не только на конкретное рассмотренное Конституционным Судом дело, но и на аналогичные случаи, возможные в будущем; в-третьих, многократно применимы; в-четвёртых, имеют такую же юридическую силу и обязательность по всей территории России, как и сами решения Конституционного Суда. Правовые позиции по своему характеру и содержанию не могут отождествляться с самим постановлением (определением) Конституционного Суда, поскольку выступают лишь его частью (хотя бы и наиболее важной) и логико-правовой основой резолюции.

2. Представители второго направления⁶⁴⁵ не исключают отнесения нормативных постановлений и определений Конституционного Суда к источникам права, но настаивают на «подконституционном» уровне их юридической силы. При этом существует разброс мнений, когда решение Конституционного Суда РФ по юридической силе ставится на уровень между Конституцией РФ и другими законами (Авакьян С.А.); объявляется тождественным конституционному закону (Ж.И. Овсепян, Ю.А. Киреева) или же превалирующим над обыкновенным законом (М.В. Баглай). Своеобразно мнение Г. Гаджиева, полагающего, что правовая позиция коррелирует с правом, «а вот постановление Конституционного Суда с оценкой оспоренной нормы всегда имеет отношение к законодательству»⁶⁴⁶.

3. Ряд ученых в различных вариациях отрицают нормативную юридическую силу правовых позиций Конституционного Суда и не относят его решения к источникам права⁶⁴⁷. Так, Ю.А. Тихомиров обосновывает свою точку зрения тем, что официальное толкование конституции – не самостоятельные нормы, а своего рода обязательные содержательные приложения, раскрывающие их ценностный смысл для правотворчества и последующего законотворчества⁶⁴⁸. Б.А. Страшун усматривает «ненормативность» правовых позиций в том, что они содержатся «только в мотивировочной части постановлений», хотя они присутствуют и в резолютивной части⁶⁴⁹.

Своеобразна позиция В.В. Захарова, признающего источником права особого рода только решения о неконституционности норм права, но не иные виды решений Конституционного Суда РФ⁶⁵⁰.

Изучение правовых позиций Конституционного Суда, особенно по делам о толковании отдельных положений Конституции РФ, позволяет утверждать, что Суд зачастую фор-

644 Витрук Н.В. Указ. соч. С. 95.

645 Овсепян Ж.И. Акты органов судебного (квазисудебного) конституционного контроля (на материалах Австрии, Италии, Испании, Франции, ФРГ) // Государство и право. 1994. №3. С. 118-119; Баглай М.В. Конституционное право Российской Федерации. М., 1998. С. 27; Киреева Ю.А. Конституционный Суд и конституционное судопроизводство. Дисс... канд. юрид. наук. Краснодар, 1998. С. 169; Авакьян С.А. Конституционное право России: в 2 т. Том 1. М.: Норма: Инфра-М, 2010. С. 86.

646 Гаджиев Г.А. Указ. соч. С. 85.

647 Пиголкин А.С. Толкование норм права и правотворчество: проблемы соотношения // Закон: создание и толкование / Под ред. А.С. Пиголкина. М., 1998. С. 73-74; Козлова Е.И., Кутафин О.Е. Конституционное право России. М., 1999. С. 18-22; Арзамасов Ю.Г. Нормотворчество органов внутренних дел: Учеб. пособие. Барнаул, 2000. С. 8; Михалева Н.А. Координация правотворчества в Российской Федерации. М., 1996. С. 15; Лапаева В.В. Разграничение законодательных правомочий Федерации и ее субъектов (на материалах законодательства об общественных объединениях) // Журнал российского права. 2002. №12. С. 15.

648 Тихомиров Ю.А. Система конституционного законодательства // Законодательство и экономика. 1998. №6. С. 7.

649 Страшун А.Б. Федеральное конституционное право России. М., 1996. С. 11.

650 Захаров В.В. Решения Конституционного Суда Российской Федерации как источник конституционного права. М., 2005. С. 45.

мирует новое положение нормативного характера, развивающее и обогащающее нормы Конституции РФ и находящееся с ней в неразрывной связи. В связи с этим нарушение правовых позиций Конституционного Суда РФ «будет означать нарушение интерпретируемых норм Конституции России»⁶⁵¹. Правовые позиции выступают логическим продолжением норм конституции и потому не могут обладать отдельной от нее юридической силой. Более того, иногда правовые позиции опережают и предвосхищают федерального законодателя, задавая рамки и критерии его будущих норм в виде соответствующих рекомендаций. В итоге становится очевидным, что правовые позиции, содержащиеся в постановлениях и определениях Конституционного Суда РФ способны корректировать нормативно-правовую среду, а значит выступать в качестве своеобразных источников права. Как справедливо замечают М.П. Авдеенкова и Ю.А. Дмитриев «Конституционный Суд РФ не ограничивается отменой норм права, обосновывая свою позицию, он фактически создаёт новые нормы права, которые должны ложиться в основу всех нормативных правовых актов в РФ»⁶⁵². Такое положение обуславливает вывод не только о правотворческом характере некоторых решений Конституционного Суда России, но и об их «преобразовательной» роли в отношении конкретных норм Основного закона. Другими словами, в решениях Конституционного Суда содержатся правовые позиции, которые, при определённых обстоятельствах трансформируют действительный смысл той или иной нормы действующей конституции, адаптируя положения конституции к изменяющимся условиям жизни российского общества⁶⁵³.

Нормотворчество Конституционного Суда может быть убедительно проиллюстрировано правовыми позициями по различным вопросам общественной и государственной жизни. Данные правовые позиции стали предметом научной систематизации в ряде изданий⁶⁵⁴. Тесная связанность Конституции РФ и правовых позиций Конституционного Суда РФ позволяет, по мнению М.А. Митюкова, говорить о Конституции в широком смысле слова, которую фактически составляют кроме самого конституционного текста федеральные конституционные законы и постановления Конституционного Суда об официальном и казуальном толковании Основного закона⁶⁵⁵. В США, по свидетельству В.Е. Чиркина, часто говорится о «живой конституции», под которой понимают толкование статей американской конституции Верховным Судом за более чем 200-летний пери-

651 Бриксов В.В. Критерии конституционности объектов федерального судебного конституционного контроля: некоторые проблемы // Государство и право. 2002. № 12. С. 104.

652 Конституционное право в Российской Федерации: Курс лекций. В 9 тт. Т. 1. Основы теории конституционного права / М.П. Авдеенкова, Ю.А. Дмитриев. М.: «Весь Мир», 2005. С. 177.

653 Волкова Н.С. Приёмы формирования правовой позиции Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. 2005. №9. С. 79-85; Варламова Н.А. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации: юридическая природа, техника выявления и проблемы имплементации в правовую систему // Проблемы исполнения федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов Российской Федерации решений Конституционного Суда Российской Федерации и конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации: Мат. Всерос. совещания (Москва, 22 марта 2001 г.) / под ред. М.А. Митюкова, С.В. Кабышева, В.К. Бобровой и С.Е. Андреева. М., 2001. С. 140-148.

654 Лазарев Л.В. Правовые позиции Конституционного Суда России. М.: ОАО Издательский дом «Городец», «Формула права», 2003; Любимов А.П. Комментарий к Конституции Российской Федерации (толкования и истолкования Конституции РФ в решениях Конституционного Суда РФ с постатейным алфавитно-предметным указателем. М.: «Экзамен», 2005; Несмеянова С.Э. Судебная практика Конституционного Суда РФ с комментариями. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007.

655 Митюков М.А. Поправки к конституции: некоторые политико-юридические аспекты // Конституция как фактор социальных изменений / Отв. ред. Л.О. Иванов. М., 1999. С. 81.

од ее действия⁶⁵⁶. Кроме правотворческого характера, постановления и определения Конституционного Суда обладают многими качествами нормативного правового акта, как то: абсолютно обязывающая сила для всех государственных и местных органов власти, должностных лиц и граждан, то есть общеобязательность; неограниченность действия во времени; общенациональный масштаб действия; обязательность опубликования; многократная применимость ко всем аналогичным случаям, что также подчёркивается рядом исследователей⁶⁵⁷.

С учётом лимита данного материала и его тематической направленности, ограничимся кратким рассмотрением отдельных решений Конституционного Суда РФ, в которых раскрываются их нормативно-преобразовательные свойства, касающиеся вопросов соотношения национального и международного права. Основная научная идея состоит в том, чтобы систематизировать правовые позиции Конституционного Суда РФ по вопросам инкорпорации международного права в правовую систему России, дедуцировать их телеологическую общность и показать их правотворческий характер. Недостаточная изученность правовых позиций Суда по заявленной теме, сложность и дискуссионность данной проблематики на фоне ее практической актуальности несомненно свидетельствуют о необходимости дальнейшего исследования этих вопросов.

Процессы интернационализации российского права, получившие свой импульс ещё в середине 90-х гг. прошлого столетия, стали одной из явных закономерностей развития отечественной правовой системы в постсоветский период. Несмотря на суверенитет Российского государства и самобытность национально-правовой системы нашей страны следует констатировать, что она испытывает заметное влияние международного права. Такое состояние обусловлено рядом факторов, в том числе общей тенденцией глобализации современного мира, стремлением России к усилению интеграции с зарубежными странами, а также положениями ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, способствующими консолидации наднационального и внутригосударственного права. При этом общее усложнение в последние годы международной обстановки, активная антироссийская санкционная политика и попытки изолировать нашу страну на международной арене сохранили в целом указанную закономерность развития отечественного права, но с некоторыми, обусловленными временем, коррективами. Учёт конвергенции национального и международного права является одним из направлений правовой политики нашего государства⁶⁵⁸.

Как известно, в ч. 4 ст. 15 Конституции РФ установлено следующее: «Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью её правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора». Как видно, Конституция РФ исходит из включенности общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров в правовую систему России и приоритета (примата) по-

656 Чиркин В.Е. Конституционное право зарубежных стран. М., 1999. С. 27; Фридмен Л. Введение в американское право. М., 1993. С. 152.

657 Эбзеев Б.С. Толкование Конституции Конституционным Судом Российской Федерации: теоретические и практические проблемы // Государство и право. 1998. №5. С. 7; Бондарь Н.С. Нормативно-доктринальная природа решений Конституционного Суда Российской Федерации как источников права // Журнал российского права. 2007. №4. С. 75; Бондарь Н.С. Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. М.: Норма; Инфра-М, 2011. С. 125-128.

658 Anichkin E.S. Constitutionally-legal policy as base type of legal policy of Russia // International Journal of Environmental and Science Education. 2016. Vol. 11. no. 10. P. 3907-3914.

следних над внутренним законодательством. Данный подход не является оригинальным и в настоящее время наблюдается во многих зарубежных странах (например, Франция, Бельгия, Швейцария, Чехия, Польша, Украина, Болгария).

Несмотря на однозначное, на первый взгляд, содержание указанной нормы, конституционная практика высветила необходимость её смысловых уточнений. В этой связи в рамках настоящей статьи хотелось бы рассмотреть три взаимосвязанных и малоисследованных сегмента заявленной темы: выявленные конституционной судебной практикой проблемы толкования ч. 4 ст. 15 Конституции РФ; система правовых позиций Конституционного Суда РФ по вопросу соотношения международного и внутреннего права; пределы интернационализации отечественного права.

Основная дискуссия сводится к различию во взглядах тех, кто обосновывает абсолютный характер интернационализации российского права⁶⁵⁹ и тех, кто допускает исключения из конституционных положений о приоритете международного права в пользу внутреннего права⁶⁶⁰. Автор придерживается второго подхода, анализируя выявленные в ходе развития текущего законодательства, а также судебной практики Конституционного Суда РФ случаи доминирования внутреннего российского права над международными договорами.

Несмотря на 29-летний срок действия Конституции РФ положения ч. 4 ст. 15 до сих пор вызывают некоторые вопросы, не нашедшие чёткого ответа в текущем законодательстве, правовых позициях Конституционного Суда РФ и Верховного Суда РФ и правоприменительной практике иных федеральных судов. В частности, к числу таких вопросов можно отнести следующие.

Во-первых, не совсем ясна разница между категориями «общепризнанные принципы международного права» и «общепризнанные нормы международного права». Попытка дать разъяснение по этому вопросу была предпринята в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. №5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации». Согласно п. 1 Постановления под общепризнанными принципами международного права следует понимать «основополагающие императивные нормы международного права, принимаемые и признаваемые международным сообществом государств в целом, отклонение от которых недопустимо». Под общепризнанной нормой международного права, по мнению Пленума Верховного Суда РФ следует понимать «правило поведения, принимаемое и признаваемое международным сообществом государств в целом в качестве юридически обязательного»⁶⁶¹. По существу, в указанных определениях заметные различия отсутствуют, пожалуй, с той лишь разницей, что в отношении принципов дополнительно используется характеристика «основополагающие». Соответственно, граница между этими правовыми понятиями остаётся размытой и подвижной.

659 Энгибарян Р.В. Конституционное развитие в современном мире. Основные тенденции. М.: Норма, 2010. С. 39-40; Сравнительное конституционное право / отв. ред. В.Е. Чиркин. М.: Международные отношения, 2002. С. 33; Lerner H., Lupovici A. Constitution-making and International Relations Theories // International Studies Perspectives. 2019. Vol. 20. Issue 4. P. 424-425.

660 Марочкин С.Ю. Какие международные нормы и договоры подлежат применению судами // Юридический мир. 2006. №4. С. 16-23; Осминин Б.И. Заключение и имплементация международных договоров и внутригосударственное право. М.: Инфотропик Медиа, 2010; Бондарь Н.С. Предмет конституционного права в контексте практики конституционного правосудия: стабильность и динамизм // Актуальные проблемы российского права. 2018. №10. С. 24-35.

661 Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. №12.

В доктрине также считается, что вопрос об общепризнанности принципов и норм международного права в каждом конкретном случае должен решаться правоприменителем с привлечением в необходимых случаях экспертов⁶⁶². В этой связи М.П. Авдеенкова и Ю.А. Дмитриев резонно замечают, что такого рода понимание «делает практически невозможным использование принципов в практике судов, поскольку существование формы права не может носить неопределённый характер, зависящий от субъективного мнения эксперта»⁶⁶³.

Во-вторых, остаётся открытым вопрос о том, как поступать в случае, когда выявляется противоречие действующего международного договора с участием России положениям Конституции РФ? В соответствии с подп. «г» п. 2 ст. 125 Конституции РФ Конституционный Суд РФ уполномочен разрешать дела о соответствии Конституции РФ «не вступивших в силу международных договоров Российской Федерации». Такие дела в практике Конституционного Суда РФ уже были⁶⁶⁴, но они не касались и не могли касаться проверки конституционности международных договоров, которые уже вступили в силу. Напротив, Конституционный Суд РФ в многочисленных отказных определениях подчёркивал отсутствие у него полномочий по проверке на предмет соответствия Конституции РФ тех международных договоров в которых Россия уже участвует⁶⁶⁵. С другой стороны, ст. 22 Федерального закона от 15 июля 1995 г. №101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации» предусматривает: «Если международный договор содержит правила, требующие изменения отдельных положений Конституции Российской Федерации, решение о согласии на его обязательность для Российской Федерации возможно в форме федерального закона только после внесения соответствующих поправок в Конституцию Российской Федерации или пересмотра ее положений в установленном порядке»⁶⁶⁶.

Следовательно, в любом случае через внесение необходимых текстуальных изменений в Конституцию РФ, либо через блокировку наметившегося участия России в международном договоре предусмотрены превентивные меры в целях недопущения коллизии между Основным законом и международным договором. Безусловно, это правильно, но возможность появления таких противоречий исключать нельзя. Они могут произойти из-за последующего внесения поправок к Конституции РФ или её пересмотра в установленном порядке, а также в связи с обновлённым официальным пониманием тех или иных

662 Тиунов О.И. Общепризнанные принципы и нормы международного права: понятие и их роль в решениях Конституционного Суда РФ // Общепризнанные принципы и нормы международного права, международные договоры в практике конституционного правосудия: Мат. Всерос. совещ. (Москва, 24 декабря, 2002 года). М., 2004. С. 62-66.

663 Авдеенкова М.П., Дмитриев Ю.А. Указ. соч. С. 137.

664 Постановление Конституционного Суда РФ «По делу о проверке конституционности не вступившего в силу международного договора Российской Федерации – Протокола о присоединении Российской Федерации к Марракешскому соглашению об учреждении Всемирной торговой организации» от 9 июля 2012 №17-П // Собрание законодательства РФ. 2012. № 29. Ст. 4169; Постановление Конституционного Суда РФ «По делу о проверке конституционности не вступившего в силу международного договора между Российской Федерацией и Республикой Крым о принятии в Российскую Федерацию Республики Крым и образовании в составе Российской Федерации новых субъектов» от 19 марта 2014 №6-П // Собрание законодательства РФ. 2014. №13. Ст. 1527.

665 Определение Конституционного Суда РФ об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью «Комилесбизнес» на нарушение конституционных прав и свобод параграфом 3 статьи 16 Соглашения о международном железнодорожном грузовом сообщении от 23 апреля 2020 №911-О // СПС «Консультант Плюс» (документ опубликован не был); Определение Конституционного Суда РФ по запросу группы депутатов Государственной Думы о проверке конституционности статей 2, 3 и 12 Договора о дружбе, сотрудничестве и партнерстве между Российской Федерацией и Украиной от 29 апреля 1999 №62-О // СПС «Консультант Плюс» (документ опубликован не был).

666 Российская газета. 1995. 21 июля.

норм Конституции РФ в процессе изменения конституционной практики. Какой орган в такой ситуации должен решать этот вопрос и каковы варианты его решения? Видимо, со стороны России будет необходим отказ от дальнейшего участия в договоре в связи с существенно изменившимися обстоятельствами, либо необходимо инициировать процедуру внесения соответствующих поправок в сам международный договор, что вполне осуществимо при небольшом количестве государств-участников и их заинтересованности в дальнейшем действии договора.

В-третьих, конституционное правило ч. 4 ст. 15 Конституции РФ о приоритетном применении международного договора в случае противоречия его норм с нормами закона сформулировано и воспринимается как абсолютное, хотя юридической практике известно немало исключений из него. Такого рода исключения вносят смысловые коррективы в указанную конституционную норму и сужают сферу её действия.

1) Примат международного договора не затрагивает Конституцию РФ, которая обладает высшей юридической силой в рамках правовой системы России (ч. 1 ст. 15 Конституции РФ), на что не раз было обращено внимание исследователей⁶⁶⁷ и о чём с позиции практики Конституционного Суда РФ подробнее будет сказано ниже.

2) Исходя из буквального смысла ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, первичное применение международного договора и его доминирование над нормами внутрироссийского права актуально только в случае противоречия между положениями международного договора и собственно внутренними нормами права. По обоснованному мнению С.Ю. Марочкина, «отдавать предпочтение договору, если он не предусматривает иных правил, чем закон, нет оснований, целесообразно в таком случае применять закон»⁶⁶⁸. Близкая позиция сформировалась и в немецкой юридической доктрине⁶⁶⁹. Однако, как нами было замечено ранее⁶⁷⁰, вполне допустимым представляется синхронное применение международного договора и закона, то есть одновременное наличие в правоприменительном акте ссылок на оба источника права.

3) В отдельных международных договорах встречаются диспозитивные по отношению к национальному законодательству договаривающегося государства нормы. Так, согласно п. 3 ст. 14 bis Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений (в ред. 1955 г.) «если национальным законодательством не устанавливается иное, положения вышеуказанного пункта (2) (b) не применяются к авторам сценариев, диалогов и музыкальных произведений...»⁶⁷¹. Подобного рода нормы допускают включение в национальное законодательство договаривающейся страны иных, то есть несовместимых с международным договором предписаний, подлежащих первоочередному применению.

4) Принципиальное значение для соотношения международных договоров с внутренними нормативными правовыми актами имеет уровень юридической силы международ-

667 Кравец И.А. Российский конституционализм: проблемы становления, развития и осуществления. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. С. 249-253; Комментарий к Конституции Российской Федерации. В 2-х томах. Том 1 / под ред. Б. Визера. М.: Инфотропик Медиа, 2018. С. 228.

668 Марочкин С.Ю. Указ. соч. С. 22.

669 Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение. М.: Международные отношения, 2003. С. 25.

670 Аничкин Е.С. Особенности правоприменения в международном частном праве // Известия Алтайского государственного университета. 2011. №2/1 (70). С. 76.

671 Бюллетень международных договоров. 2003. № 9. С. 3 - 34.

ного договора, на что уже указывалось в литературе⁶⁷². Как известно, Федеральный закон «О международных договорах Российской Федерации» проводит различия между межгосударственными, межправительственными и межведомственными договорами (п. 2 ст. 3). Их дифференциация обусловлена не только различием в органах, заключающих договор, но разным уровнем юридической силы нормативных правовых актов, посредством которых договоры инкорпорируются в правовую систему России: межгосударственные договоры, как правило, в форме федерального закона о ратификации, а межправительственные и межведомственные договоры, напротив, – в форме постановлений Правительства РФ и ведомственных нормативных актов. Следовательно, положения межгосударственного договора обладают более высокой юридической силой по сравнению с федеральным законом, а межправительственные и межведомственные международные договоры приоритетны лишь по отношению к нормативным правовым актам, соответственно, правительственного или ведомственного уровней. Данная правовая позиция получила закрепление в вышеупомянутом Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. №5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» (п. 8). В более раннем Постановлении от 31 октября 1995 года «О некоторых вопросах применения судами Конституции РФ при осуществлении правосудия» Пленум Верховного Суда РФ уточнил более определенно: речь в ст. 15 Конституции РФ идёт о международном договоре, «решение о согласии на обязательность которого для Российской Федерации было принято в форме федерального закона»⁶⁷³.

5) Приоритет международного договора действует по-разному в зависимости от порядка его осуществления. Как известно, по данному критерию договоры подразделяются на самоисполнимые и несамоисполнимые. Самоисполнимый договор не требует издания внутригосударственных нормативных правовых актов для его применения и регулирует общественные отношения непосредственно. Действие несамоисполнимого договора зависит от принятия необходимых внутренних нормативных правовых актов, в связи с чем оно находится в зависимости от национального нормотворчества. Этот нюанс нашёл отражение в п. 5 и 6 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. Так, международные договоры, нормы которых предусматривают признаки составов уголовно наказуемых деяний, не могут применяться судами непосредственно, поскольку такими договорами прямо устанавливается обязанность государств обеспечить выполнение предусмотренных договором обязательств путем установления наказуемости определенных преступлений внутренним (национальным) законом (например, Единая конвенция о наркотических средствах 1961 года, Международная конвенция о борьбе с захватом заложников 1979 года, Конвенция о борьбе с незаконным захватом воздушных судов 1970 года). В связи с этим Пленум Верховного Суда РФ уточняет: «международно-правовые нормы, предусматривающие признаки составов преступлений, должны применяться судами Российской Федерации в тех случаях, когда норма Уголовного кодекса Российской Федерации прямо устанавливает необходимость применения международного договора Российской Федерации (например, статьи 355 и 356 УК РФ)»⁶⁷⁴. Иными словами, приори-

672 Барциц И.Н. Международное право и правовая система России // Журнал российского права. 2001. №2. С. 63.

673 Бюллетень Верховного Суда РФ. 1996. №2.

674 Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. №5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Феде-

тет несамоисполнимого международного договора в течение некоторого времени может быть не реальным, а номинальным.

Несмотря на перечисленные проблемы, необходимо признать, что международно-правовой сегмент в рамках российской правовой системы занимает солидное место и находится в постоянной и тесной коммуникации с внутригосударственной правовой компонентой. Немаловажная роль в обеспечении такого своеобразного «диалога» принадлежит Конституционному Суду РФ, решения которого в системе источников российского права занимают высокое положение⁶⁷⁵. На наш взгляд, это проявляется, в частности:

- в упоминании в решениях Конституционного Суда РФ международных договоров с участием России (по данным М.А. Амировой, чаще всего в решениях встречаются ссылки на Международный пакт о гражданских и политических правах 1996 г., Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах 1966 г.)⁶⁷⁶;
- в воспроизведении (цитировании) в решениях Конституционного Суда РФ отдельных норм международных договоров с участием России (здесь лидирует Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г.);
- в использовании Конституционным Судом РФ правовых позиций Европейского суда по правам человека или ссылок на его решения, в том числе для усиления аргументации собственных решений⁶⁷⁷;
- в формировании правовых позиций, развивающих смысл норм Конституции РФ и, прежде всего, ч. 4 ст. 15.

На последнем тезисе хотелось бы остановиться подробнее. На наш взгляд, все правовые позиции Конституционного Суда РФ в рамках рассматриваемого вопроса можно разделить на две группы. Первые касаются соотношения международных договоров и, главным образом, Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. с внутренним правом России. Вторые направлены на оценку правовых позиций Европейского Суда по правам человека, прецедентного характера его решений⁶⁷⁸ и пределов его юрисдикции.

В первую группу могут быть включены следующие правовые позиции:

- Россия не вправе заключать международные договоры, не соответствующие Конституции РФ, а правила международного договора, если они нарушают конституционные положения, не могут и не должны применяться в ее правовой системе⁶⁷⁹;

рации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. №12.

675 Невинский В.В. Место решений Конституционного Суда Российской Федерации в системе источников конституционного права. Избранные труды. М.: Норма, 2021. С. 381-386.

676 Амирова М.А. Международные судебные учреждения и внутреннее право Российской Федерации. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2012. С. 187.

677 Зорькин В.Д. Право в условиях глобальных перемен. М.: Норма, 2013. С. 280-289.

678 Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судейское право. М.: Проспект, 2007. С. 490-494; Зорькин В.Д. Россия и Конституция в XXI веке. Взгляд с Ильинки. М.: Норма, 2007. С. 302-307.

679 Постановление Конституционного Суда РФ «По делу о проверке конституционности положений статьи 1 Федерального закона «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней», пунктов 1 и 2 статьи 32 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации», частей первой и четвертой статьи 11, пункта 4 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 13, пункта 4 части 3 статьи 311 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 15, пункта 4 части 1 статьи 350 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации и пункта 2 части четвертой статьи 413 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы» от 14 июля 2015 №21-П // Собрание законодательства РФ. 2015. №30. Ст. 4658.

- не исключается ситуация, когда международный договор с участием Российской Федерации первоначально соответствовал Конституции РФ, но впоследствии посредством одного лишь толкования был содержательно конкретизирован таким образом, что вступил в противоречие с положениями Конституции Российской Федерации; речь в таких случаях идет не о действительности или недействительности для России международного договора в целом, а лишь о невозможности соблюдения обязательства о применении его нормы в истолковании, приданном ей уполномоченным межгосударственным органом в рамках рассмотрения конкретного дела⁶⁸⁰;
- общепризнанные принципы и нормы международного права являются не только составной частью правовой системы России, но и имеют приоритет перед внутренним законодательством⁶⁸¹;
- взаимодействие европейского конвенционного и российского конституционного правопорядков невозможно в условиях субординации, поскольку только диалог между различными правовыми системами служит основой их надлежащего равновесия, и от уважения Европейским Судом по правам человека национальной конституционной идентичности во многом зависит эффективность норм Конвенции о защите прав человека и основных свобод в российском конституционном правопорядке; Конституционный Суд РФ готов к поиску правомерного компромисса, оставляя за собой определение степени своей готовности к нему, поскольку границы компромисса в данном вопросе очерчивает именно Конституция Российской Федерации⁶⁸²;
- Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г. не отменяет приоритет Конституции РФ и потому подлежит реализации в рамках этой системы только при условии признания высшей юридической силы именно Конституции РФ⁶⁸³;
- Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г. является самоисполнимым договором и действует в России непосредственно⁶⁸⁴;
- Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г. является составной частью российской правовой системы, а потому должна учитываться федераль-

680 Там же.

681 Постановление Конституционного Суда РФ «По делу о проверке конституционности статьи 14.1 Федерального закона «О погребении и похоронном деле» и Положения о погребении лиц, смерть которых наступила в результате пресечения совершенного ими террористического акта, в связи с жалобой граждан К.И. Гузиева и Е.Х. Кармовой» от 28 июня 2007 №8-П // Российская газета. 2007. 4 июля.

682 Постановление Конституционного Суда РФ «По делу о разрешении вопроса о возможности исполнения в соответствии с Конституцией Российской Федерации постановления Европейского Суда по правам человека от 31 июля 2014 года по делу «ОАО «Нефтяная компания «ЮКОС» против России» в связи с запросом Министерства юстиции Российской Федерации» от 19 января 2017 г. №1-П // Собрание законодательства РФ. 2017. №5. Ст. 866.

683 Постановление Конституционного Суда РФ «По делу о проверке конституционности положений статьи 1 Федерального закона «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней», пунктов 1 и 2 статьи 32 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации», частей первой и четвертой статьи 11, пункта 4 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 13, пункта 4 части 3 статьи 311 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 15, пункта 4 части 1 статьи 350 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации и пункта 2 части четвертой статьи 413 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы» от 14 июля 2015 №21-П // Собрание законодательства РФ. 2015. №30. Ст. 4658.

684 Определение Конституционного Суда РФ «По жалобе гражданина Жермаля Николая Эдуардовича на нарушение его конституционных прав положениями статей 320 и 323 Гражданского процессуального кодекса РСФСР и статей 371 и 372 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР» от 23 января 2001 г. № 40-О // СПС «Консультант Плюс» (документ опубликован не был).

ным законодателем при регулировании общественных отношений и правоприменительными органами при применении соответствующих норм права⁶⁸⁵.

Также длительное время дискуссионность представлял вопрос о допустимости проверки на конституционность нормативных правовых актов, посредством которых международные договоры получали официальное одобрение на участие в них Российской Федерации⁶⁸⁶. В ряде своих решений по данному вопросу в рамках конкретного конституционного нормоконтроля Конституционный Суд РФ сформулировал правовую позицию, согласно которой, в частности, федеральный закон о ратификации «направлен на включение международного договора в правовую систему Российской Федерации и сам по себе не может рассматриваться как нарушающий какие-либо конституционные права граждан»⁶⁸⁷, из чего следовало определение Суда об отказе в принятии жалобы к рассмотрению.

Вторая группа также состоит из нескольких правовых позиций Конституционного Суда России:

- Европейский Суд по правам человека только констатирует нарушение положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод в отношении заявителя, но не вправе принять дальнейшие меры, с тем чтобы устранить его⁶⁸⁸;
- к компетенции Европейского Суда по правам человека, как субсидиарного по своему характеру межгосударственного судебного органа по разрешению конкретных дел, не относится осуществление нормоконтроля, т.е. проверка внутригосударственного законодательства на предмет его соответствия Конвенции о защите прав человека и основных свобод⁶⁸⁹;
- постановления и правовые позиции Европейского Суда по правам человека являются составной частью российской правовой системы, но подлежат реализации в рамках этой системы только при условии признания высшей юридической силы именно Конституции Российской Федерации⁶⁹⁰;

685 Постановление Конституционного Суда РФ «По делу о проверке конституционности положений статей 16, 20, 112, 336, 376, 377, 380, 381, 382, 383, 387, 388 и 389 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом Кабинета Министров Республики Татарстан, жалобами открытых акционерных обществ «Нижнекамскнефтехим» и «Хакасэнерго», а также жалобами ряда граждан» от 5 февраля 2007 №2-П // Собрание законодательства РФ. 2007. №7. Ст. 932.

686 Осминин Б.И. Указ. соч. С. 310-315.

687 Определение Конституционного Суда РФ об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Варенова Вячеслава Викторовича на нарушение его конституционных прав Федеральным законом «О ратификации Соглашения о единых принципах и правилах технического регулирования в Республике Беларусь, Республике Казахстан и Российской Федерации», а также статьей 17 и пунктами 1 и 2 статьи 30 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации» от 24 ноября 2016 №2520-О // СПС «Консультант Плюс» (документ опубликован не был).

688 Постановление Конституционного Суда РФ «По делу о проверке конституционности части второй статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан А.А. Дорошка, А.Е. Кота и Е.Ю. Федотовой» от 26 февраля 2010 №4-П // Собрание законодательства РФ. 2010. № 11. Ст. 1255.

689 Постановление Конституционного Суда РФ «По делу о проверке конституционности части 1 статьи 6.21 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с жалобой граждан Н.А. Алексева, Я.Н. Евтушенко и Д.А. Исакова» от 23 сентября 2014 г. №24-П // Российская газета. 2014. 3 октября.

690 Постановление Конституционного Суда РФ «По делу о проверке конституционности положений статьи 1 Федерального закона «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней», пунктов 1 и 2 статьи 32 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации», частей первой и четвертой статьи 11, пункта 4 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 13, пункта 4 части 3 статьи 311 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 15, пункта 4 части 1 статьи 350 Кодекса административного судопроизводства Россий-

- если постановлениями Европейского Суда по правам человека неправомерно - с конституционно-правовой точки зрения - затрагиваются принципы и нормы Конституции Российской Федерации, Россия может в порядке исключения отступить от выполнения возлагаемых на нее обязательств, когда такое отступление является единственно возможным способом избежать нарушения Конституции Российской Федерации⁶⁹¹;
- Европейский Суд по правам человека, юрисдикция которого также признана Российской Федерацией, не наделен правом пересматривать решения судов или иных органов государств – участников Конвенции⁶⁹²;
- Конституционный Суд Российской Федерации не может поддержать данное Европейским Судом по правам человека толкование положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод, если именно Конституция РФ (в том числе с учётом её истолкования Конституционным Судом РФ) более полно по сравнению с соответствующими положениями Конвенции в их понимании Европейским Судом по правам человека обеспечивает защиту прав и свобод человека и гражданина⁶⁹³.

Несмотря на разную содержательную направленность обозначенных правовых позиций, их объединяет несколько общих моментов: акцент на безусловном приоритете Конституции РФ, разграничение нормативного содержания международного договора с участием РФ и актов официального толкования его норм, а также, как обоснованно отмечено некоторыми исследователями⁶⁹⁴ стремление к сохранению конституционной самобытности России в условиях усиливающегося наднационального правового воздействия.

Выработанные Конституционным Судом РФ правовые позиции были частично приняты при принятии масштабных поправок к отечественной Конституции в 2020 году⁶⁹⁵. На уровне собственно конституционного регулирования было воспроизведено правило из Постановления Конституционного Суда РФ от 14.07.2015 №21-П, вследствие чего ст. 79 была дополнена нормой следующего содержания: «Решения межгосударственных органов, принятые на основе положений международных договоров Российской Федерации в их истолковании, противоречащем Конституции Российской Федерации, не подлежат исполнению в Российской Федерации». В связи с этим Конституционный Суд РФ был наделён новым полномочием разрешать вопрос о возможности исполнения решений межгосударственных органов, принятых на основании положений международных догово-

ской Федерации и пункта 2 части четвертой статьи 413 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы» от 14 июля 2015 №21-П // Собрание законодательства РФ. 2015. №30. Ст. 4658.

691 Там же.

692 Определение Конституционного Суда РФ «По жалобе гражданина Жермаля Николая Эдуардовича на нарушение его конституционных прав положениями статей 320 и 323 Гражданского процессуального кодекса РСФСР и статей 371 и 372 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР» от 23 января 2001 г. № 40-О // СПС «Консультант Плюс» (документ опубликован не был).

693 Постановление Конституционного Суда РФ «По делу о разрешении вопроса о возможности исполнения в соответствии с Конституцией Российской Федерации постановления Европейского Суда по правам человека от 31 июля 2014 года по делу «ОАО «Нефтяная компания «ЮКОС» против России» в связи с запросом Министерства юстиции Российской Федерации» от 19 января 2017 №1-П // Собрание законодательства РФ. 2017. №5. Ст. 866.

694 Лукьянова Е.Н. Конституционные риски: учебно-методическое пособие. М.: Кучково поле, 2015. С. 149-165; Бондарь Н.С. Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. М.: Норма: ИНФРА-М, 2011. С. 191-197.

695 Аничкин Е.С. Конституционная модернизация России 2020 года: точечные поправки или ревизия Основного закона? // Вестник Казахского гуманитарно-юридического инновационного университета. 2020. №2 (46). С. 25.

ров РФ в их истолковании, противоречащем Конституции РФ (подп. «б» п. 5.1 ст. 125). Если учесть возможность признания таких решений частью правовой системы России, как это было сделано в вышеуказанном Постановлении Конституционного Суда РФ от 14.07.2015 №21-П в отношении постановлений Европейского суда по правам человека, то становится очевидной смысловая корректировка ч. 4 ст. 15 Конституции РФ об общепризнанных нормах международного права как сегменте правовой системы страны и определённое ограничение сферы её действия. В то же время мы наблюдаем охранительную для отечественной Конституции направленность поправок 2020 года и ранее сформулированных правовых позиций Конституционного Суда РФ.

Процесс интернационализации не имеет и не может иметь тотального характера, поскольку сдерживается жесткими рамками круга регулируемых международным правом общественных отношений, а также ключевыми правовыми принципами и базовыми ценностями российской правовой системы. В международном праве давно сформировался устойчивый перечень сфер и вопросов, регулируемых на наднациональном уровне, а также относительно подвижный круг вопросов⁶⁹⁶, которые потенциально могут становиться предметом международно-правового регулирования в зависимости от воли государств, которые, в частности, посредством международного договора могут сделать их предметом наднационального правового регулирования. В то же время существует немало сфер общественной и государственной жизни, которые не могут и не должны включаться в предмет международно-правового регулирования и подвергаются исключительно внутригосударственному правовому опосредованию. Например, в конституционном праве значительную долю занимают общественные отношения в сфере организации, функционирования и прекращения деятельности высших органов государственной власти, а также государственно-территориального устройства, которые в принципе не подвержены наднациональному правовому регулированию и традиционно находятся в сфере действия национального права. Во всяком случае всеобщей преградой универсализации конституционного права оказывается, по справедливому мнению В.В. Невинского, «такой предмет конституционно-правового регулирования, как общественные отношения в сфере организации и осуществления государственной власти на основе признания государственного суверенитета, суверенитета народа и верховенства конституции»⁶⁹⁷. Равным образом, исключительно внутригосударственную правовую нишу занимают бюджетное право, административный процесс, судебная система, вопросы государственной и муниципальной службы и т.п.

Кроме того, интернационализация в некоторых случаях может вступать в конфликт с государственным суверенитетом России и стремлением к обеспечению неприкосновенности основ конституционного строя и национальных интересов, сохранению конституционной идентичности страны⁶⁹⁸. Поэтому процессам сближения наднационального и национального права, по верному замечанию Н.С. Бондаря «противостоят процессы конституционно-правовой суверенизации, ... осознание необходимости защиты суверен-

696 Umnova-Konyukhova I.A. Constitutional futurology and constitutional futurism in the context of global changes // Gosudarstvo i Pravo. 2021. №5. P. 87.

697 Интернационализация конституционного права: современные тенденции: монография / под ред. Н.В. Варламовой и Т.А. Васильевой. М.: ИГП РАН, 2017. С. 53.

698 Sakwa R. Russia's Identity: Between the 'Domestic' and the 'International' // Europe-Asia Studies. 2011. Vol. 63. Issue 6: Elites and Identities in Post-Soviet Space. P. 957-975.

ных прав, учёта, сохранения социокультурных особенностей национально-государственных конституционных систем...»⁶⁹⁹. Во многом этой мотивацией и обусловлено большинство указанных правовых позиций Конституционного Суда РФ, выступающего не только своеобразным проводником интернационализации российского права, но и охранителем его незыблемых основ, среди которых суверенитет и высшая юридическая сила Конституции России. По верному замечанию видного болгарского учёного Я. Стоилова «так называемый институт конституционной идентичности по существу предлагает компромисс, реверанс к верховному акту национального права»⁷⁰⁰. Собственно, отечественная Конституция и основанные на ней правовые позиции Конституционного Суда РФ этот реверанс оформляют юридически.

Итак, по результатам исследования соотношения международного и внутригосударственного права России в контексте нормативного содержания Конституции РФ, правовых позиций Конституционного Суда РФ можно сделать несколько выводов. Во-первых, необходимо признать, что из конституционного правила о примате международных договоров над внутренним правом России возможны исключения, выявленные в ходе развития текущего федерального законодательства и конституционной судебной практики. Во-вторых, все правовые позиции Конституционного Суда РФ по исследуемому вопросу были классифицированы на две группы: по вопросам взаимодействия международных договоров с внутренним правом России и по вопросам оценки правовых позиций Европейского Суда по правам человека и пределов его юрисдикции. В-третьих, ключевыми идеями всех правовых позиций являются безусловный приоритет Конституции РФ, необходимость разграничения нормативного содержания международного договора с участием РФ и актов официального толкования уполномоченным органом его норм, стремление к сохранению конституционной самобытности России. В известной мере Конституционный Суд РФ формирует заслон на пути массивной интернационализации отечественного права, выступая в качестве гаранта незыблемости Основного закона и национальной безопасности страны.

Как видно, Конституционный Суд создает своеобразные правоположения, которые, наполняя ту или иную норму Конституции РФ конкретным содержанием, уточняя механизм её реализации посредством определения сферы и границы действия, в некоторых случаях трансформируют подлинный смысл положений Основного закона. Примечательно, что «преобразующий» характер имеют не только и не столько постановления Конституционного Суда РФ о толковании Конституции РФ, сколько постановления по делам об абстрактном и конкретном нормоконтроле, «отказные» определения, определения о прекращении производства по делу. По причине активного воздействия на законодательный процесс, высокого уровня юридической силы, способствования формированию позитивного конституционного права, постановления и определения Конституционного Суда укоренились в качестве самостоятельного и авторитетного источника современного российского права.

699 Бондарь Н.С. Предмет конституционного права в контексте практики конституционного правосудия: стабильность и динамизм // Актуальные проблемы российского права. 2018. №10. С. 29.

700 Юридическая наука в современном мире: Россия и Болгария / под общ. ред. Е.А. Фроловой. М.: Проспект, 2020. С. 164.

5.4. Связь решений Конституционного Суда России с доктриной правопонимания

В России судебная власть как самостоятельная и независимая ветвь государственной власти стала полноценно функционировать лишь с принятия Конституции России 1993 года, то есть с момента официального закрепления и обеспечения таких ключевых принципов, как разделения властей (законодательную, исполнительную и судебную), приоритет прав человека и верховенства права. Это означало, что суд (в собирательном значении) в России становился не только правоприменительным органом, но и органом, в том числе обладающим контрольными полномочиями, о чем подробнее будет показано ниже. Как писал в этой связи один из основных разработчиков проекта действующей Конституции С. С. Алексеев: «Надо полагать, настала пора вообще изменить наше видение правосудия, интерпретацию его назначения как одного лишь «применителя права»⁷⁰¹.

Современная правовая практика также показывает, что классическая максима, приведенная И. Б. Михайловской о том, что «законодатели должны быть выразителями воли народа, чиновники – исполнителями этой воли, а судьи – беспристрастными арбитрами между сторонами правового конфликта»⁷⁰² – в настоящее время не совсем соответствует этим критериям и может сопровождаться иными взаимозаменяющимися и дополняющимися друг друга последствиями. Так, к примеру, Судья КС РФ Г. А. Гаджиев видит другую прерогативу за судебной властью, а именно – защиту прав и свобод, тогда как признание указанных прав, по его мнению, должно осуществляться законодательной ветвью власти, а соблюдение – исполнительной⁷⁰³. По убеждению Г. А. Гаджиева, именно для защиты прав и свобод судебная власть имеет конституционную возможность не просто применять, но и предварительно проверять и оценивать закон⁷⁰⁴, что представляется вполне обоснованной и необходимой для правового государства гарантией нивелирования произвольного содержания закона.

Как было отмечено, ключевые полномочия по обеспечению правовой законности в России возложены на судебную власть. Ведущее положение в сфере нормоконтроля отведено Конституционному Суду России (КС РФ) как конституционному органу, основными задачами которого являются защита основ конституционного строя, основных прав и свобод человека и гражданина, обеспечение верховенства и прямого действия Конституции РФ. Однако нормоконтроль, согласно действующему законодательству, осуществляется не только КС РФ. В случае же, если при разрешении административного дела суд общей юрисдикции или арбитражный суд придет к выводу о несоответствии закона Конституции, суды обязаны обратиться в КС РФ с запросом о проверке конституционности такого закона. В частности, такие требования закона содержатся в КАС РФ (часть 5 пункта 1 статьи 190), ГПК РФ (статья 215), УПК РФ (статья 238), АПК РФ (статья 13), что свидетельствует о том, что «суд вправе применить закон в целях осуществления правосудия (то есть в поисках права), только оценив закон на предмет его соответствия Конституции РФ, общим принципам права, международным договорам»⁷⁰⁵. Следовательно, получает-

701 Алексеев С. С. Теория права. Москва, 1994. С. 219.

702 Михайловская И. Б. Суды и судьи: независимость и управляемость. М.: Проспект, 2010. - 128 с.

703 Гаджиев Г. А. Конституционный принцип самостоятельности судебной власти в Российской Федерации (на основе решений Конституционного Суда РФ 2000 - 2002 годов) // Журнал российского права. - М.: Норма, 2003, № 1. С. 9-17.

704 Там же.

705 Там же.

ся, что в силу имеющихся полномочий судебная власть посредством конституционного судопроизводства – контролирует законодательную власть, а посредством административного судопроизводства – исполнительную власть. Таким образом все суды Российской Федерации (за исключением третейских), выступая в качестве субъектов в рамках конституционных правоотношений, направленных на осуществление конституционно-судебного нормоконтроля, обеспечивают конституциализацию российского законодательства. В юридической литературе касательно существующего правового регулирования можно встретить мнения о том, что «новая социальная реальность привела к правлению судей»⁷⁰⁶, а также о том, что КС РФ вычленен из классической триады ветвей власти «и находится ... над ними, обеспечивая их деятельность... в пределах своих полномочий»⁷⁰⁷. Схожей позиции придерживается и судья КС РФ в отставке Н.С. Бондарь, указывающий, что «Конституционный Суд является, по сути, судом над властью»⁷⁰⁸. Особое внимание к деятельности КС РФ обращается тогда, когда речь заходит о юридической силе его (КС РФ) решений, обладающих следующими императивными признаками:

- окончательно и обжалованию не подлежит;
- вступает в силу немедленно после его провозглашения, а в случае приятия решения без слушания – после опубликования;
- действует непосредственно и не требует подтверждения другими органами и должностными лицами;
- не может быть преодолено повторным принятием этого же акта;
- акты, признанные неконституционными, утрачивают силу, решения судов и иных органов в отношении заявителя, основанные на актах, признанных неконституционными, в отношении заявителей и лиц, в отношении которых решения ещё не исполнены, не подлежат исполнению и должны быть пересмотрены.
- юридическая сила принятого решения распространяется не только в части жалобы конкретного заявителя, но и в отношении неопределенного круга лиц, то есть решение КС РФ распространяет свое действие, как было отмечено выше, на публично-правовые и на частноправовые отношения.

На наш взгляд, с научной точки зрения важно учитывать, что столь значительные полномочия и ответственность, делегированные КС РФ по разрешению дел о соответствии позитивного права Конституции могут теоретически представлять не только позитивные, но и негативные последствия, в том числе привести к произвольному ограничению и нарушению прав и свобод человека, стать основанием политизации органа конституционного правосудия. О схожих рисках высказывался ещё Н.В. Витрук, отмечая, что «тенденция такова, что КС РФ подстраивается под генеральную политическую линию, все более встраиваясь в «вертикаль власти»⁷⁰⁹.

Здесь важно подчеркнуть о том, что некоторые судьи КС РФ в своих высказываниях и публикациях все же осознают фундаментальное значение решений КС РФ для правовой

706 Михайловская И.Б. Там же.

707 Эбзеев Б.С. Человек, народ, государство в конституционном строе Российской Федерации. М., 2005. С. 507.

708 Бондарь Н.С. Судебный конституционализм в России. М.: Норма, 2011. С. 94-100.

709 Волкова С.В., Малышева Н.И. обзор «круглого стола» кафедры государственного и административного права юридического факультета Санкт-петербургского государственного университета на тему: Судебный („живой“) конституционализм: доктрина и практика. (Санкт-Петербург, 5 марта 2011 г.) // вестник СПбГУ. Серия 14. вып. 4. право. 2011. С. 151.

системы общества и государства в целом, указывая, что «в основе его решений должно быть каждый раз одно и то же представление о том, что есть право вообще, т.е. представление о сущности права, основанное на определенной концепции правопонимания»⁷¹⁰; «сталкиваясь в своей работе с проблемой правопонимания, [КС РФ] опирается на положения Конституции РФ, в соответствии с которыми право – это в конечном счете право человека, определяющее меру его свободы»⁷¹¹.

Осознание со стороны представителей высшей судебной инстанции того, что именно доктрина правопонимания, а не иные субъективные (произвольные), в том числе присущие позитивистской методологии подходы, должны выступать основанием для деятельности и принятия любого правореализационного (правоприменительного, правотолковательного) акта, на наш взгляд, может оцениваться не иначе как положительно.

Однако, по нашему убеждению, прежде чем говорить о правовой защите прав и свобод человека, прежде всего необходимо определиться с правовыми основаниями и пределами данных естественных прав и свобод, их онтологическими (сущностными) признаками и конечно же, правопониманием.

Как уже отмечалось в ранее опубликованных статьях⁷¹², для доктрины естественного права характерна изменчивость, противоречивость. В процессе исторического развития содержание и перечень естественных прав видоизменялись и пополнялись новыми доктринальными положениями и выводами, содержащими представления о новых свободах (принципах, ценностях), что осложняло идентификацию сущности естественного права как самостоятельного нормативного (общеобязательного) социального регулятора. Указанные проблемы стали следствием отсутствия концептуально-теоретического подхода к пониманию сущности и форме естественного права (как известно, авторы концепции естественного права также оставили открытым вопрос о формальном выражении естественного права). Как точно отметил в этой связи Г. Кельзен: «Представители этого учения провозглашали не одно естественное право, но множество разных, противоречащих друг другу естественных прав»⁷¹³. Кроме того, отсутствие единой стержневой идентичности и научной консолидации в вопросах определения сущности и формы естественного права и в целом правопонимания в конечном итоге создало сумбур прав и привело к хаосу, что на современном этапе позволяет произвольно и спекулятивно подходить к их содержанию и, следовательно, к официальному установлению, применению и толкованию.

Доминирующий согласно основополагающим документам международного и национального уровня естественно-правовой подход к праву как фундаментальному инструменту для построения мирного, гуманного миропорядка сегодня, с одной стороны, нуждается в переосмыслении, трансформации, с другой – в доработке либо в детальном анализе с целью его учета при построении оригинальной концепции правопонимания⁷¹⁴.

На наш взгляд, оригинальная концепция правопонимания в целях недопущения установления произвольного правового регулирования должна исходить из понимания права как равной формы свободы и ответственности, основанной на императиве сохранения

710 Зорькин В.Д. Конституционно-правовое развитие России / В.Д. Зорькин. – М. : Норма : ИНФРА-М, 2011. С. 125.

711 Там же.

712 Гильмуллин А.Р. О связи правопонимания с политикой и экономикой // Lex russica. – 2021. – Т. 74. – № 8. С. 80-88.

713 Цит. по: Хабермас Ю. Будущее человеческой природы : пер. с нем. М. : Весь мир, 2002. С. 277.

714 Гильмуллин А.Р. О связи правопонимания с политикой и экономикой. С. 86.

природы человека, выражающем требования по обеспечению устойчивых процессов жизнедеятельности и развития каждого человека, т.е. требований, направленных не на разрушение (деградацию, насилие), а на рационально обоснованное поддержание жизнедеятельности и расширение человеческого потенциала. Именно наличие определенного императива (сохранения природы человека) в основе равной формы свободы и ответственности свидетельствует о присутствии рационального основания (сущности) в праве, не допускающего возможности произвольного наполнения и интерпретации содержания свободы и ответственности. Данный подход в праве исходит из обеспечения рационального равенства в праве и, следовательно, основывается на оригинальном рационально-эгалитарном подходе к праву.

Глава VI. Акты международного права как источник права

6.1. Источники международного права

1. Понятие «норма права» и его особенности в международном публичном праве

Первичным элементом любой системы права выступают правовые нормы. Именно с нормами преимущественно связываются представления о праве, поэтому понятие нормы права относится к числу важнейших правовых категорий. Нельзя не согласиться с Л.П. Ануфриевой, что «правовая абстракция «норма права» выполняет роль несущей конструкции во всех системах права, а также применительно к категории права вообще», без этого понятия «не существует и понятие право, поскольку среди всех разновидностей социальных моделей поведения только правила, санкционированные государством и обеспеченные им мерами принуждения или оказавшиеся согласованными государствами, становятся основными элементами права – нормами права»⁷¹⁵.

Нормы внутригосударственного права устанавливаются государством, охраняются им и обеспечиваются силой государственного принуждения. Правовая норма внутригосударственного права является общеобязательным правилом поведения абстрактного и обобщенного характера, адресованным не отдельному лицу, а кругу лиц и рассчитанным на регулирование однородных отношений.

В общей теории права *специфические признаки, присущие правовой норме* и отличающие ее от других социальных регуляторов, обозначены достаточно четко, хотя и небесспорны. Чаще всего, не вызывая существенных разногласий, называются: санкционированность и властная обеспеченность государством; общеобязательность; формальная определенность; абстрактность и обобщенность характера; качество системности.

«Признаки категории «правовая норма», сформулированные общей теорией права, - отмечает Л.П. Ануфриева, - наглядно демонстрируют их неприменимость либо неполную применимость для целей категориальных обобщений в международном праве»⁷¹⁶. На наш взгляд, это слишком категоричное заключение. Достижения общей теории права необходимо использовать при определении нормы международного права. Большинство характерных черт правовой нормы как особого социального регулятора присуще и для норм международного права. *Нормы международного права* - это юридически обязательные, формально определенные правила поведения государств и других субъектов международного права, выступающие выражением согласованной воли основных субъектов международного права (прежде всего, государств), направленные на регулирование отношений между ними. Кроме того, для норм общего международного права, как для норм внутригосударственного права, характерно то, что это правила поведения общего харак-

715 Ануфриева Л.П. Соотношение международного публичного и международного частного права: правовые категории. М., 2002. С. 91-92.

716 Там же. 92.

тера, рассчитанные на неоднократное применение и обеспечиваемые в процессе реализации соответствующими принудительными мерами.

Однако признавать однозначную полную применимость признаков категории «норма права», сформулированных общей теорией права, конечно, нельзя. Международно-правовые нормы «обладают рядом особенностей, позволяющих выделить их в отдельную правовую систему»⁷¹⁷.

Во-первых, в международном праве особый порядок нормообразования. Нормы внутригосударственного права создаются национальными органами государств. Адресаты норм в их создании участия, как правило, не принимают. В международных отношениях нет органа, подобного законодательному национальному органу, который издавал бы правовые нормы, обязательные для государств. *Нормы международного права* в соответствии с методом международно-правового регулирования *создаются самими его субъектами* (прежде всего государствами) путем соглашения, сущностью которого является согласие «воль государств относительно признания того или иного правила в качестве нормы международного права»⁷¹⁸.

Во-вторых, отличается от внутригосударственного и способ реализации норм международного права. Нормы национального права устанавливаются государством и обеспечиваются его принудительной силой. В международных отношениях над государством нет властных образований. Никто не вправе установить правила поведения субъектов международно-правовой системы. Устанавливая международно-правовые нормы, государства обязуются добровольно их выполнять, в нормах международного права отсутствует властная обеспеченность. *Добровольное соблюдение международно-правовых обязательств* всеми субъектами международного права составляет одну из характерных черт международного права как самостоятельной и особой правовой системы. Вместе с тем в необходимых случаях соблюдение норм международного права обеспечивается соответствующими мерами, принимаемыми субъектами (индивидуально или коллективно), т.е. *обеспечение реализации международно-правовых норм лежит на самих субъектах*.

В-третьих, нормы международного права формально определены, но выражаются в иных, чем внутригосударственные, формах закрепления, соответствующих согласительному характеру содержания правил поведения.

В-четвертых, нормам международного права гораздо меньше, чем нормам внутригосударственного права свойственно качество «всеобщего мерил поведенческих моделей в обществе». Нормы международного права в большинстве случаев рассчитаны на применение в отношениях между двумя либо более конкретными субъектами, за исключением общепризнанных принципов и норм, совокупная доля которых не столь велика в общем нормативном массиве⁷¹⁹.

В-пятых, в международном праве достаточно остро стоит проблема признания юридической обязательности норм. В связи с тем, создание норм и принятие на себя международно-правовых обязательств, основанных на них, есть прерогатива самих субъектов (большой частью государств) международного права⁷²⁰.

717 Международное право: Учебник для вузов / Отв. ред. проф. Г.В. Игнатенко и проф. О.И. Тиунов. М., 2003. С. 93.

718 Тункин Г.И. Теория международного права. Под общей ред. проф. Л.Н. Шестакова. М., 2000. 187 с.

719 Ануфриева Л.П. Соотношение международного публичного и международного частного права: правовые категории. М., 2002. С. 93.

720 Там же.

Международно-правовые нормы неоднородны по содержанию и форме, их классифицируют по различным основаниям.

По форме нормы международного права делятся на два вида: документально закрепленные в определенном акте (*договорные нормы*) и документально не зафиксированные (*обычные международно-правовые нормы*).

По своей юридической силе нормы делятся на *императивные* (*jus cogens*) и *диспозитивные*. Императивные нормы образуют основу международного права. Субъекты международного права не могут изменить их по своему усмотрению. Они могут изменяться только с принятием новой нормы *jus cogens*. Согласно ст. 53 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г., императивная норма общего международного права «принимается и признается международным сообществом государств в целом как норма, отклонение от которой не допустимо и которая может быть изменена только последующей нормой общего международного права, носящей такой же характер». К императивным нормам относятся основные принципы международного права, ряд норм Устава ООН и других универсальных соглашений. Диспозитивные - это нормы, от которых государства вправе отступить по взаимному соглашению, если отступление не наносит ущерба правам и законным интересам других государств.

По объему и содержанию заключающихся в нормах международного права предписаний они подразделяются на *общие*, т.е. определяющие коренные основы поведения государств и других субъектов международного права в международных отношениях, и *специальные*, регулирующие более узкие вопросы, относящиеся к отдельным отраслям международных отношений. Среди специальных норм выделяют индивидуальные нормы, международные отношения по какому-либо отдельному вопросу и не создающие постоянных правил международного поведения.

По субъектно-территориальной сфере действия международно-правовые нормы делятся на *универсальные*, *региональные* и *локальные*. Универсальные нормы регламентируют отношений с участием всех или подавляющего большинства государств мира. Таковы, например, положения Устава ООН, Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 г. и др. Региональные нормы регламентируют отношения с участием государств, принадлежащих к одному географическому региону. Например, Межамериканский договор о взаимной помощи 1947 г., Североатлантический договор 1949 г. и др. Локальные нормы регулируют взаимоотношения двух или нескольких субъектов международного права.

Существуют и другие подходы к классификации норм международного права. Так, по характеру воздействия международно-правовые нормы делятся на *запрещающие* – предписывающие воздерживаться от совершения определенных действий; *обязывающие* – фиксирующие обязательство совершить указанные действия; *управомочивающие* – предусматривающие возможность совершения указанных действий. По функциям в системе на *материальные* – устанавливающие права и обязанности участников правоотношений, и *процессуальные* - регулирующие процессы создания и осуществления международного права.

Таким образом, признаки правовой нормы как особого социального регулятора присущи и нормам международного права, но обладают рядом специфических черт, позволяющих выделить их в отдельную правовую систему.

2. Теория соглашения как основы процесса образования норм в международном праве

Важная особенность международного права заключается в том, что его нормы создаются сами субъектами этой системы, прежде всего государствами в результате соглашения между ними. Доктрина, согласно которой соглашение государств может создавать обязательные для них нормы, возникла еще на заре науки международного права.

Еще в XVII в. Гуго Гроций разделил право, в том числе и международное, на естественное и волеустановленное, имеющее своим источником волю и получающее «обязательную силу волею всех народов или многих из них»⁷²¹. Нормы установленного права, по его мнению, возникают «в силу взаимного соглашения как между всеми государствами, так и между большинством их»⁷²².

Вслед за Гуго Гроцием ряд западных ученых XVIII-XIX вв., в частности Ваттель, Трипель, Анцилотти, Перасси и др., отмечали, что волеустановленное международное право, позднее названное позитивным, в отличие естественного *создается с общего согласия государств*. Данные исследователи - сторонники позитивистского направления в международном праве внесли значительный вклад в разработку *концепции соглашения* как единственного способа создания норм международного права.

Ваттель выделял право естественное, или «необходимое», и право «позитивное», установленное с общего согласия народов⁷²³.

По мнению Трипеля, нормы международного права создаются высшей волей, стоящей над волей отдельных государств. «Общая воля» представляет собой результат слияния идентичных волей различных государств. Она выше воли отдельного государства, «является волей надгосударственной и как таковая служит источником обязательных для государств норм права»⁷²⁴.

Анцилотти, также как и Трипель, считал, что соглашение является выражением «единодушной воли» - результата слияния волей отдельных государств, создающего норму международного права. Но в отличие от Трипеля он подчеркивал координационный характер международного права и видел источник его норм не в «высшей воле», стоящей над волей отдельных государств, а в «основной норме», которая обязывает государства выполнять международные соглашения⁷²⁵.

В XX в. сторонниками концепции соглашения в зарубежной науке были К. Штрупп, Ч. Хайд, Ш. Руссо, в отечественной – Г.И. Тункин – *автор теории согласования волей государств*, ставшей общепризнанной в российской науке международного права.

Отмечая нормативность международного права, Г.И. Тункин подчеркивал его суть как государственно-волевого явления, обеспечиваемого государственным принуждением,

721 Гуго Гроций О праве войны и мира. Три книги // Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. III. Европа. Америка: XVII - XIX вв. М., 1999. С. 29.

722 Там же. С. 23.

723 Эммер де Ваттель Право народов. М., 1960. С. 49; Тункин Г.И. Теория международного права. Под ред. проф. Л.Н. Шестакова. М., 2000. С. 181-182.

724 Triepel Volkerrecht und Landesrecht. S. 32; Тункин Г.И. Теория международного права. Под ред. проф. Л.Н. Шестакова. М., 2000. С. 183.

725 Anzilotti D. Corso di diritto internazionale. Vol. I. Roma, 1928. P. 43, 63, 64; Тункин Г.И. Теория международного права. Под ред. проф. Л.Н. Шестакова. М., 2000. С. 183.

и указал, что нормы международного права создаются самими субъектами этой системы права, прежде всего государствами, путем согласования волей государств⁷²⁶.

Исследуя юридическую природу соглашения, Г.И. Тункин отмечал, что в согласование волей государств в процессе создания норм международного права – это борьба и сотрудничество и происходит оно путем взаимных уступок⁷²⁷.

Процесс создания норм международного права, по его мнению, имеет две стадии (стороны):

- согласование волей государств относительно содержания правила поведения;
- согласование волей государств относительно признания согласованных правил в качестве юридически обязательных.

«При формировании норм международного права как договорным, так и обычным путем, - отмечал Г.И. Тункин, - вначале, как правило, происходит согласование волей государств относительно правила поведения. При создании договорных это происходит посредством переговоров, при обсуждении на международных конференциях, в международных организациях и завершается принятием текста как окончательного. На этом заканчивается согласование волей государств относительно содержания договорной нормы международного права, но не заканчивается процесс ее становления»⁷²⁸.

Второй стадией «является согласование волей государств относительно признания правила поведения в качестве нормы международного права. Завершение этого процесса может совпадать или не совпадать с первым». Это происходит, например, тогда, когда международный договор вступает в силу в момент его подписания⁷²⁹. Современное международное право выработало множество способов выражения согласия на обязательность, в частности, норм международного договора (ратификация, конфирмация, обмен ратификационными грамотами и др.).

Недостаточно ясной в теоретически обоснованной и практически оправданной концепции Г.И. Тункина стало выделение двух видов процессов образования норм: основные, в результате завершения которых появляется международно-правовая норма, и вспомогательные, которые являются определенными стадиями процесса становления международно-правовой нормы⁷³⁰. К основным он отнес процессы формирования международного договора и международного обычая. А вспомогательными способами считал резолюции и рекомендации международных организаций, решения международных судов арбитражей, национальное законодательство и решения национальных судов⁷³¹.

С данной классификаций трудно согласиться уже потому, что сегодня общепризнанна обязательная юридическая сила норм ряда резолюций Генеральной Ассамблеи ООН (например, 1514 (XV) от 14 декабря 1960 г. «Декларация и предоставлении независимости колониальным странам и народам» и др.), Совета Безопасности ООН (например, 827 от 25 мая 1993 г. Устав (Статут) Международного трибунала с целью преследования лиц, ответственных за серьезные нарушения международного гуманитарного права на терри-

726 Тункин Г.И. Право и сила в международной системе. М., 1983. С.26-27.

727 Тункин Г.И. Теория международного права. Под ред. проф. Л.Н. Шестакова. М., 2000. С. 185-186.

728 Там же. С. 187.

729 Там же.

730 Там же. С.75.

731 См. подробнее: Тункин Г.И. Теория международного права. Под ред. проф. Л.Н. Шестакова. М., 2000. С. 75-180.

тории бывшей Югославии), а также итоговые акты некоторых международных конференций (например, Заключительный акт СБСЕ от 1 августа 1975 г.). Названные документы содержат общеобязательные международно-правовые нормы, хотя нельзя не признать, что деятельность международных органов, принявших их, может выступать стадией согласования воли государств относительно правила поведения. Например, деятельность конференции, специально созванной для разработки международного договора, завершается одобрением акта о принятии договора и открытии его к подписанию государствами.

Правотворческий процесс современного международного права меняется. «Темп развития международных отношений непрерывно возрастает. Усложняются международные отношения, а следовательно, и их регулирование. Существенные изменения, - отмечает И.И. Лукашук, - внесены в правотворческий процесс в результате создания системы международных органов и организаций. Как следствие правотворческий процесс был в значительной мере институционализирован и стал осуществляться на регулярной основе»⁷³².

Соглашаясь с основными положениями концепции согласования воли государств, хотелось бы отметить, что в основе правотворчества в международном праве лежит приглашение его субъектов. Единый согласительный процесс образования норм международного права включает основные способы создания международно-правовых норм (договорной и обычной) и дополнительные (опосредованные), проявляющиеся в работе международных организаций, конференций и судов. В договорном процессе, а также в процессе становления обычной нормы международного права воля государств проявляется непосредственно, а деятельности международных органов согласованная воля государств выражается опосредованно.

Таким образом, специфика международного правотворчества по сравнению с внутригосударственным заключается в следующем:

1. В международных отношениях не существует законодательных органов, которые бы занимались правотворчеством, поэтому нормы создаются самими субъектами.
2. Международно-правовые нормы создаются путем согласования воли государств и (или) иных субъектов международного права. Процесс международного правотворчества носит координационный характер.
3. Отсутствует нормативно определенная процедура выработки международно-правовых норм. Стадии создания норм обозначены только в теории международного права.

3. Развитие теории об источниках международного права

Категория «источник права» является одной из ключевых в юриспруденции. История этого понятия насчитывает более двух тысяч лет. Оно зародилось еще в античном мире как понятие-метафора⁷³³. Постепенно первоначальный смысл сравнения, заложенного в ней, утратил значение, а понятие осталось, трансформировавшись в теоретическое.

⁷³² Лукашук И.И. Международное право. Общая часть: учеб. для студентов юрид. фак. и вузов. М., 2005. С. 104.

⁷³³ Ее автором считают Тита Ливия, впервые написавшего, что Законы XII таблиц являются «источником всего публичного и частного права». Согласно римской религии, источник был тем местом, где соединились два мира наземный (людской) и подземный (божий). По образному выражению Тита Ливия Законы XII таблиц связывали земной мир с миром богов. Современный смысл этой метафоры: закон не самодостаточен, существует еще и некоторый фактор, который не только определяет, но и в известном смысле и санкционирует его. См. подробнее: Рубанов А.А. Понятие источник права как проявление метафоричности юридического сознания // Судебная практика как источник права / отв. ред. Б.Н. Топорнин. М., 1997. С. 42-47

До XIX в. проблема источников затрагивалась лишь в контексте общих юридических вопросов, прежде всего определения права. Специальное изучение проблем источников права (понятие, виды, соотношение и т.д.) началось только в XIX в.

Практически параллельно с отраслевыми науками внутригосударственного права проблема источников стала изучаться и юристами-международниками. Известный ученый Д. Б. Левин, занимавшийся историей развития отечественной науки международного права, отмечал «глубину разработки этого вопроса в русской науке и вместе с тем большое многообразие мнений»⁷³⁴.

В дореволюционный период наука международного права при определении источников права развивалась в одном русле с общей теорией права. Определение источников зависело от правопонимания ученого, от того, на каких методологических позициях он находился, являлся ли сторонником позитивистского направления в юриспруденции или придерживался естественно-правовых воззрений.

Значительное число юристов-международников находилось под влиянием *естественно-правовой доктрины* и выделяло два понятия источника права: *внутренний* – в смысле *причины*, вызывающей появление права и *внешний* – в смысле *формы выражения* международно-правовых норм. Причиной или силой, творящей право, различные авторы признавали *правосознание народов, идею справедливости, природу человека* и т.п., а внешние источники определяли как *формы, памятники, материалы*.

Наиболее последовательно естественно-правовые воззрения во взглядах на источники международного права нашли отражение в работах А. К. Бялэцкого, считавшего, что «необходимость различать понятие источника права от понятия его внешнего выражения»⁷³⁵. А. К. Бялэцкий считал источником международного права «*идею справедливости*», которая проявляется в многочисленных «памятниках» и «материалах» международного права (международных договорах, международно-правовых обычаях, внутреннем законодательстве государств и т.д.). При этом памятниками международного права он признавал только те, где идея справедливости находит свое выражение. «Если за всяким законодательным актом, договором или продолжительное время применяемым обычаем признать название источника права, то может представиться затруднение в отыскании верного обнаружения идеи права, потому что только эта идея не всегда действительно проявляется в *памятниках*, зачисленных к разряду его источников. Нередко в таких материалах находится отрицание, а не воплощение идеи справедливости, так что их можно только условно считать составными частями образовавшегося положительного права»⁷³⁶.

Идею справедливости считал источником международного права и М. Н. Капустин. «Само по себе формулирование, - отмечал он, - не создает права, а делает его только распознаваемым. Присущее всем сознание о справедливости служит для того высшим критерием... Истинным источником международного права остается всегда *справедливость* в значении взаимного уважения и признания; она же будет служить критерием для всякого внешнего выражения международных юридических норм»⁷³⁷. Капустин разделял

734 Левин Д. Б. Наука международного права в России в конце XIX и начале XX в. Общие вопросы теории международного права. М., 1982. С. 111.

735 Бялэцкий А. К. О значении международного права и его материалов. Варшава, 1872. С. 256.

736 Там же. С. 143-144.

737 Капустин М. Н. Международное право: Конспект лекций. Ярославль, 1873. С. 6.

позицию Бялецкого, что только те договоры и обычаи служат выражением международного права, где заложена идея справедливости⁷³⁸.

Близкую позицию занимали также В.П. Даневский и Л.А. Камаровский. По мнению Даневского «источники международного права разделяются на А) *внутренний* (или высший) и В) *внешние источники*, в которых проявляется первый его источник и из которого почерпаются нормы международного права»⁷³⁹. Л.А. Камаровский тоже полагал, что необходимо отличать источники права от их формы. «Под источником, - писал он, - мы разумею ту силу или причину, которая творит право. Она действует невидимо, но всегда неотразимо и в философском смысле может быть названа внутренним разумным основанием права вообще. *Формами права называются внешние его проявления*, те нормы, в которых оно как положительное высказывается и действует на определенной территории. В этом последнем смысле формы называть источниками можно только в переносном значении, т.е. как источники познания, изучения, а не происхождения права»⁷⁴⁰.

В отличие от Бялецкого и Капустина Даневский и Камаровский внутренним источником считали, не идею справедливости, а *природу человека*. «Внутренний источник международного права, - писал В.П. Даневский, - *юридическое сознание народов высшей культуры о необходимости правового порядка между ними*, в который они вступают под давлением требований *человеческой природы*. Это сознание о связующем их правовом порядке вызывает требование прав и обязанностей народов в их взаимных отношениях и обязательности международного права, как совокупности юридических норм, охраняющих этот правовой порядок. Основания последнего – *в природе человека*, в совершенствующихся его способностях, в увеличивающихся и разнообразящихся его потребностях»⁷⁴¹. Л.А. Камаровский также считал, что «корень в *природе человека*, международное право применительно к своей области вытекает из *правосознания человечества*, а пока – тех цивилизованных народов, которые достигли до понимания выработки международного союза. Источник постоянен и неизменен в том смысле, что он всегда зиждется на природе человека, но исторически он подлежит в своем проявлении изменениям сообразно с переменами ее потребностей, что выражается в различии форм и способов охраны международного права в отдельные исторические эпохи»⁷⁴².

Выделение нескольких видов источников было характерно и для сторонников *позитивистского направления* в науке международного права.

Так, П.Е. Казанский, обобщив различные точки зрения на источники международного права, выделил три понятия. «Под источником в собственном смысле слова, *под внутреннем источником*, - писал он, - следует понимать ту *силу*, которая творит международное право, вызывает появление международно-правовых начал. *Под источниками правообразования* – те формы, те *материалы*, в которые право выливается. *Под источниками правопознания* – те *памятники*, при помощи которых можно ознакомиться с постановлениями международного права»⁷⁴³. Источником в собственном смысле слова или силой, которая

738 Там же. С. 7.

739 Даневский В.П. Пособие к изучению истории и системы международного права. Вып.1. Харьков, 1892. С. 95.

740 Камаровский Л.А. Основные вопросы науки международного права. М., 192. С. 94.

741 Даневский В.П. Пособие к изучению истории и системы международного права. Вып.1. Харьков, 1892. С. 95.

742 Камаровский Л.А. Основные вопросы науки международного права. М., 192. С. 97, 98.

743 Казанский П. Введение в курс международного права. Одесса, 1901. С. 87.

«творит международное право» он считал «согласие и правоубеждение народов»⁷⁴⁴. Однако, в отличие от представителей естественно-правовой доктрины, Казанский трактовал правовое убеждение народов не как проявление отвлеченной природы человека, а как фактическую необходимость. «Общее юридическое сознание слагается из правил, необходимость или общую пользу которых сознает разум и некоторые составляющие содержания воли. ... Международное право вытекает из воли народов, но оно является правом необходимым, т.к. содержание этой воли определяется с необходимостью содержанием тех фактических отношений, которые имеет в виду право. Признать необходимость и разумность международного права вовсе не значит превратить его в естественное право»⁷⁴⁵.

Известный юрист-международник Ф.Ф. Мартенс также обосновывал появление норм международного права необходимостью правового порядка. Он полагал, что сознание цивилизованными государствами необходимости правового порядка рождает их добровольное согласие на признание обязательности международного права. «Это сознание и согласие получают внешнее свое выражение (формулирование), - по его мнению, - в международных обычаях и трактатах, в дипломатических переговорах, в законодательстве, правительственных распоряжениях, наконец, в решениях судов. Насколько названные акты и обычаи являются верным выражением правосознания государств, настолько они могут считаться источниками современного международного права»⁷⁴⁶.

Наиболее последовательным позитивистом в русской науке международного права был Н.М. Коркунов. Он считал, что источниками права называются - «формы объективирования юридических норм, служащие признаками их обязательности в данном обществе и в данное время»⁷⁴⁷. Н.М. Коркунов не согласен, что источник это причина, творящая право. «Юрист, - писал он, - под источником права не понимает вовсе, как это можно было бы заключить по этимологическому значению слова «источник», причины, вызывающей существование права, или элементов, образующих содержание права. Под источником права мы разумеем формы внешнего проявления права и именно такие формы, которые служат доказательством признания данной юридической нормы обязательною для данной сферы применения»⁷⁴⁸. Ученый предлагал «строго держаться технического значения» термина «источник права» и не смешивать с понятием «источника как средства познания» или с «понятием исторического памятника», а также с «понятием о том, откуда черпается и чем определяется самое содержание юридических норм»⁷⁴⁹.

Н.М. Коркунов помимо международного права занимался общетеоретическими проблемами. Его позиция была близка к позиции известного теоретика права Г.Ф. Шершеневича, отмечавшего многозначность термина «источник права». «Под этим именем, - писал он, - понимаются а) силы, творящие право, например, когда говорят, что источником права следует считать волю Бога, волю народную, правосознание, идею справедливости, государственную власть; б) материалы, положенные в основу того или другого законодательства, например, когда говорят о работе по источникам...; с) средства познания

744 Там же. С. 99.

745 Там же. С. 101, 102.

746 Мартенс Ф.Ф. Современное международное право цивилизованных народов. Т. 1. Спб., 1887. С. 186.

747 Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. Спб., 2003. С. 343.

748 Коркунов Н.М. Международное право / Изд. лейтенант Шидловский. Спб., 186. С. 103.

749 Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. Спб., 2003. С. 344-345.

действующего права, например, когда говорят, что право можно узнать из закона»⁷⁵⁰. Разнообразии значений, придаваемых выражению «источники права», по мнению Г.Ф. Шершеневича, «вызывает необходимость обойти его и заменить другим выражением – формы права»⁷⁵¹.

Таким образом, в дореволюционный период большинство отечественных юристов-международников отмечали многозначность термина «источник международного права» и рассматривали его в нескольких смыслах, чаще всего в двух: как *причину*, создающую международное право и как *форму* его внешнего выражения.

Перечень и классификация «форм внешнего выражения» или «внешних источников международного права» существенно не различались. Чаще всего в круг «внешних источников» включали международные договоры, международные обычаи, решения международных конгрессов и конференций, законодательство государств, судебную практику и науку международного права, разделяя их на «прямые» и «косвенные». К «прямым» чаще всего относили: международные договоры, международные обычаи, решения международных судов, а к «косвенным» - внутреннее законодательство, решения государственных судов, науку международного права.

В советский период учение об источниках права претерпело серьезные изменения, сохранив традицию употребления термина «источники права» в двух значениях. Основываясь на марксистской концепции, *собственно источником всех правовых норм* стали признаваться *материальные условия жизни общества, общественное бытие*. «Условия общественного бытия, - отмечал проф. Ф.И. Кожевников, - отражаются в форме разнообразных идей, теорий и воззрений, в том числе правовых. Процесс объективирования правовых воззрений проходит стадию волеизъявления определенных групп людей – господствующих классов государств (в общенародном государстве – всего народа), и таким образом конкретные правила поведения приобретают юридически обязательный характер, то есть становятся нормами права. В международном праве те или иные правила поведения приобретают юридическое качество путем согласования воли участников международного общения»⁷⁵². В другом значении термин «источники международного права» употреблялся для «обозначения тех *форм*, в которых находят свое *выражение нормы права*»⁷⁵³.

При рассмотрении конкретных видов источников международного права использовалось второе значение. В советской теории международного права источники в смысле форм выражения норм права разделяли *основные* (международные договоры и международные обычаи) и *вспомогательные* (решения международных органов и организаций, внутригосударственные законы и решения национальных судов, доктрину международного права)⁷⁵⁴.

Некоторые советские ученые, в частности Г.И. Тункин, в основу определения и классификации источников международного права клали положения Статута Международного Суда ООН - международного договора, в котором участвуют большинство государств мира.

Считалось, что в нем, а именно в параграфе «с» п. 1 ст. 38, в общей форме выражено согласие государств по поводу источников международного права. «Суд, - гласит данная

750 Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып. 1-4. М., 1910-1912. С. 369.

751 Там же.

752 Курс международного права / Под ред. Ф.И. Кожевникова. М., 1966. С. 39.

753 Там же; Международное право / Под ред. Ф.И. Кожевникова. М., 1987. С. 31-34.

754 См. подробнее: Курс международного права / Под ред. Ф.И. Кожевникова. М., 1966. С. 39-43.

статья, - который обязан решать переданные ему споры на основании международного права, применяет:

- a) *международные конвенции*, как общие, так и специальные, устанавливающие правила, определенно признанные спорящими государствами;
- b) *международный обычай* как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы;
- c) *общие принципы права*, признанные цивилизованными нациями;
- d) с оговоркой, указанной в статье 59, *судебные решения и доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм*».

Основываясь на Статуте, все источники международного права разделяли на две основные группы: *основные источники права* и *вспомогательные средства для определения международно-правовых норм*.

К *основным источникам международно-правовых норм*, согласно ст. 38 Статута Международного Суда, относили: международные договоры; международный обычай; общие принципы права. К *вспомогательным средствам для определения международно-правовых норм*: судебные решения и доктрины наиболее квалифицированных специалистов в области международного права.

Сегодня согласиться с классификацией, основанной Статуте, и признать содержащийся в нем перечень источников исчерпывающим, невозможно. Статья 38 была сформулирована после Первой мировой войны для Постоянной палаты международного правосудия, когда объем нормативного материала был незначительным, не существовало еще ряда международных организаций и постоянно действующих международных судебных органов. Современная международная практика свидетельствует о появлении новых способов образования международно-правовых норм и форм их фиксации.

В настоящее время проблему источников международного права нельзя назвать разрешенной. Дискуссионными остаются вопросы определения понятия «источник международного права», а также выявления конкретных видов и структурного ряда понятий, относящихся к данной категории. Остановимся на этих спорных моментах.

4. Категория «источник международного права»: понятие и структурный ряд

Рассмотрение истории становления и развития доктрины показало, что споры о терминологии и видах источников международного права ведутся с момента зарождения его науки. При определении понятия «источник международного права» юристы-международники опираются на достижения общей теории права. Больше всего дискуссий и в общей теории права, и в теории международного права вызывает проблема соотношения категорий «форма права» и «источник права». Одни исследователи рассматривают данные понятия как синонимы, отождествляя, источник права исключительно с формой фиксации правовой нормы, другие в категорию источников включают не только результаты процесса образования норм, но и различные факторы, влияющие на этот процесс.

Полагаем, что при определении данных понятий следует исходить из семантического значения слов «источник» - «то, что дает начало чему-нибудь, откуда исходит что-ни-

будь»⁷⁵⁵, и «форма» - «способ существования содержания»⁷⁵⁶, «внешнее выражение какого-либо содержания»⁷⁵⁷.

Применительно к юридическим явлениям источник права можно рассматривать в трех смыслах (материальном, идеологическом и формально-юридическом). Нельзя не согласиться с А.В. Малько, что форма и источник - совпадающие понятия, если речь идет о формально-юридических источниках права⁷⁵⁸. Данное положение, на наш взгляд, вполне применимо и к *источникам международного права*. Источники международного права в материальном смысле - это материальные условия жизни мирового сообщества, общественное бытие. Вряд ли кто будет спорить, что развитие мировой экономики существенно влияет на развитие современного международного права. Источники в идеологическом смысле - это правосознание народов, отражающееся в общих принципах права. Общественное бытие и правосознание народов выступают причинами, обуславливающими развитие международного права. Источники в формально-юридическом смысле - есть следствие причины, результат процесса создания международно-правовых норм, способ их образования и форма внешнего выражения.

Структурный ряд понятий, относящихся к категории «источник (форма) международного права», также вызывает не мало дискуссий. Чаще всего, основываясь ст. 38 Статута Международного Суда ООН и современной практике, в него включают: «международный договор», «международный обычай», «общие принципы права», «судебные решения», «доктрины наиболее квалифицированных специалистов», «решения и резолюции международных организаций», «акты международных конференций и совещаний», «односторонние акты государств» «абстракцию «источник права», права не существует».

В международном праве сложнее, чем во внутригосударственном, установить последовательность понятий, входящих в правовую абстракцию «источник права». Поэтому в отечественной науке предпринимались и предпринимаются попытки дать классификацию формально-юридических источников международного права.

Так, по мнению К. А. Бекашева, можно выделить основные, производные (вторичные) и вспомогательные источники международного права. К основным он относит международный договор, международный обычай, общие принципы права; к производным - резолюции международных организаций; к вспомогательным - судебные решения, доктрины и односторонние акты государства⁷⁵⁹.

По мнению И. И. Лукашука перечень современных источников международного права включает, прежде всего, международный договор, международный обычай и резолюции международных организаций. Первые два он называет универсальными источниками, юридическая сила которых вытекает из общего международного права, а правотворче-

755 Ожегов С.И. и Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка и фразеологических выражений / РАН. Институт русского языка им. В.В. Виноградова. М., 2004. С. 255.

756 Ожегов С.И. и Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка и фразеологических выражений / РАН. Институт русского языка им. В.В. Виноградова. М., 2004. С. 855.

757 Философский энциклопедический словарь. М., 1998. С. 489.

758 Комаров С.А., Малько А.В. Теория государства и права. Учебно-методическое пособие. М., 1999. С. 312.

759 Международное публичное право: учеб. / Л.П. Ануфриева, Д.К. Бекашев, К.А. Бекашев, В.В. Устинов [и др.]; отв. ред. К.А. Бекашев. М., 2004. С. 21.

ские решения организаций, юридическая сила которых определяется учредительным актом соответствующей организации, - специальными⁷⁶⁰.

Отдельные исследователи список источников расширяют за счет вспомогательных средства определения международных норм, относя к ним резолюции международных организаций, решения международных судов, внутригосударственные законы, решения национальных судов, доктрину международного права, зачастую называя их вспомогательными источниками⁷⁶¹.

Ни одну из рассмотренных классификаций нельзя признать удачной, как и нельзя, на наш взгляд, признать вполне обоснованным перечень понятий, включаемых в правовую абстракцию «источник международного права».

Категория «источник права» относится к опосредующим элементам в праве, хотя и является продуктом активной деятельности соответствующих субъектов⁷⁶². Качествами норм источников права в формально-юридическом отношении выступают всеобщность, обязательность и устойчивость применения. По своей природе формально-юридические источники международного права едины, в их основе лежит соглашение его субъектов, непосредственно выражаемое в международном договоре и международном обычае, а опосредованно в актах международных конференций, решениях международных организаций и международных судов. Процесс образования норм международного права, созданных договорами между государствами, а также в результате повторяющихся действий государств, можно признать основным. Дополнительные (опосредованные) процессы образования норм международного права, проявляются в деятельности международных организаций, конференций и судов.

В связи с этим источники международного права, понимаемые в формально-юридическом смысле, можно классифицировать на: *основные* (международный договор и международный обычай) и *дополнительные (опосредованные)* (отдельные акты международных конференций, решения и резолюции международных организаций, решения некоторых международных судов).

Включение *вспомогательных средств определения правовых норм* (доктрин, односторонних актов государства, внутригосударственного законодательства и решений национальных судов и др.) в круг источников (форм) международного права, на наш взгляд, обосновательно. Нельзя не согласиться с В.М Шумиловым, что аналогично тому, как консервный нож – это «средство» заглянуть в некую «форму» и узнать ее содержимое доктрины, национальное законодательство и односторонние акты государств – это «средство» выявления правовой «формы» и ее «содержания», но не сама форма, не само «содержание»⁷⁶³.

Специально хотелось бы остановиться на «*общих принципах права, признанных цивилизованными нациями*», которые статья 38 Статута Международного суда относит к числу источников международного права. Абстрактность формулировки, содержащейся в параграфе «с» п. 1 ст. 38 Статута Международного Суда вызывала и вызывала и вызывает

760 Лукашук И.И. Международное право. Общая часть: учеб. для студентов юрид. фак. и вузов. М., 2005. С. 23.

761 Додонов В.Н., Панов В.П., Румянцев О.Г. Международное право. Словарь-справочник / Под общей ред. акад. МАИ, д.ю.н. В.Н. Трофимова. М., 1997. С. 91.

762 Ануфриева Л.П. Соотношение международного публичного и международного частного права: правовые категории. М., 2002. С. 189.

763 Шумилов В.М. Международное право: учеб. М., 2008. С. 109.

оживленные дискуссии о характере «общих принципов права» и возможности их признания в качестве самостоятельных источников международного права⁷⁶⁴.

Можно выделить три основные точки зрения по вопросу определения «общих принципов права, признанных цивилизованными нациями»:

- данное понятие охватывает общие принципы естественного права и справедливости;
- это понятие включает основные принципы международного права;
- под общими принципами права понимаются общие принципы, характерные для национальных правовых систем (добросовестность, незлоупотребление правом, равенство сторон в споре и др.)⁷⁶⁵.

В современной учебной литературе из-за неопределенности формулировки и дискуссионности проблемы «общие принципы права» исключаются из числа основных источников (форм) международного права⁷⁶⁶. На наш взгляд, под «общими принципами права, признанными цивилизованными нациями», все же следует понимать *принципы естественного права и справедливости*, которые получили выражение в позитивном праве большинства правовых систем. В них отражается *правосознание народов*, поэтому их можно включить в круг источников международного права, но понимаемых в *идеологическом смысле*.

Таким образом, структурный ряд понятий, относящихся к категории «источник (форма) международного права», на наш взгляд, включает: «*международный договор*», «*международный обычай*», «*судебные решения*», «*решения и резолюции международных организаций*», «*акты международных конференций и совещаний*». Анализ конкретных форм необходимо проводить, основываясь на иерархии видов источников и на выявлении соотношения между ними.

Общепризнанно, что основным источником современного международного права является *международный договор*. Договорной процесс ныне самый эффективный способ изменения отношений между государствами. Венской конвенцией о праве международных договоров от 23 мая 1969 г. договор определяется как «международное соглашение, заключенное между государствами в письменной форме и регулируемое международным правом, независимо от того содержится ли такое соглашение в одном документе, в двух или нескольких связанных между собой документах, а также независимо от его конкретного наименования». Данная конвенция допускает возможность заключения международных договоров «между государствами и другими субъектами международного права или между другими субъектами международного права» (ст. 3), из чего следует, что субъектами международных договоров могут быть не только государства и международные организации, но и другие субъекты международного права.

Международный обычай – это правило поведения, служащее доказательством всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы. Основным источником классического международного права был обычай. С конца XIX – начала XX века начался процесс кодификации обычных норм и международное право стало приобретать конвенционный характер. Специфика международно-правового обычая заключается в том, что он

764 См. подробнее: Корецкий В.М. «Общие принципы права» в международном праве. Киев, 1957; Дурденевский В.Н. Пять принципов // Международная жизнь. 1956. №3; Тункин Г.И. Теория международного права. Под общей ред. проф. Л.Н. Шестакова. М., 2000. С.167-180; Бирюков П.Н. Международное право / Учебное пособие. Воронеж, 1996. С. 11-12 и др.

765 См. подробнее: Тункин Г.И. Теория международного права. Под общей ред. проф. Л.Н. Шестакова. М., 2000. С.167-180.

766 Бирюков П.Н. Международное право / Учебное пособие. Воронеж, 1996. С. 11-12; Международное право. Учебник для вузов. / Отв. ред. проф. Г.В. Игнатенко и проф. О.И. Тиунов. М., 2003. С. 108-111 и др.

не представляет собой в отличие от договора, официального документа с явно выраженными формулировками правил. Уяснение его содержания является достаточно сложным. Для установления обычая прибегают к целому ряду вспомогательных средств. Его отражение ищут во внешнеполитических документах и односторонних актах государств, в правительственных заявлениях, в дипломатической переписке.

Несмотря на существенные различия между договором и обычаем существует тесное взаимодействие. Обычная норма может превратиться в договорную путем закрепления ее в международном договоре. Договорная норма может стать обычной для не участвующих в договоре государств, если она получит всеобщее признание и в силу этого станет общепризнанной нормой обычного права.

Перечень источников (форм) международного права не ограничивается международными договорами и обычаями. Как отмечалось выше, процесс образования норм международного права, помимо договорного и обычного, проявляется в деятельности международных организаций, конференций и судов. Поэтому дополнительными формами воплощения международно-правовых норм выступают некоторые *акты международных конференций и совещаний, решения международных организаций и международных судов.*

Юридическая природа документов, принимаемых *международными конференциями*, различна. Чаще всего решения конференций выступают лишь стадией процесса становления международно-правовой нормы. Так, конференции, созываемые для разработки международного договора, завершаются одобрением акта о принятии договора и открытии его для подписания государствами. Источником международного права становится не резолюция конференции, а международный договор как результат действий государств по присоединению к нему и введению в действие. Включение же текста договора в заключительный акт международной конференции будет являться одним из способов установления его аутентичности.

Однако, бывают конференции, посвященные важным международным проблемам, которые завершаются принятием итоговых документов, имеющих по общему признанию обязательную юридическую силу. К *актам международных конференций*, имеющих обязательную юридическую силу, и, соответственно, являющихся источниками международного права, можно, например, отнести документы Совещания по Безопасности и Сотрудничеству в Европе (СБСЕ):

- Хельсинский Заключительный акт 1975 г.;
- Стокгольмский Итоговый документ 1986 г.;
- Венский итоговый документ 1989 г.;
- Документ Копенгагенского совещания 1990 г.;
- Документ Московского совещания 1993 г. и др.

Эти документы, не являясь международными договорами, носят юридически обязательный характер, содержат правила поведения субъектов международного права, также меры контроля за их соблюдением.

Ряд решений и резолюций международных организаций также может иметь обязательную юридическую силу. Сама по себе международная организация не может выступать в качестве «законодателя», но государства – члены организации – вправе использовать ее для нормотворческой деятельности. «В рамках своей компетенции, - отмечает Ю.Д. Ильин, -

международные организации принимают постановления, обязательные к выполнению для стран участниц»⁷⁶⁷.

Акты или итоговые документы международных организаций могут иметь разноплановый характер и различную юридическую силу. С точки зрения процесса нормотворчества они подразделяются на: юридически обязательные и рекомендательные.

Главное отличие процесса образования норм в рамках международной организации от договорного состоит в том, что решения и резолюции принятые большинством становятся обязательными для всех членов организации. Можно выделить три разновидности решений (резолюций) международных организаций, имеющих обязательную юридическую силу:

- решения по процедурным и техническим вопросам, создающие нормы обязательные для членов данной организации;
- решения, принимаемые по важнейшим вопросам международных отношений, обязательная сила которых вытекает из учредительного акта организации (такие решения, например, может выносить Совет Безопасности ООН);
- решения, обязывающая сила которых вытекает из общих принципов и норм международного права (к ним относятся решения, конкретизирующие общепризнанные императивные принципы и нормы международного права и направленные на их практическую реализацию).

Таким образом, постановления международных организаций, являясь более узкими по сфере применения, опосредованы (вторичны) по отношению к волеизъявлению государств, их создавших.

Общеизвестно, что *судебные решения* в качестве самостоятельного источника права признаются в англосаксонской системе права. По вопросу о значении решений международных судов и арбитражей как источников международного права в юридической литературе высказываются различные точки зрения. Представители стран англосаксонской системы права преувеличивают роль постановлений Международного суда, утверждая, что его решения относятся к основным источникам наряду с международными договорами и обычаями⁷⁶⁸.

Большинство отечественных исследователей, придерживаются мнения, что решения Международного суда и международных арбитражей не являются средством создания или изменения его норм, а относятся к числу вспомогательных средств для определения его норм⁷⁶⁹.

Сторонники данной точки зрения ссылаются, прежде всего, на Статут международного суда ООН, статья 38 которого предусматривает, что Суд при рассмотрении дел должен действовать «на основании международного права». Он не уполномочен вносить в него изменения, а должен руководствоваться им. Статут прямо отвергает концепцию судебного прецедента, устанавливая в ст. 59, что «решение Суда обязательно лишь для участвующих в деле сторон и лишь по данному делу». Суд может использовать свои решения «в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм». Следовательно, согласно Статуту, решения международного суда ООН не являются частью процесса соз-

767 Ильин Ю.Д. международное публичное право. Лекции. М., 2004. С. 21.

768 Lauterpacht H. The Development of International Law by the International Court. L., 1958.

769 Международное право / Под ред. Е.А. Коровина, 1951. С.17-18; Левин Д.Б. Основные проблемы современного международного права. М., 1958. С.101-102; Лукашук И.И. Источники международного права. Киев, 1966. С. 95-96; Тункин Г.И. Теория международного права. Под общей ред. проф. Л.Н. Шестакова. М., 2000. С.162-163; Каламкарян Р.А., Мигачев Ю.И. Международное право: учебник. М., 2004. С. 109 и др.

дания или изменения норм, но оказывают на него влияние. Решения Международного суда входят в процесс нормообразования как часть международной практики в том, что касается констатации наличия норм международного права или их толкования.

Однако в последние десятилетия ситуация несколько изменилась. Анализ деятельности современных международных судебных органов показывает, что ряд судебных органов, например Европейский суд по правам человека, Суд Европейских сообществ, Экономический суд СНГ и некоторые другие, используют свои решения в качестве прецедентов. Вызвано это отсутствием договорных и обычных норм, регулирующих спорное правоотношение. Новые тенденции позволили некоторым отечественным исследователям сделать вывод о самостоятельной роли судебного решения как источника международного права, но имеющего особую юридическую природу. К числу особенностей прецедентных решений международных судебных органов относят:

- производность прецедентных норм от договорных и обычных международно-правовых норм;
- локальная сфера распространения (только в отношении государств, связанных «основной» международно-правовой нормой);
- право суда изменять и отменять свои прецеденты⁷⁷⁰.

Некоторые отечественные исследователи высказывали мысль о сближении решений суда с доктриной, т.к. они выражают мнение членов Суда - видных специалистов по международному праву специалистов, выступающих в личном качестве⁷⁷¹. В новейшей литературе данная точка зрения подвергается вполне обоснованной критике. Решения Международного суда, отмечает М.В. Кучин, являются решениями международного органа, а не отдельных индивидов – специалистов в области права. Мнение каких бы то ни было специалистов, не обладающих специальной правоспособностью, не может быть юридически обязательным для государств. В противном бы случае можно было говорить, что международный договор заключается не государствами, а государственными чиновниками и выражает их личную позицию⁷⁷².

Вспомогательные средства для определения международно-правовых норм, как отмечалось выше, не входят число источников (форм) международного права. Однако они могут, во-первых, помогать в установлении самой нормы, во-вторых, участвовать в выявлении ее содержания, в-третьих, выступать стадиями процесса становления международно-правовой нормы, в-четвертых, оказывать влияние на этот процесс.

Особое место в международно-правовой системе принадлежит *доктринам международного права*. Статут Международного суда ООН относит доктрину к вспомогательным средствам для определения правовых норм, что свидетельствует о ее роли в применении международного права. Кроме того, доктрина оказывает огромное влияние на прогрессивное развитие международного права. Коллективное мнение юристов разных стран находит выражение в документах таких организаций, как Ассоциация международного права, Институт международного права. Кроме того, доктрина оказывает и огромное влияние на позицию государств при разработке международных договоров.

770 Международное право. Учебник для вузов. / Отв. ред. проф. Г.В. Игнатенко и проф. О.И. Тиунов. М., 2003. С. 124.

771 Тункин Г.И. Теория международного права. Под общей ред. проф. Л.Н. Шестакова. М., 2000. С. 162.

772 Международное право. Учебник для вузов. / Отв. ред. проф. Г.В. Игнатенко и проф. О.И. Тиунов. М., 2003. С. 124.

В качестве средств установления норм международного права признаются *односторонние акты государства, национальное законодательство и решения национальных судебных инстанций*. Они выражают признание конкретным государством того или иного правила в качестве международно-правовой нормы. Кроме того, внутригосударственное право и судебная практика влияют на формирование международно-правовой позиции государства и, тем самым, косвенно влияют на формирование международного права. Особая роль принадлежит односторонним актам государства (заявлениям, нотам, выступлениям и т. д.), которые, не являясь источником международного права, могут порождать для государства юридические обязательства.

Дать исчерпывающий перечень вспомогательных средств не представляется возможным. Кроме перечисленного ими могут выступать решения Международного Суда ООН и других международных судебных органов (трибуналов), резолюции международных организаций и акты международных конференций, не обладающие юридической силой, дипломатическая переписка и др.

6.2. Возможность ссылки на международные соглашения Европейского Союза при проведении проверки на действительность в соответствии со статьей 263 дфес

1. Введение

Относительно рано Суд Европейского Союза («СЕС») имел возможность указать, что, передав даже ограниченный круг властных полномочий наднациональному сообществу, государства-члены Европейских сообществ создают самостоятельный правопорядок⁷⁷³, отличный как от национального, так и от международного правопорядка. Данный союзный правопорядок представляет собой сложную систему актов, принципов и неписаных источников, принятых государствами-членами и институтами Союза и обязательных как для самих государств, так и для их граждан⁷⁷⁴.

Однако в то же время, как указал Суд в своем решении от 23 апреля 1986 г. по делу 294/83 «Зеленые против Европейского парламента»,

«[...] Европейское экономическое сообщество является правовым сообществом, поскольку ни государства-члены, ни его институты не могут избежать проверки на предмет того, соответствуют ли их действия основной конституционной хартии Сообщества — Договору»⁷⁷⁵.

⁷⁷³ СЕО, Решение Суда от 5 февраля 1963 г., NV Algemene Transport en Expeditie Onderneming van Gend & Loos срещу Нидерландска данъчна администрация, 26/62 EU:C:1963:1 – «Напрашивается вывод, что Сообщество представляет собой новый правопорядок международного права, в интересах которого государства ограничили свои суверенные права, хотя и в ограниченных областях, и субъектами которого являются не только государства-члены, но и их граждане». Так же в СЕО, Решение Суда от 15 июля 1964 г., Flaminio Costa срещу E.N.E.L., 6/64, EU:C:1964:66, – «В отличие от обычных международных договоров, Договор о ЕЭС создал собственный правопорядок, который с момента вступления в силу Договора был интегрирован в правовые системы государств-членов и который обязаны применять национальные юрисдикции».

⁷⁷⁴ СЕО, Решение Суда от 9 марта 1978 г. Amministrazione delle Finanze dello Stato срещу Simmenthal SA., 106/77, EU:C:1978:49- (14) Рассмотренное с этой точки зрения прямое применение означает, что нормы права Сообщества должны иметь полное и равное действие во всех государствах-членах с момента их вступления в силу и в течение всего срока их действия. (15) Таким образом, настоящее положение являются прямым источником прав и обязанностей для всех, к кому они применяются, независимо от того, являются ли они государствами-членами или частными юридическими лицами, являющимися сторонами правоотношений, регулируемых правом Сообщества».

⁷⁷⁵ СЕО, Решение Суда от 23 апреля 1986 г., Parti écologiste «Les Verts» против Европейского парламента, 294/83, EU:C:1986:166, т.23

С тех пор СЕС имел возможность неоднократно подтвердить формулировку, использованную в вышеупомянутом решении, лишь добавляя к этой первой категории новые нормы контроля, включающие, помимо Договоров, общие принципы права⁷⁷⁶, основные права⁷⁷⁷ и международные соглашения ЕС⁷⁷⁸. Так постепенно оформляется своеобразная иерархия источников права ЕС⁷⁷⁹ со своими внутренними правилами, взаимосвязями и взаимозависимостями. Следовательно, поскольку наличие контроля за действительностью актов Союза предполагает вопрос об иерархии источников права Европейского Союза, необходимо в начале настоящего исследования наметить понимание того, что будет применяться относительно типологии источников и их взаимоотношений.

В связи с этим, если сделанное выше утверждение, вытекающее из анализа судебной практики, выглядит бесспорным, то сама концепция иерархии источников права Европейского Союза является предметом непрекращающихся дискуссий на практике и в доктрине⁷⁸⁰.

Одной из основных причин этого является тот факт, что это понятие, хотя и характерное для современных правовых систем, не используется Судом в вынесенных им судебных актах, даже когда он по существу ссылается на концепцию иерархии источников. Отдельные примеры использования этого понятия до сих пор можно найти в некоторых заключениях генеральных адвокатов.

Так, например, в своем заключении по делу C-202/13 *McCarthy*⁷⁸¹ генеральный адвокат Шпунар (Szpunar) прямо указывает, что «*в иерархии правовых актов протоколы определено имеют приоритет над вторичным правом Союза*»⁷⁸². О «примате» первичного над производным правом в рамках союзного правопорядка также говорит генеральный адвокат Кокот (Kokott)⁷⁸³. В этом направлении мыслей следует также отметить, что иерархия актов лежит в основе многих рассуждений генерального адвоката Менгоцци (Mengozzi) относительно разграничения законодательных и незаконных актов, а также меж-

776 СЕС, Решение Суда (Большой состав) от 29 июня 2010 г., Уголовное производство против E и F, C-550/09, EU:C:2010:382, т.44

777 СЕС, Решение Суда (Большой состав) от 3 октября 2013 г., Inuit Tapiriit Kanatami и др. против Европейского парламента и Совета Европейского союза, C-583/11 P, EU:C:2013:625, т. 91

778 СЕС, Решение Суда от 10 сентября 1996 г., Комиссия Европейского сообщества против Федеративной Республики Германии, C-61/94, EU:C:1996:313, т.15

779 Касательно иерархии источников права Европейского союза см. Семов, А. (2017). Правна система на ЕС, София: Институт по европейско право.

780 Примеры дискуссионного характера вопроса могут быть найдены в Jacqué, J.-P. (2018). Droit institutionnel de l'Union européenne, 9e éd., Paris: Dalloz, par. 878-883; Rittleng, D. & David, É. (2005). "Les actes de l'Union", в VI. Constantinesco, Y. Gautier & V. Michel (Eds.), Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires, (стр.208-220) Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg.; Van Raepenbusch, S. (2005) «Les instruments juridiques de l'Union européenne», в M. Dony & E. Bribosia (Eds.), Commentaire de la Constitution de l'Union européenne, (стр.203-218), Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles.

781 СЕС, Решение Суда (Большой состав) от 18 декабря 2014 г., The Queen, по иску на: Sean Ambrose McCarthy и др. против Secretary of State for the Home Department, C-202/13, EU:C:2014:2450

782 СЕС, Заключение генерального адвоката Szpunar представлено 20 мая 2014 г. по делу The Queen, по требованию на: Sean Ambrose McCarthy и др. срещу Secretary of State for the Home Department, C-202/13, EU:C:2014:345, т.143, (подчеркнуто автором)

783 СЕС, Заключение генерального адвоката Kokott представлено 13 декабря 2007 г. по делу Bertelsmann AG и Sony Corporation of America против Independent Music Publishers and Labels Association (Impala), C-413/06 P, EU:C:2007:790, т. 100

ду делегированными и исполнительными актами⁷⁸⁴. К сожалению, эта аргументация впоследствии не была принята Судом при вынесении окончательных решений.

Несмотря на явную оговорку судей Союза к использованию понятия «иерархия», углубленный анализ судебной практики позволил найти консенсус в доктрине относительно существования иерархических связей и зависимостей между различными «общими» категориями актов, включенных в рамки союзного правопорядка⁷⁸⁵.

Согласно этому общепринятому пониманию, на вершине иерархии находятся акты, образующие так называемый конституционный корпус. Он включает в себя Учредительные договоры, договоры о внесении изменений в учредительные договоры, договоры о присоединении, акты учреждений или государств-членов в ранге первичного источника, а также Хартию основных прав. За этой категорией источников следуют международные соглашения, заключенные Союзом⁷⁸⁶. Непосредственно за ними указываются обязательные для исполнения правовые акты, принятые институтами Союза, которые на практике образуют предпоследний уровень этой своеобразной «пирамиды», как раз перед всеми остальными актами, причисляемым к категории так наз. *soft law*. И если все-таки в доктрине есть определенная неясность относительно иерархии источников права Европейского Союза, то она связана, прежде всего, с местом основных принципов права Союза. По мнению таких авторов, как профессор Жакве (Jacqué) или Крейг (Craig) и Де Бурка (De Burca), общие принципы права должны быть поставлены выше международных соглашений Союза и производного права и ниже конституционного корпуса норм первичного права⁷⁸⁷. Однако, в то же время практика Суда может быть истолкована в том смысле, что основные принципы права следует рассматривать как часть первичного права. Так, например, в одном из своих редких решений, где рассматривается вопрос об иерархии, хотя и без использования этого термина, СЕС указывает, что общие принципы права ЕС имеют «конституционный ранг»⁷⁸⁸. Схожее понимание можно найти и в решении Суда по небезызвестному делу Кади (Kadi). В нем судьи Союза признают, что приоритет международных соглашений, заключенных Союзом, «однако не будет распространяться на первичное право и, в частности, на общие принципы, частью которых являются основные права»⁷⁸⁹. Однако, поскольку настоящее исследование сосредоточено на международном праве Европейского Союза, следует лишь обозначить вопрос о месте основных принципов права Союза.

784 Один недавний пример может быть обнаружен в СЕС, Заключение генерального адвоката P. Mengozzi, представлено 7 мая 2015 г. по делу «Европейская комиссия против Европейского парламента и Совета Европейского союза, C-88/14, EU:C:2015:304, т.3, т. 64 и т. 76

785 Иерархия источников права Европейского союза, которая принята в настоящем исследовании, отражает доминирующую точку зрения, как в болгарской, так и в европейской доктрине. См.: Семов, А.(2017), Правна система на ЕС, София: Институт по европейско право; Graig, P. & De Burca, Gr. (2015), EU Law, 6 изд., Oxford: Oxford University Press, стр.110-121; Lenaerts, K., Van Nuffel, P. & al. (2011), European Union Law, 3 изд., Sweet & Maxwell, стр.817 – 933, Jacqué, J.-P. (2018). Droit institutionnel de l'Union européenne, 9e éd., Paris: Dalloz, пар. 884.

786 СЕС, Решение Суда (Большой состав) от 3 сентября 2008 г., Yassin Abdullah Kadi и Al Barakaat International Foundation против Совета Европейского союза и Комиссии Европейского сообщества, объединенные дела C-402/05 P и C-415/05 P, EU:C:2008:461, т. 307

787 Jacqué, J.-P. (2018). Droit institutionnel de l'Union européenne, op.cit., пар.884 и сл.; Graig, P. & De Burca, Gr. (2015), EU Law, op.cit., стр. 110-121

788 СЕС, Решение Суда от 15 октября 2009 г. Audiolux SA e.a срещу Groupe Bruxelles Lambert SA (GBL) и другие и Bertelsmann AG и другие., C-101/08, EU:C:2009:626, т. 63

789 СЕС, объединенные дела C-402/05 P и C-415/05, op.cit., т. 308

В отличие от вопроса о месте общих принципов права, вопрос о месте международных соглашений в иерархии источников союзного права является значительно менее дискуссионным. Однако, на протяжении десятилетий судебная практика применительно соотношения и взаимосвязей между международным правом и правом Союза установила принципы, применение которых не всегда было бесспорным.

Относительно рано СЕС имел возможность выносить решения касательно внутреннего действия международных соглашений на право Союза. В своем решении 1974 г. по делу 181/73 *Haegeman*⁷⁹⁰ юрисдикция Союза указывает, что в основе положения ст. 216 ДФЕС (предыдущая ст. 300, пар. 7 ДЕО) лежит монистический подход, который, как указывает Де Бурка (De Burca), предполагает «автоматическое включение»⁷⁹¹ этих соглашений в правовой порядок Союза и превращение их в часть источников права Союза.

Включение международных соглашений в союзный правовой порядок было подтверждено восьмью годами позже решением по делу Купферберга (Kupferberg), но в то же время, однако, Суд подчеркивает, что

*«действие в Сообществе положений международного соглашения не может быть определено путем игнорирования международного происхождения рассматриваемых положений» и что «в соответствии с принципами международного права договаривающиеся стороны могут договориться о действии, которое положения настоящего соглашения должны произвести на внутренний правовой порядок договаривающихся сторон».*⁷⁹²

Кроме того, судьи ЕС отмечают, что институты, компетентные вести переговоры и заключать соглашения с третьими сторонами, могут свободно договариваться о действии, которое положения должны произвести на внутренний правовой порядок. Только если этот вопрос прямо не урегулирован в договоре, то его решает суд⁷⁹³.

С учетом вышеизложенного и исходя из принципа монизма следует сделать вывод, что положения международных договоров, заключенных Союзом, имеют действие в правовом порядке Союза, даже если не будут приняты меры по их последующей реализации.

Именно в этом контексте должен быть рассмотрен вопрос о возможности физического или юридического лица ссылаться на Суд Союза на международное соглашение, заключенное Союзом, в целях осуществления контроля за законностью действий учреждений, органов, служб и агентств, принятых для осуществления предоставленных им полномочий (II).

Однако, прежде чем рассмотреть вопрос по существу, необходимо уточнить концепцию «ссылаемости» (*invocabilité/invocability*) (I). Это дополнительно обусловлено тем фактом, что в болгарской юридической науке концепция «возможности ссылки» на суд не только не выяснено, но и мало известно.

I. Концепция ссылаемости в правовом порядке Европейского союза

Как в болгарской, так и в европейской доктрине нет единого мнения касательно концепции ссылаемости в правовом порядке Европейского Союза. Согласно проф. Филиппу Манину (Philippe Manin),

790 CEO, Решение Суда от 30 апреля 1974, R. & V. Haegeman против Королевства Бельгии, 181/73, EU:C:1974:41

791 De Burca, G. (2011) "The ECJ and the international legal order", в G. De Burca & J.H.H.Weiler, *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge: Cambridge University Press, стр. 105

792 CEO, Решение Суда от 26 октября 1982, Hauptzollamt Mainz против C.A. Kupferberg & Cie KG a.A., 104/81, EU:C:1982:362, т. 14-15

793 Там же, т. 17.

«„Ссылаться“ на международное соглашение означает, что «лицо», должно указать на наличие действующего соглашения, вступившего в силу, с целью получения удовлетворения своего требования»⁷⁹⁴.

С другой стороны, для профессора Холдгаарда (Holdgaard) возможность ссылки на международную норму в правовом порядке Сообщества «означает способность юридического субъекта полагаться (т.е. использовать или ссылаться) на эту норму в определенном контексте»⁷⁹⁵. По мнению же Жерара Тебуля (Gérard Teboul), национальный судья должен

«вынести решение о возможности ссылки на Конвенцию частными юридическими лицами или, другими словами, вынести решение о возможности того, что источник международного права повлечет за собой последствия во внутригосударственном правовом порядке. Короче говоря, речь идет о доступе личности к международно-правовой норме»⁷⁹⁶.

В болгарской правовой доктрине только проф. Семов частично исследовал концепцию ссылаемости, однако не дал ей определения, ограничившись перечислением (при этом не исчерпывающим) трех основных видов⁷⁹⁷.

Исходя из вышеупомянутых понятий, «возможность ссылки» в суде на правовую норму можно определить как право, которое предоставляется субъекту права в целях возможности получения им покровительства/защиты своего субъективного права. В то же время следует отметить, что анализ судебных актов СЕС показывает, что в отношении данной концепции наблюдается полиморфизм в зависимости от характера предъявляемых исков, с целью реализации искомой защиты⁷⁹⁸.

В европейской доктрине делались попытки типологизировать наметившийся полиморфизм. Данная типология имеет существенное значение как для систематизации, так и для анализа практики союзной юрисдикции в отношении возможности частного юридического субъекта ссылаться на нормы директив ЕС в национальных судах⁷⁹⁹. Концептуальная рамка, созданная этой классификацией различных форм проявления «возможности ссылки», не должна, однако, ограничиваться исключительно внутренним правом Союза. Производная классификация имеет свою дополнительную ценность и в отноше-

794 Manin, Ph. (1997). À propos de l'accord instituant l'organisation mondiale du commerce et de l'accord sur les marchés publics : la question de l'invocabilité des accords internationaux conclus par la Communauté européenne, *Revue trimestrielle de droit européen*, стр.401 - , « Invoquer » un accord international ; c'est pour une « personne » faite état de l'existence d'un accord en vigueur pour tenter d'obtenir satisfaction d'une revendication“.

795 Holdgaard, R.(2008). External relations od the European Community – Legal reasoning and legal discourses Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International BV, European monographs, стр. 244 - , „denotes the capacity of a legal subject to rely on (i.e. use or invoke) that norm in particular context“

796 Teboul, G. (1995). Le juge administratif et le droit international, aspects récents de droit formel, *A.J.D.A.*, стр.47 – „se prononce sur l'invocabilité de la convention par les particuliers, autrement dit, sur la possibilité, pour une source de droit des gens, de produire des effets dans l'ordre interne. En bref, c'est l'accès de l'individu à la norme juridique internationale qui est en cause“

797 Семов, А (N.A.) Особенности на възможността за позоваване на норми на правото на ЕС, https://www.eubg.eu/upload/files/2002567835_%D0%9E%D1%81%D0%BE%D0%B1%D0%B5%D0%BD%D0%BE%D1%81%D1%82%D0%B8%20%D0%BD%D0%B0%20%D0%B2%D1%8A%D0%B7%D0%BC%D0%BE%D0%B6%D0%BD%D0%BE%D1%81%D1%82%D1%82%D0%B0%20%D0%B7%D0%B0%20%D0%BF%D0%BE%D0%B7%D0%BE%D0%B2%D0%B0%D0%B2%D0%B0%D0%BD%D0%B5.doc

798 Заключение генерального адвоката N. Jääskinen, представлено 8 мая 2014 г. по делу «Совет Европейского союза и др. против Vereniging Milieudefensie и Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht», объединенные дела C-401/12 P по C-403/12 P, EU:C:2014:310 т. 29

799 Simon, D. (2012). Invocabilité et primauté : petite expérience de déconstruction, в M.Benlolo-Carabot, U. Candaş & E. Cujo (Eds), *Union européenne et droit international : Mélanges en l'honneur de Patrick Daillier*, Paris : Pedone, стр. 139-157.

нии исследования вопроса о «ссылаемости» на нормы международных договоров в Суде. С учетом полноты изложения следует сделать краткое изложение выведенных в доктринальной классификации видов «возможности ссылки».

В первую очередь следует указать **возможность ссылки с целью истребования со-ответствующего толкования**. Этот первый тип «ссылки» предоставляет стороне спора право получения толкования союзной правовой нормы в соответствии с международной нормой, на которую ссылается Союз⁸⁰⁰. Согласно утвердившейся юриспруденции СЕС, положения права Союза должны толковаться, насколько это возможно, с учетом текста и целей международных соглашений, стороной которых является Союз. Однако, такое «примирительное толкование» имеет свои пределы. Во-первых, как указал Суд общей юрисдикции в своем решении по делу Microsoft, такое толкование применимо только в том случае, когда рассматриваемое международное соглашение имеет преимущественную силу по отношению к соответствующему тексту союзного законодательства⁸⁰¹.

Следующим пунктом, метод соответствующего толкования может быть использован только в том случае, когда процессуальное положение недостаточно ясно или может быть истолковано различным образом «с учетом контекста, существа или структуры положения или оспариваемого акта, частью которого оно является»⁸⁰². Последний пункт - наличие нормативного противоречия между нормой Союза и международно-правовой нормой (по подобию противоречия между национальной и союзной правовой нормой) ограничивает возможность требования соответствующего толкования⁸⁰³. В этих случаях спорящая сторона может просить судью, ссылаясь на международную норму, лишь оставить непримененной противоречащую норму Союза. Этот вид ссылки определяется как **ссылка на неприменение** (по-французски *invocabilité d'exclusion*). С точки зрения научной корректности следует указать, что этот вид ссылки, уходящий своими корнями в принцип примата, в настоящее время используется только во внутрисоюзных гипотезах о противоречии между национальной и союзной правовой нормами⁸⁰⁴. Суду еще предстоит оценить, следует ли расширить охват этого типа ссылки также на международное право Европейского Союза. Здесь следует отметить, что этот вопрос имплицитно подразумевается в двух недавних судебных решениях, которые также являются основой настоящего исследования, но судьи в Люксембурге не пришли к четкому и категоричному решению.

Третий вид возможности ссылки был выведен и сформулирован Судом в его постановлении по делу Накадзимы (*Nakajima*)⁸⁰⁵. Речь идет о специфической гипотезе, при которой в результате ссылки стороне спора удается добиться неприменения акта Союза, противоречащего международной норме, когда эта норма Союза является мерой по выполнению конкретного обязательства, налагаемого в силу международно-правовой нормы.

800 СЕС, Решение Суда (Большой состав) от 8 марта 2011, Lesoochranárske zoskupenie VLK против Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky, C-240/09, EU:C:2011:125

801 ПИС, Решение Суда первой инстанции (Большой состав) от 17 сентября 2007 г. Microsoft Corp. против Комиссии Европейского сообщества, T-201/04, EU:T:2007:289, т.798

802 Заключение генерального адвоката N. Jääskinen, объединенные дела C-401/12 P до C-403/12 P, op.cit. т.136

803 СЕС, Решение Суда (Большой состав) от 24 января 2012 г., Maribel Dominguez срещу Centre informatique du Centre Ouest Atlantique и Préfet de la région Centre, C-282/10, EU:C:2012:33, т. 25

804 См.: CEO, Решение Суда от 28 марта 1996, Ruiz Bernaldez, C-129/94, EU:C:1996:143

805 CEO, Решение Суда от 8 июня 1991, Nakajima All Precision Co. Ltd против Совета, C-69/89, EU:C:1991:186

Четвертый вид возможности ссылки также является продуктом союзной юриспруденции. Согласно делу *Федиол (Fediol)*⁸⁰⁶, лицо может сослаться на положения международного договора ЕС, на которые прямо ссылается оспариваемый правовой акт ЕС. Что характерно для последних двух видов ссылок, так это то, что они напрямую связаны с «принципом имплементации»⁸⁰⁷, в силу которого юрисдикции Союза могут осуществлять контроль за законной сообразностью акта вторичного права в свете двух конкретных международных соглашений (ГАТТ и ВТО), когда Союз намерен выполнить конкретное взятое на себя обязательство в рамках соответствующей международной организации, или в случае, когда акт Союза прямо ссылается на точные положения соответствующего соглашения⁸⁰⁸.

Тщательный анализ этих четырех видов возможностей показывает высокую степень сходства с точки зрения их целей, а именно регулирования права Союза путем приведения его в соответствие с международным правом⁸⁰⁹.

Однако, кроме этих форм ссылок, анализ практики Суда показывает, что можно выделить еще два типа возможности ссылки. Во-первых, если частное юридическое лицо считает, что оно понесло ущерб в результате нарушения нормы международного права органом Союза, оно может сослаться на эту норму международного права для получения компенсации, направленной на устранение причиняемого вреда последствиями противоправного поведения. Этот вид ссылки можно определить как **возможность ссылки на правовую норму с целью получения компенсации**. Особенность этого вида заключается в том, что, в отличие от предыдущих четырех, допускающих регулирование права Союза, этот вид касается ликвидации вредных последствий.

Наконец, в этой типологии есть возможность для частного юридического лица потребовать от суда, ссылаясь на международно-правовую норму, немедленно предоставить ему права, которые ему гарантирует эта норма и которые ему не предоставила норма Союза⁸¹⁰. Эта возможность ссылки определяется в доктрине как «**замещающая**». Что характерно для нее то, что она безразлична к характеру отношений между союзной и международной нормой. Она не ставит целью ни наказания, ни регулирования. Через нее частному юридическому лицу просто предоставляется возможность получить юрисдикционное применение субъективного права, которое предоставлено ему именно в силу этой международно-правовой нормы.

Как видно из всего изложенного выше, в доктрине и практике выделено шесть основных форм ссылок, которыми располагают частные юридические лица, намеревающиеся обратиться в суд для придания правовых последствий международно-правовой норме. В то же время тщательный анализ судебной практики, приведшей к их формулировке, показывает, что СЕС придерживается иного подхода к определению их генезиса. Так, например, в возможности обращения с целью поиска соответствующего толкования Суд не рассматривает вопрос о прямом действии международно-правовой нормы, а ис-

806 CEO, Решение Суда от 22 июня 1989, *Fédération de L'Industrie de L'Huilerie de la CEE (FEDIOL) против Комиссии*, C-70/87, EU:C:1989:110

807 Заключение генерального адвоката N. Jääskinen, объединенные дела C-401/12 P до C-403/12 P, *op.cit.* т.43

808 CEO, Решение Суда от 23 ноября 1999, *Республика Португалия против Совета Европейского союза*, C-149/96, EU:C:1999:574, т. 47; CEO, Решение Суда от 9 октября 2001, *Королевство Нидерландов против Европейского парламента и Совета Европейского союза*, C-377/98, EU:C:2001:523, т. 53

809 Isaac, G. & Blanquer, M. (2012). *Droit générale de l'Union européenne*, 10 изд., Paris : Sirey, стр. 406

810 Simon, D.(2001). *Le système juridique communautaire*, 3 изд, Paris : PUF, стр. 445-446

пользует другое правовое основание - примат международного права. Мотивировка Суда аналогична решению по делу Накадзимы (*Nakajima*). Однако в отношении остальных четырех видов ссылок Суд соглашается с тем, что их основание должно быть выведено не из принципа примата международных соглашений ЕС, а из прямого действия/прямой применимости норм обсуждаемого соглашения⁸¹¹. То есть, согласно постоянной практике СЕС, возможность ссылки на международное соглашение остается во многом зависима от предварительной проверки наличия прямого действия его норм. Так на практике возможность частного юридического лица сослаться на международно-правовую норму в СЕС для того, чтобы оспорить законность производного от Союза источника, зависит от оценки того, предназначен ли международный акт по своему характеру для порождения прямых последствий для частных юридических лиц, а также являются ли соответствующие нормы этого акта нормами прямого действия.

Такое понимание судьями Союза подверглось резкой критике со стороны представителей доктрины⁸¹² с настойчивым требованием переосмысления судебной практики и либерализации условий отнесения международных договоров в рамках контроля, осуществляемого за законностью актов учреждений, служб, органов или агентств Союза.

II. Подтверждение практики СЕС относительно наличия связи между возможностью сослаться на международные соглашения ЕС и прямым эффектом.

Двумя своими решениями от 14 июня 2012 г.⁸¹³ Суд общей юрисдикции на практике предоставил Суду возможность переосмыслить свою концепцию обусловленности возможности ссылки на международные договоры, заключенные ЕС, основываясь не на концепции прямого действия последних, а на их примат над производным правом.

Эти два дела возбуждены по жалобам двух нидерландских ассоциаций по охране окружающей среды на решение Европейской комиссии, которым отклоняется как неприемлемое требование о дерогации ее решения, предоставляющего Королевству Нидерландов временное отступление от своих обязательств в соответствии с Директивой 2008/50 о качестве воздуха⁸¹⁴. Возможность подачи такого запроса для внутреннего рассмотрения регулируется положением статьи 10, параграфа 1 Регламента № 1367/2006⁸¹⁵ (далее – «Орхусский регламент»). Комиссия отклоняет это требование как неприемлемое на том основании, что решение о предоставлении отступления не подпадает под действие цитируемого положения регламента, поскольку оно представляет собой меру об-

811 Следует уточнить, что употребление термина «прямое действие» имеет целью скорее подчеркнуть различный генезис, не вступая, однако, в чрезвычайно широкую дискуссию, которая продолжается и по сей день в доктрине, возможно ли вообще говорить о прямом действии норм международных договоров ЕС.

812 См. касательно критики подхода, применяемого Судом, Delile, J.-F. (2016). *L'invocabilité des accords internationaux devant la CJUE et le Conseil d'État français*, Bruxelles: Bruylant

813 ОС, Решение Общего суда (Седьмой состав) от 14 июня 2012 г., *Vereniging Milieudefensie и Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht* против Европейской комиссии, T-396/09, EU:T:2012:301; ОС, Решение Общего суда (седьмой состав) от 14 июня 2012 г., *Stichting Natuur en Milieu и Pesticide Action Network Europe* против Европейской комиссии, T-338/08, EU:T:2012:300

814 Директива 2008/50/ЕО Европейского парламента и Совета от 21 мая 2008 года касательно качества атмосферного воздуха и более чистого воздуха Европы, ОВ L 152, 11.6.2008 г.

815 Регламент (ЕО) № 1367/2006 вропейского парламента и Совета от 6 сентября 2006 года о применении положений Орхусской конвенции о доступе к информации, участии общественности в процессе принятия решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды, к учреждениям и органам Сообщества (ОЖ L 264, стр. 13; Специальное издание на болгарском языке, 2007, глава 15, том 17, стр. 126)

щего, а не индивидуального характера. В своей жалобе обе ассоциации приводят доводы о недействительности положения статьи 10, пар. 1 Регламента № 1367/2006 в отношении статьи 2 того же регламента в связи с противоречием положениям Орхусской Конвенции⁸¹⁶ и, в частности, его положению ст. 9, пар. 3, гарантируя

«представителям общественности, которые соответствуют критериям, если таковые имеются, изложенным в национальном законодательстве, доступ к административным или судебным процедурам для оспаривания действий или бездействия частных лиц или государственных органов, которые нарушают положения национального законодательства в отношении окружающей среды».

В своих решениях Общий суд признал доводы двух нидерландских ассоциаций, отменив решение Европейской комиссии и приняв во внимание возражение о незаконности статьи 10, пар. 1 Орхусского регламента. Как видно из причин, чтобы прийти к этому своему решению и разрешить введение статьи 9, параграфа 2 Орхусской конвенции в качестве референтного стандарта для контроля законности, Суд общей юрисдикции применил новаторский подход, применив доктрину Накадзимы (*Nakajima*) довольно широко. Как уже было упомянуто выше, согласно этой доктрине, возможно осуществление контроля о соответствии нормы права Союза международно-правовой норме, только основываясь на примате последней, при условии, что первая принимается как норма имплементации.

В течение установленного законом двухмесячного срока⁸¹⁷ Европейский парламент, Совет и Комиссия подают апелляции на решения Общего суда, тем самым давая Суду возможность вновь рассмотреть вопрос о ссылке в свете изменений, внесенных Лиссабонской ревизией ст. 263 ДФЕС, направленных на расширение доступа частных юридических лиц к этому производству, и, возможно, внести в его практику изменения, направленные на либерализацию условий ссылки. Важность выбора, который должен сделать Суд, видна и в выборе вида коллегии, которой поручено дело, а именно Большого состава.

Тщательный анализ двух производств и вынесенных по ним решений Суда⁸¹⁸ позволяет четко разграничить два подхода к ссылке на международные соглашения, которые сталкиваются в этих делах. Первый подход, традиционно защищаемый тремя упомянутыми выше институтами, а также судами так называемых монистических государств-членов, отстаивает традиционное понимание СЕС связи между возможностью ссылки и прямым применением норм.

Второй подход основан на понимании того, что в рамках контроля за законностью нормы ЕС лицо может ссылаться на международно-правовую норму единственно и только на основании ее примата над производным правом, закрепленного за ним в силу ст. 216, пар. 2 ДФЕС, при условии, что требуется только проверка совместимости двух норм. Интересно отметить, что впервые этот подход, широко отстаиваемый в академических кругах, разделял и представитель самой юрисдикции Союза в лице Генерального адвоката по делу Н. Яскинена (*N. Jääskinen*), что видно из представленных заключений по двум делам.

816 Конвенция о доступе к информации, участии общественности в процессе принятия решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды (Орхусская конвенция) подписана 25 июня 1998 года в Орхусе, Дания.

817 Ст.56 Статута Суда

818 СЕС, Решение Суда (Большой состав) от 13 января 2015 г. Совет Европейского союза и др. против Vereniging Milieudefensie и Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht., объединенные дела C-401/12 P–C-403/12 P. EU:C:2015:4 и СЕС, Решение Суда (Большой состав) от 13 января 2015 г., Совет Европейского союза и Европейская комиссия против Stichting Natuur en Milieu и Pesticide Action Network Europe., объединенные дела C-404/12 P и C-405/12 P, EU:C:2015:5

Анализ решений, вынесенных СЕС, показывает, что выбор союзной юрисдикции крайне консервативен, граничащий с ортодоксальностью. С этой точки зрения решения от 13 января 2015 г. могут быть квалифицированы как разочарование сторонников более либерального подхода, ратующих за смягчение условий отсылки к международному праву в правопорядке Союза. Можно полностью разделить мнение Марко Бронкерса (Marco Bronckers), что эта практика лишней раз свидетельствует о том, что появилось после 2000 г. нежелание Суда Европейского Союза активизировать применение этого вида источника права Союза⁸¹⁹.

Как видно из вышеизложенного, возможность частноправового лица ссылаться на международное соглашение в рамках производства, отличного от толковательного, находится в прямой зависимости от наличия прямого действия норм этого соглашения⁸²⁰. Именно к изменению этого понимания призывает генеральный адвокат Яскинен (Jääskinen). В своих выводах по делам *Stichting Natuur* и *Vereniging Milieudefensie* он предложил Суду ввести исключение из этого понимания, предоставив частным лицам право ссылаться и на нормы международного права без прямого действия в рамках производства по отмене союзного акта.

Иск по статье 263 ДФЕС позволяет получить санкцию на нарушение законной соответствия союзного акта из-за его противоречия акту более высокого ранга в иерархии норм Союза⁸²¹. С этой точки зрения международные соглашения, заключенные Европейским Союзом, поскольку они «представляют собой неотъемлемую часть»⁸²² его правопорядка, имеют не только преимущество перед вторичным правом, но и налагают обязательства на институты и органы Союза, когда принимают свои правовые акты, соблюдать эти источники международного права.

Исходя из этого вывода, по мнению генерального адвоката Яскинена, не оправдан ограничительный подход Суда к возможности ссылки на международное соглашение, являющееся, без сомнения, эффективным средством правовой защиты, направленным на обеспечение законности действий Союза⁸²³. Или, как уместно он указывает,

*«На нынешнем этапе развития права Союза [...] теория прямого действия, которая возможно была квалифицирована как «детская болезнь» права Союза, больше не может защищать его автономию в международном масштабе»*⁸²⁴.

К сожалению, эту «горячую» позицию по разрыву связи между возможностью ссылки на международно-правовую норму и ее прямым действием (а) не разделяет Суд (б).

а) Аргументы в пользу исключения условия прямого действия

В доктрине не раз приводились многочисленные аргументы в пользу снятия условия о прямом действии международных норм как элемента допустимости ссылки на последние частноюрисдикческими лицами в судопроизводстве по ст. 263 ДФЕС.

819 Bronckers, M. (2015), Schizophrenia in the EU about International Law, Leiden Law Blog, <http://leidenlawblog.nl/articles/schizophrenia-in-the-eu-about-international-law>

820 СЕС, Решение Суда (Большой состав) от 21 декабря 2011 г., *Air Transport Association of America* и другие против *Secretary of State for Energy and Climate Change*, дело C-366/10. EU:C:2011:864, т. 51

821 CEO, Решение Суда от 12 декабря 1972, *International Fruit Company NV* и другие срещу *Produktschap voor Groenten en Fruit*, объединенные дела 21-24/72, EU:C:1972:115, т. 6 и т. 7

822 CEO, Решение Суда от 26 октября 1982, *Hauptzollamt Mainz* против *C.A. Kupferberg & Cie KG a.A.*, 104/81, EU:C:1982:362, т. 13

823 Заключение генерального адвоката N. Jääskinen, объединенные дела C-401/12 P до C-403/12 P, *op.cit.* 72 и сл.

824 Там же.

Первый из этих аргументов направлен на то, что применение доктрины о прямом действии приводит к возникновению двойственного режима «ссылаемости» в зависимости от происхождения отменяемой нормы. Анализ практики относительно условий ссылки на «внутреннее» право Союза указывает, что отнесение по существу не предполагает наличие прямого действия нормы Союза. Конечно, здесь следует сразу же уточнить, что Суд Европейского Союза продолжает отводить ключевую роль прямому действию при оценке того, может ли частное юридическое лицо сослаться в судах государств-членов. Однако, когда спор, находящийся на рассмотрении национального суда, имеет характеристики проверки законной обоснованности национального акта в контексте возможного противоречия с нормой права Союза, Суд предоставил частным юридическим лицам право сослаться на положения директивы, не имеющих прямого действия. Таким образом, на практике стороны данного дела могут просить суд государства-члена исключительно на основании принципа примата проверить, не превысил ли последний, принимая оспариваемый акт, свою свободу оценки, предоставленную ей директивой⁸²⁵. Эту возможность признали также судья Ленартс (Lenarts) и проф. Тим Корто (Tim Corthaut), которые, отметив предоставленную сторонам по делу возможность сослаться на определенные нормы вторичного права, лишённые прямого действия в судебном процессе касательно законной обоснованности правовых актов государств-членов, дополняют в исследовании, опубликованном в 2006 г., что

«практически все, что было сказано выше в отношении того, как право ЕС влияет на правопорядок различных государств-членов, можно также выразить в отношении самого Союза в его отношении к нормам международного права»⁸²⁶.

Таким образом, они не только подтверждают наличие двойного стандарта в отношении ссылки, но и указывают, что условия ссылки на нормы международного права должны быть по образцу тех, которые применяются к вторичному праву Союза. Сходного мнения придерживается и генеральный адвокат Яскинен (Jääskinen), который в своих выводах указывает, что отказ Суда отождествить условия ссылки на международные нормы с условиями ссылки на нормы производного права

«приведет к исключению Судом любого судебного контроля за соблюдением обязательств Европейского Союза [...] как национальным судом, так и Судом Союза. Поэтому существует опасность того, что понятие судебной защиты в правопорядке Союза, понимаемое в широком смысле как относящееся не только к прямым средствам правовой защиты, но и к механизму предварительного расследования, будет существенно затронуто»⁸²⁷.

Но генеральный прокурор не ограничивается только этой критикой. В своем представленном мнении Яскинен идет еще дальше, указывая, что Суд применяет двойной стандарт в отношении возможности ссылки не только с учетом происхождения нормы, но и с учетом субъекта, на который ссылается – будь то частноправовой субъект или госу-

825 СЕС, Решение Суда (Большой состав) от 18 октября 2011 г., Antoine Boxus и Willy Roua (C-128/09), Guido Durllet и другие (C-129/09), Paul Fastrez и Henriette Fastrez (C-130/09), Philippe Daras (C-131/09), Association des riverains et habitants des communes proches de l'aéroport BSCA (Brussels South Charleroi Airport) (ARACH) (C-134/09 и C-135/09), Bernard Page (C-134/09) и Léon L'Hoir и Nadine Dartois (C-135/09) против Région wallonne., Объединенные дела C-128/09 до C-131/09, C-134/09 и C-135/09, EU:C:2011:667, т.56

826 Lenarts, K. & Corthaut, T.(2006), Of birds and hedges : the role of primacy in invoking norms of EU law », European Law Review., стр.288 – “[v]irtually all of what has been said above in respect of how EU law affects the legal order of the various Member States can be mirrored in respect of the Union itself in its relation towards norms of international law”

827 Заключение генерального адвоката N. Jääskinen, объединенные дела C-401/12 P по C-403/12 P, op.cit.,т.74

дарство-член. В решении, которое он процитировал по делу *Biotech*⁸²⁸, СЕС в рамках производства в порядке ст. 263 ДФЕС разрешил Королевству Нидерландов ссылаться на Конвенцию Рио-де-Жанейро касательно биологического разнообразия, чтобы оспорить действительность Директивы 98/44⁸²⁹ об охране биотехнологических изобретений, четко исключая «*прямой эффект как всеобщее условие ссылки при применении контроля законной соответствия*»⁸³⁰.

Следующим среди аргументов в поддержку отмены условия прямого действия международной нормы является аргумент, связанный с соблюдением концепции юридического союза. Здесь уместно напомнить, что со времени решения «Зеленые против Европейского парламента»⁸³¹ и до Мнения 2/13⁸³², Суд определил Сообщество, а затем Союз как юридическое сообщество в том смысле, что ни государства-члены, ни институты могут избежать контроля о соответствии их актов Учредительным договорам, рассматриваемых как своего рода конституционная хартия. В этой связи генеральный адвокатурор Финляндии, разделяя точку зрения и доктрины⁸³³, указывает, что понятие правового сообщества имеет двойное измерение - нормативное и юрисдикционное. Первое из этих измерений включает обязательство, чтобы принимаемые акты соответствовали Договорам, а второе подразумевает наличие эффективной судебной защиты частных юридических лиц от не соответствующих закону актов производного права⁸³⁴. И если вопрос о ссылке не ставит серьезных вызовов в отношении нормативного измерения, поскольку согласно сложившейся судебной практике любой акт вторичного права является не соответствующим закону, если он нарушает договорное обязательство, даже если оно не имеет прямого действия, поскольку последнее имеет преимущественную силу над первым в соответствии со статьей 216, параграфа 2 ДФЕС, то не таково положение в отношении юрисдикционного измерения. В данном случае отсутствие прямого действия нарушенной нормы является препятствием для возможности обращения частного юридического лица к правовой защите от противоправного акта, как это и должно быть в рамках подлинного юридического союза.

Этот конфликт между концепцией юридического союза и доктриной прямого действия был проанализирован судьей Ленартсом (Lenarts) и профессором Корто (Corthaut) в упомянутом выше исследовании 2006 г. Однако для настоящего исследования представляет интерес предложение, сделанное двумя авторами для разрешения данного конфликта. А именно, что

«либеральный подход к применению права ЕС может быть основан на видении верховенства закона. Одним из основных правил правового порядка, регулируемого верховенством закона, является тот факт, что само правительство связано законами. Самый эффектив-

828 CEO, Решение Суда от 9 октября 2001 г., Королевство Нидерландов против Европейского парламента и Совета Европейского союза, Дело C-377/98, EU:C:2001:523

829 Директива 98/44/ЕО Европейского Парламента и Совета от 6 июля 1998 года касательно юридической защиты биотехнологических изобретений, ОВ L 213, 30.7.1998 г., стр. 13–21

830 Заключение генерального адвоката N. Jääskinen, объединенные дела C-401/12 P по C-403/12 P, op.cit., т. 10

831 CEO, дело 294/83, op.cit. т.23

832 СЕС, Мнение Суда (пленарный состав) от 18 декабря 2014 г., Мнение 2/13, EU:C:2014:2454

833 Simon, D. (2015), La Communauté de droit, в F.Sudre & F.Labayle, Réalité et perspectives du droit communautaires, Havre : ANTHEMIS, стр. 85

834 Заключение генерального адвоката N. Jääskinen, объединенные дела C-401/12 P до C-403/12 P, op. cit. т.70

ный способ обеспечить это — позволить каждому рядовому гражданину ссылаться на нормы, созданные государствами»⁸³⁵.

Таким же образом наиболее эффективным средством обеспечения соблюдения принципов юридического союза является предоставление частным юридическим лицам права ссылаться на те международные правовые нормы, которые являются частью их правового порядка. В противном случае отсутствие защиты физических лиц от действий Союза, несовместимых с принятыми на себя международными обязательствами, лишенных прямого действия, привело бы к существенному расшатыванию концепции того, что Союз является правовым сообществом.

Третья группа аргументов, которые можно четко определить в доктрине, касается вывода о том, что подчиненное обращение к доктрине прямого действия ставит под сомнение обязательный характер тех международных соглашений, которые его не имеют. Императивный характер правовой нормы, вытекающий из ее действительности⁸³⁶, дает ей возможность определять закономерность подзаконных норм, а также законосообразность поведения ее адресатов. Однако своей сложившейся практикой, Суд лишает должным образом заключенные (и, следовательно, действительные) международные соглашения и содержащиеся в них нормы - но без прямого действия – обязательного их характера, отказывая в контроле за соблюдением содержащихся в них предписаний со стороны институтов, органов, служб или агентств Союза. Действительно, отвергая возможность для лица ссылаться на норму международного соглашения без прямого действия, Суд молчаливо уполномочивает институты Союза игнорировать эти нормы, поскольку признание недействительными предпринятых действий более не является реальной санкцией за их нарушение. Как уместно отмечает в этой связи Экхаут (Eeckhout),

«когда ясно, что данное положение имеет прямое действие, тем самым наделяя отдельных лиц правами, которые могут быть обеспечены судами, государственный орган будет стремиться избежать себного разбирательства, применяя эти нормы в соответствии с толкованием, данным судом»⁸³⁷.

В этой связи генеральный адвокат Яскинен утверждает, что для того, чтобы не допустить гипотезы, в которой может быть создано пространство, лишенного любого судебного контроля, следовало бы устранить препятствие в рамках контроля за соответствием права Союза международному праву отсутствие прямого действия нормы данного международного договора для рассмотрения законной сообразности союзного акта⁸³⁸.

Несмотря на многократно изложенную в доктрине критику, частично поддержанную и генеральным адвокатом Яскиненом, своим решением Суд подтвердил свою предыдущую практику и еще раз усилил требование о наличии прямого действия нормы международного соглашения, чтобы частное юридическое лицо могло воспользоваться возможностью ссылки на него в рамках контроля законности актов Союза.

835 Lenarts, K. & Corthaut, T.(2006), Of birds and hedges... op.cit. стр. 288 - "A liberal approach towards invoking EU law can be grounded in a vision about the Rule of Law. One of the basic rules of a legal order governed by the Rule of Law is the fact that the government itself is bound by the laws. The most effective way to ensure this is allowing every ordinary citizen to rely on the norms created by the states"

836 H. Kelsen (1999), *Théorie pure du droit*, Bruxelles: Bruylant, 2e éd., стр.13 и 255

837 Eeckhout, P.(2011), *External relations of the European Union : legal and Constitutional foundations*, Oxford: Oxford University Press, 2e éd., стр. 329

838 Заключение генерального адвоката N. Jääskinen, объединенные дела C-401/12 P по C-403/12 P, op. cit., т.77

б) Анализ аргументации Суда в поддержку сохранения условия прямого действия

Внимательное прочтение аргументации Суда показывает, что он придерживался ортодоксального подхода к поставленным перед ним вопросам.

Во-первых, СЕС отклоняет встречную апелляцию, поданную неправительственными организациями, в которой они просят союзных судей вынести четкое решение касательно прямого действия статьи 9, пар. 3 Орхусской конвенции. Это свое решение судьи в Люксембурге аргументируют положениями ст. 169, пар. 1 и ст. 178, пар. 1 Процедурных правил Суда, согласно которым обжалование акта Общей юрисдикции, независимо от того, является ли он основным или встречным, допускается только в случае, если испрашивается его отмена полностью или частично. В конкретном случае, отмечает Суд, двум нидерландским ассоциациям удалось добиться отмены атакованного акта учреждения, и, следовательно, в своей встречной апелляции они просят лишь об изменении мотивов решения суда первой инстанции, которое делает встречную жалобу неприемлемой.

Здесь уместно сразу сделать уточнение, что отклонение встречной жалобы не следует рассматривать как отказ Суда вообще вынести решение по вопросу о наличии прямого действия указанной выше нормы. Как можно определить из следующей части мотивов Суда, он делает это служебным образом, при этом еще в самом начале своей аргументации, тем самым вновь подтвердив свой подход и понимание роли и важности прямого действия международной нормы как *conditio sine qua non* при анализе возможности частного юридического лица ссылаться на данную норму в производстве по контролю за законной сообразностью актов Союза.

Анализ, осуществленный в этом направлении, следует классическому подходу Суда. Во-первых, в решении по делу судьи еще раз подтвердили понимание того, что при определении правовых последствий соглашения в правовом порядке Союза нельзя не учитывать его международное происхождение⁸³⁹. Это предполагает, что при соблюдении принципов классического международного публичного права Союз и третья договаривающаяся сторона свободны договориться между собой о последствиях, которые нормы заключенного между ними соглашения будут производить в соответствующем внутреннем правовом порядке. В то же время, однако, когда договаривающиеся стороны не предусмотрели режим последствий, компетентный суд, а в случае Союза это СЕС, следует уточнить эти последствия тем же образом, как и любой другой вопрос, связанный с применением указанного соглашения⁸⁴⁰.

Именно констатация отсутствия четкого устройства правовых последствий действия норм Орхусской конвенции во внутреннем правовом порядке Союза служит аргументом, который не только уполномочивает, но и обязывает Суд внести необходимое толкование. Внимательное прочтение решения показывает, что СЕС подошел консервативно и осуществил классическую проверку критериев прямого действия норм международного соглашения.

Согласно практике по делам *Intertanko*⁸⁴¹, *FIAMM*⁸⁴² и *Американской ассоциации воздушного транспорта (Air Transport Association of America)* положения международного со-

839 СЕС, объединенные дела C-401/12- C-403/12, *op.cit.* т. 53

840 Там же, т.54.

841 СЕС, Решение Суда (Большой состав) от 3 июня 2008 г. *The Queen*, по иску на International Association of Independent Tanker Owners (*Intertanko*) и другие против Secretary of State for Transport., Дело C-308/06, EU:C:2008:312

842 СЕС, Решение Суда (Большой состав) от 9 сентября 2008 г. *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM)* и *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC (C-120/06 P)*, *Giorgio Fedon &*

глашения, заключенного Союзом, могут быть использованы в производстве по контролю законной обоснованности акта Союза, если выполнены два условия: 1) «характер и система» соглашения не противопоставлены такой возможности (или, другими словами, соглашение не основано на принципе взаимности и направлено на предоставление прав субъектам права Союза), и 2) «те положения являются по своему содержанию безусловными и достаточно точными». Эти два критерия можно определить как субъективные и объективные критерии.

В отношении первого критерия – субъективного – Суд признал, что Орхусская конвенция предоставляет гражданам Союза такие права, как право доступа к информации, право участия в производстве по делу о принятии актов, затрагивающих окружающую среду, или право доступа к правосудию по оспариванию законности этих актов. То есть судьи ЕС однозначно признали, что процессуальная конвенция соответствует первому критерию.

В отношении второго критерия – объективного – Суд Европейского Союза лишь ограничился повторением вывода, уже сделанного в решении по делу Лесоохранарске (*Lesoochránárske*), согласно которому «*статья 9, параграф 3 Орхусской конвенции [...] не содержит никакого безусловного и достаточно точного обязательства, которое носит характер прямого регулирования правового положения частных юридических лиц*»⁸⁴³. Из этого следует, что правовая норма, на которую ссылаются ответчики, не является полной и, следовательно, отсутствует объективный критерий прямого действия. Эта логическая последовательность приводит Большой состав Суда к выводу, что статья 9, параграф 3 Орхусской конвенции не может служить подходящим стандартом контроля законной обоснованности статьи 10, параграфа 1 Регламента № 1367/2006.

Углубленное прочтение аргументации Суда показывает, что для того, чтобы прийти к выводу о неполноте нормы, он сослался на формулировку Конвенции, согласно которой только «*представители сообщества, отвечающие установленным критериям, если таковые имеются, указанные в национальном законодательстве*»⁸⁴⁴, являются обладателями прав, предусмотренных в положении.

Однако эта исходная точка ошибочна, поскольку предметом спора являются не критерии, установленные законодательством Союза для определения представителей общественности, которые могут принимать меры против актов, имеющих воздействие на окружающую среду, а, как видно из цитированной формулировки, имеется условность именно по отношению к категории лиц, которые могут пользоваться правом, а не по отношению к самому праву.

Норма, которая, по утверждению ассоциаций, была нарушена, позволяет представителям общественности — категории, к которой обе ассоциации подпадают в соответствии с национальным законодательством и качество которых не оспаривается, — «*оспаривать действия или бездействие частных лиц или государственных органов, которые противоре-*

Figli SpA и Fedon America, Inc. (C-121/06 P) против Совета Европейского союза и Комиссии Европейского сообщества, Объединенные дела C-120/06 P и C-121/06 P. EU:C:2008:476

843 СЕС, C-240/09, *op. cit.* т. 45

844 Ст. 9, параграф 3 Орхусской конвенции: «3. В дополнение и без ущерба к процедурам пересмотра, упомянутым в параграфах 1 и 2 выше, каждая Сторона предоставляет представителям общественности, отвечающим критериям, если таковые имеются, указанным в национальном законодательстве, доступ к административным или судебным процедурам для обжалования действия или бездействия частных лиц и [государственных] органов, которые нарушают положения национального законодательства об охране окружающей среды».

чат положениям национального законодательства, затрагивающего окружающую среду»⁸⁴⁵ не страдает никакой неполнотой или неясностью. То есть в своем решении Суд ссылается на неполноту чуждой предмету дела нормы, чтобы отклонить заявленные ответчиками основания нарушения явно безусловно установленной законом обязанности.

С учетом вышеизложенного можно сделать вывод, что рассматриваемые в данном исследовании решения Суда Европейского Союза страдают аргументативными пробелами, которые зачастую можно объяснить соображениями судебной политики. Аргумент в поддержку данного утверждения можно найти в толковании условий допустимости иска по ст. 263 ДФЕС. Эти условия были выдвинуты Судом еще в 60-х годах XX века в его известном решении по делу Плаумана (*Plaumann*)⁸⁴⁶. По единодушному мнению как практиков, так и представителей доктрины, требования о законных интересах, изложенные в цитируемом решении, являются весьма ограничительными, чтобы гарантировать эффективную защиту частных юридических лиц. Эта оценка не изменилась даже после Лиссабонского пересмотра и его попыток смягчить условия допустимости и открыть возможность для более широкого круга юридических лиц воспользоваться этой категорией прямых требований в СЕС. Ограничительный характер доктрины Плаумана (*Plaumann*) становится еще более очевидным, когда поднимается вопрос о ее совместимости с требованиями Орхусской конвенции касательно доступа к правосудию. Как отмечают некоторые представители доктрины, в нынешнем состоянии судебной практики Суда

«чем шире круг лиц, затронутых той или иной мерой ЕС, тем меньше вероятность того, что они успешно оспорят эту меру, если они лично не затронуты по смыслу судебной практики Плаумана. Эта судебная практика кажется особенно неподходящей для споров в области окружающей среды, поскольку, как признал Суд, „действия, предпринимаемые в области окружающей среды, чаще всего являются действиями общего характера“»⁸⁴⁷.

В таком порядке изложения возможности Суда четко вынести решение по вопросу об отсутствии прямого действия нормы статьи 9, параграфа 3 Орхусской конвенции следовательно позволила последнему избавиться от решения о возможном пересмотре практики Плаумана в контексте Орхусской конвенции, которая была поставлена под сомнение отмененным решением Суда общей юрисдикции.

III. Ограничение сферы действия решения по делу Накадзимы (*Nakajima*)

Анализ двух решений от начала 2015 г. было бы неполным, если бы оно сводилось только к подтверждению требования о наличии связи между возможностью ссылки на международные соглашения ЕС и прямым действием. Вклад рассматриваемой юриспруденции также относится к уточнению или, точнее, к ограничению применяемой области возможности ссылки в соответствии с доктриной Накадзимы (*Nakajima*)⁸⁴⁸, возможность, которая была допущена Судом общей юрисдикции, но которая была категорически отвергнута Судом.

Согласно решению 1991 г., чтобы можно было применить «ссылку на Накадзиму», должны быть соблюдены два критерия. Первый критерий может быть определен как

845 Там же.

846 СЕС, Решение Суда от 15 июля 1963 г., *Plaumann & Co. против Комиссии Европейского экономического сообщества*. дело 25/62, EU:C:1963:17

847 Poncelet, Ch, & De Sadeleer, Ch. (2014), *Contestations des actes des institutions de l'Union européenne à l'épreuve de la Convention d'Aarhus*, Rev. trim. dr. eur., стр. 14-15

848 CEO, Решение Суда от 8 июня 1991, *Nakajima All Precision Co.Ltd v. Conseil*.

субъективный и относится к намерению органов Союза посредством акта Союза выполнить международное обязательство, о нарушении которого утверждается. Вторым критерий, с другой стороны, является объективным критерием и имеет целью установление того, что акт, подлежащий судебному контролю, направлен на выполнение определенного обязательства в соответствии с международным положением, на которое ссылается заявитель.

По мнению судей Суда общей юрисдикции, эти два критерия соблюдены в отношении Орхусской конвенции и регламента, принятого Союзом. Согласно пункту 58 решения *Vereniging Milieudefensie*, субъективный критерий следует считать выполненным полностью, поскольку, по мнению судей, «согласно статье 1, параграфу 1, буква г) Регламента № 1367/2006, целью последнего является содействие в выполнении обязательств, вытекающих из Орхусской конвенции...»⁸⁴⁹. Как видно из мотивов рассматриваемого судебного акта, объективный критерий также следует признать выполненным. Опять же, в пункте 58 решения, судьи Союза отмечают, что «в дополнении, соображении 18 Регламента № 1367/2006 прямо содержится ссылка на статью 9, параграф 3 Орхусской конвенции», в связи с чем также можно сделать вывод, что оспариваемый акт выполняет конкретное обязательство, предписанное в указанном международном акте, добавляя в качестве дополнительного аргумента, что «кроме этого, из практики Суда следует, что [...] Регламент № 1367/2006 имеет своим предметом применение положений статьи 9, параграфа 3 Орхусской конвенции в отношении институтов Союза»⁸⁵⁰. Следует с сожалением отметить, что эти выводы Общего суда не только не были приняты Судом, но посредством узкого толкования решения 1991 г. область применения доктрины Накадзимы (*Nakajima*) была сильно ограничена, что фактически лишило ее на практике полезного эффекта. Это было достигнуто, во-первых, посредством нового толкования концепции о «специфических договорных обязательствах», ограничивая ее только теми обязательствами, которые не предоставляют свободу оценки договаривающимся сторонам. Во-вторых, Суд ограничивает признание существующей связи выполнения нормы международного соглашения и оспариваемым союзным актом только гипотезами, при которых соглашение реализуется «исключительно» союзным актом.

Анализ практики СЕС показывает, что до решений *Vereniging Milieudefensie* и *Stichting Natuur en Milieu* Суда общей юрисдикции, Суд ссылался на возможность, предусмотренную в решении по делу Накадзимы, только в отношении споров, в рамках которых утверждается нарушение антидемпинговых кодексов ГАТТ⁸⁵¹. Именно это побудило ряд представителей как в доктрине⁸⁵², так и на практике⁸⁵³ отстаивать мнение о том, что возможность ссылки на Накадзиму относится только и единственно к гипотезам, касающихся применения антидемпинговых кодексов ГАТТ и ВТО. С этой точки зрения отстаиваемое Судом общей юрисдикции понимание о расширении сферы применения этой формы ссылки

849 ОС, Решение Общего суда от 14 июня 2012 г. *Vereniging Milieudefensie*op.cit.. т.58

850 Там же.

851 CEO, Решение Суда от 7 мая 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd c. Conseil*, op. cit. ; ПИС, Решение от 27 января 2000, *Bureau européen des unions des consommateurs (BEUC) c. Commission des Communautés européennes*, T-256/97, EU:T:2000:21 ; CEO, Решение Суда от 9 января 2003, *Petrotub SA et Republica SA c. Conseil*, C-76/00, EU:C:2003:4 ; ПИС, Решение от 28 октября 2004, *Shanghai Teraoka Electronic Co. Ltd c. Conseil de l'Union européenne*, T-35/01, EU:T:2004:317.

852 Picket, Eric; Lux, Michael (2016). *The Status and Effect of WTO law before EU Courts*, 11 *Global Trade and Customs Law*, стр. 418-419

853 ПИС, Решение от 3 февраля 2005, *Chiquita Brands international Inc, Chiquita Banana Co BV et Chiquita Italia SpA c. Commission*, T-19/01, EU:T:2005:31, т. 118

на Орхусскую конвенцию, представляет, несомненно, новшество, которое приветствуется сторонниками точки зрения о расширении возможности ссылки на международные соглашения в производствах по ст. 263 ДФЕС⁸⁵⁴. Однако, такой подход воспринят европейскими институтами негативно, о чем свидетельствует тот факт, что во всех трех апелляциях, поданных на решения - Парламентом, Комиссией и Советом, первым из оснований для отмены является именно неправильное применение ОС практики Накадзимы.

В своих жалобах три учреждения отстаивают тезис о том, что, принимая Регламент 1367/2006, они не намеревались выполнять конкретное обязательство, возложенное на Союз как на сторону Орхусской конвенции. В поддержку этого тезиса ЕК выступает за понимание того, что акт Союза может рассматриваться как выполняющий конкретное договорное обязательство только в случаях, когда атакуемый акт *«прямо и полностью реализует международное соглашение и принят с учетом достаточно ясно и точно определенным в этом соглашении обязательством, что в данном случае не так»*⁸⁵⁵. В этой связи представляет интерес и точка зрения, отстаиваемая Европейским парламентом, согласно которой доктрина Накадзимы *«касается случая, когда акт вторичного права выполняет обязательство, налагаемое международным соглашением, в силу которого Союз должен действовать определенным образом, без права суждения»*⁸⁵⁶. В том же духе заключен и вывод генерального адвоката по делу, который отмечает, что на практике доктрина Накадзимы применялась почти исключительно в гипотезах, при которых осуществлялся случайный контроль на предмет соответствия союзного антидемпингового законодательства положениям антидемпинговых кодексов ГАТТ 1979 и 1984 гг.

То есть рассматриваемой юриспруденцией Суд ввел исключение, сфера применения которого ограничивается только соглашениями ГАТТ и ВТО, специфика которых такова, что, в отличие от других международных соглашений, она не позволяет их вводить в правовой порядок Союза вне их строгих рамок⁸⁵⁷. Следовательно, заключает Яскинен, расширяя область применения этой судебной практики, ОС допустил ошибку при применении права⁸⁵⁸.

Эти аргументы были приняты Судом, который указал в решении, что судебная практика Накадзимы применяется только тогда, когда *«Союз стремился выполнить определенное обязательство, взятое на себя в рамках соглашений, заключенных в рамках Всемирной торговой организации»*⁸⁵⁹, и когда такая возможность была оправдана с учетом *«особенностей соглашений»*⁸⁶⁰. Такое понимание Суда вписывается в общую линию аргументации, которой придерживались судьи в Люксембурге, как это видно из постановления по делу *Van Parys III*⁸⁶¹, вынесенного месяцем ранее, в котором утверждалась *«исключительность»*⁸⁶² случаев, когда допустима ссылка на доктрину Накадзимы. Вклад рассмотренных

854 Delile, Jean-Felix (2012). À propos de l'arrêt Vereniging Milieudefensie : la seconde naissance de l'invocabilité Nakajima. Cahiers de droit européen, стр. 687-708

855 СЕС, объединенные дела C-401/12- C-403/12, op.cit. т. 42

856 Ibid. т. 44

857 Заключение генерального адвоката N. Jääskinen, объединенные дела C-401/12 P до C-403/12 P, op. cit., т. 53

858 Ibid., т.29

859 СЕС, объединенные дела C-401/12- C-403/12, op. cit., т. 56

860 Ibid. т. 57

861 СЕС, Решение от 18 декабря 2014, LVP с. Belgische Staat, C-306/13, EU:C:2014:2465,

862 Ibid., т. 48

в исследовании решений выражается в том, что именно в них СЕС указывает те характеристики, которые разграничивают обязательства, вытекающие из антидемпинговых кодексов, от всех других обязательств, вытекающих из международных соглашений Союза и которые придают им особенность, которая отсутствует у последних. По мнению судей Союза, определяющим фактором «особенности» обязательства, исполняемого актом вторичного права является степень свободы оценки, оставленная договаривающимся сторонам в отношении соответствующего международного обязательства. Таким образом, они подчеркивают существенное различие между «очень плотной» структурой обязательств, налагаемых антидемпинговыми кодексами, и «широкой свободой оценки», которую статья 9, параграф 3 оставляет договаривающимся сторонам «в отношении определения порядка осуществления административных и судебных процедур»⁸⁶³. То есть «нормативную плотность» обязательства следует рассматривать как то его свойство, которое придает ему «особенность», позволяющую применить доктрину Накадзимы. Однако эта характеристика как бы сливается с объективным критерием прямого действия международных норм. Согласно установившейся практике Суда с середины 1980-х гг. по сегодняшний день, нормы международного договора, которые требуют последующего акта конкретизации, чтобы иметь возможность породить последствия в отношении физических лиц, не могут быть признаны нормами прямого действия⁸⁶⁴. Такое «слияние» на практике сильно ограничивает практическое значение доктрины Накадзимы, поскольку «широкая свобода оценки», характерная для международных соглашений, и на которую ссылается Большой состав в своем решении, *a priori* лишает рассматриваемое соглашение не только прямого действия, но и исключает его из сферы действия доктрины Накадзимы.

Интересна аргументация Суда и в отношении толкования второго критерия – объективного. В своем решении судьи Союза ограничивают признание существующей связи исполнения нормы международного соглашения и оспоренным союзным актом лишь гипотезами, в которых соглашение реализуется «исключительно» союзным актом. И такой гипотезы в судебном деле, по их словам, нет. По их мнению, Регламент № 1367/2006 нельзя рассматривать как «исключительно» исполняющий Орхусскую конвенцию, поскольку он не является единственным актом в правовом порядке Союза, гарантирующий доступ к правосудию по вопросам, связанным с охраной окружающей среды. Согласно пункту 60 решения *Vereniging Milieudefensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht* процессуальный регламент «касается только институтов Союза и фактически только одного из средств, доступных юридическим лицам для обеспечения соблюдения законодательства Союза в области окружающей среды» и не следует считать основательным, что Союз «желал выполнить [...] обязательства, вытекающие из статьи 9, параграфа 3 Орхусской конвенции в отношении национальных административных или судебных производств, которые в нынешнем состоянии права Союз регулируется в первую очередь законодательством государств-членов». Однако такие доводы непоследовательны, особенно с учетом прежней практики Суда в отношении того же положения Конвенции. В вышеупомянутом деле *Lesoochranárske* Суд Люксембурга постановил в отношении толкования статьи 9, параграфа 3 Орхусской конвенции, что «конкретный вопрос, который еще не был предметом законодательства Союза, подпадает под действие применяющегося законодательства Союза, если он регулируется соглашени-

863 СЕС, объединенные дела, C-401/12- C-403/12, *op. cit.*, т. 59

864 См. СЕС, дело C-366/10, *op. cit.*, т. 55 и цитированные в ней предыдущие решения Суда.

ями, заключенными Союзом и его государствами-членами, и относится к области, которая по большей части регулируется законодательством Союза»⁸⁶⁵. Именно через оценку того, что рассматриваемое положение попадает в сферу, большей частью охватываемую правом ЕС, СЕС умудряется аргументировать, не без критики⁸⁶⁶, свою компетенцию в отношении оценки прямого действия процессуальной нормы. Именно поэтому аргументы Суда, представленные всего четыре года спустя, вызывают удивление. Совместное прочтение двух решений, по-видимому, оправдывает вывод о том, что, в конечном счете, в своей оценке «области», в которую по существу попадает статья 9, параграф 3 Орхусской конвенции, Суд руководствуется решением, к которому он намеревается прийти.

Здесь уместно напомнить, что ввиду специфики права ЕС в рамках европейского правового пространства односторонние акты, оказывающие воздействие на окружающую среду, могут приниматься как государствами-членами, так и институтами Союза, примером чего также является критика в рамках рассматриваемого производства решения Комиссии. Кроме того, следует напомнить, что в рамках существующей в Союзе системы средств правовой защиты проверка соответствия права государств-членов международному праву, «неотъемлемой части правопорядка Сообщества»⁸⁶⁷, подпадает в компетенцию национальных судов, а проверка соответствия права Союза тому же международному праву входит в компетенцию СЕС. Следовательно, полное и эффективное применение требований статьи 9 Орхусской конвенции в правопорядке Союза и его государств-членов может быть достигнуто только за счет совместного действия принятого национального законодательства государств-членов, принятого в качестве меры транспозиции Директивы 2003/4/ЕС и Регламента 1367/2006. Говоря иными словами, хотя данный регламент относится, как отмечает Суд, только к отмене исковых требований, это не лишает его статуса акта исполнения Орхусской конвенции, поскольку он сам по себе позволяет гарантировать ее соблюдение институтами Союза.

Поэтому любопытно отметить, что в своих постановлениях от 15 января 2015 г. СЕС, используя предлог, согласно которому Орхусская конвенция требует от государств-членов предусмотреть порядок, в котором их акты и/или действия, имеющие воздействие на окружающую среду, могут быть оспорены, пришел к заключению, что институты ЕС не могли намереваться соблюдать это же обязательство, установив способ оспаривания своих собственных действий.

С учетом всего вышеизложенного можно сделать следующий вывод. Призванный Общим судом и при поддержке его генерального адвоката, Суду была предоставлена возможность либерализовать условия ссылки на международное право Союза в его внутреннем правопорядке. Однако, можно с сожалением отметить, что юрисдикция Союза решила не отклоняться от своего консервативного подхода, отстаиваемого в современной судебной практике. Таким образом, Суд подтвердил существующую связь между возможностью ссылки на международное соглашение и наличием прямого действия международно-правовой нормы в контексте контроля за законной сообразностью актов вторичного права. Таким образом, решения, принятые 15 января 2015 г., приведут к созданию новой формы дуализма в европейской правовой системе, основанной на монистическом подходе.

865 т. 36

866 См. заключения по тому же делу генерального адвоката Eleanor Sharpston, а также Lenaerts, K. (2014), «Direct effect and direct applicability of international law in EU legal order», в *The European Union in the World: Essays in Honour of Marc Maresceau*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, стр. 48.

867 CEO, 104/81, op.cit...т.11

Глава VII. Иерархия источников права и коллизионное право

7.1. Иерархия права и юридическое толкование

Введение

Современное государство воспроизводит свое право, монополизируя функцию создания нормативных актов. «Право» как система обязательных норм сводится в правовом мышлении XVIII-XIX вв. века к правовым нормам. В конце концов государственный закон становится правом, замыкает его в себе самом и воплощает власть нового суверена образовавшихся буржуазных республик. Эта точка зрения постоянно определяла юридическое мышление до конца Второй мировой войны в Европе. В социалистических странах она даже «законсервировалась», сохранив свое значение и позже как «говорящий» артефакт времен германского пандектизма, опошленный марксистско-ленинской правовой теорией по политическим мотивам. Эта модель мышления навязывает идею о том, что государство создает законы, а они регулируют общественные отношения. Регулирующая «энергия», то есть конкретный смысл искомых правовых последствий, «кодируется» законодателем с целью его нахождения и применения судьей. Толкование имеет лишь вспомогательный характер в механизме правового регулирования. Законодатель регулирует, а его интерпретация обеспечивает применение аутентичного смысла законов.

После Второй мировой войны две тенденции в европейских правовых системах определяют характеристики явления, которое я условно называю «международным правом». Первая тенденция заключается в развитии конституционной юстиции и связанного с ней принципа материального правового государства, стремящегося найти эффективные гарантии прав человека в национальных правовых системах. Вторая тенденция заключается в эволюционном развитии своеобразных конституционных судов с интеграционной функцией в контексте формирования Совета Европы Европейского экономического сообщества (позже – Европейского союза). В конечном итоге это приводит к своеобразному «дублированию» в классической системе источников права. Национальная конституция получает авторитетное юридически обязывающее прочтение в свете национальной конституционной юриспруденции. Европейская конвенция о защите прав человека аналогичным образом «прочитывается и применяется» в свете практики Европейского суда по правам человека, а подобную роль для права Европейского Союза, разумеется, с рядом особенностей, играет Суд Европейского Союза. Настоящий текст призван сравнить два понимания. Согласно классическому взгляду, существует единая (преимущественно национальная) иерархия права, регулирующая общественные отношения, а юридическое толкование в рамках этого процесса является лишь вспомогательным инструментом. С другой стороны, современное постмодернистское право в Европе функционирует как полииерархическая система, три вершины которой – национальная конституция, учредительные до-

говоры Союза и ЕКПЧ – могут функционировать только благодаря эволюционной энергии судебной интерпретации. Однако в этой модели юридическое толкование становится уже движущей силой, а этот более высокий статус показывает нам усиленную институциональную роль, которую приобретают верховные, конституционные и наднациональные суды.

Источник права как средоточие правового мышления

В своем изложении я оставляю в стороне идею «материальных источников права», которые традиционно рассматривались как социальные причины формулирования норм. Дефиниции, даваемые формальным источникам права, в настоящее время уже и не стремятся к формулированию метафизического определения в духе естественного права. Наоборот, ведущие мнения едины в понимании того, что источник права – это фактическое явление, служащее критерием существования (действительности) в сфере юридической нормативности тех или иных общеправовых предписаний – норм и принципов.

Источники права – это те явления, из фактического существования которых мы заключаем, что те или иные нормы и принципы, поскольку они содержатся в соответствующем источнике, являются действительными.

На самом деле, мнения могут расходиться относительно того, как именно определяется фактическая природа источника права. Факты какого типа становятся источниками права? Так, согласно более старому пониманию, источник по определению всегда является *нормативным актом*⁸⁶⁸, а согласно наиболее устоявшейся в настоящее время теории, источником является *акт*, создаваемый в соответствии с определенной *процедурой*⁸⁶⁹, т.е. исключительно и только волеизъявление⁸⁷⁰. Наоборот, более обобщающим и оставляющим место и для источников «не-актов» является кельсенианское понимание, наиболее категорично воспринятое в нашей стране профессором Марией Павловой, по мнению которой источником права является факт, создающий, изменяющий или отменяющий правовые нормы⁸⁷¹. В другой своей работе⁸⁷² я обосновал идею, уточняющую типологию источников, согласно которой их следует дефинитивно описывать как существующие в двух возможных типах – как *источники-акты*, но вместе с тем и как *источники-практики*. Таким образом, становится возможным охватить природу источников таких явлений, как правовой обычай, правовая доктрина и, в конечном счете, судебная практика.

Таким образом, несмотря на некоторые вариации, вопрос об определении понятия источника права в настоящее время в целом решен, чего нельзя сказать о спорах об иерархии источников права, роли судов в описании национальной источниковой системы, а также относящемся к той же проблеме соотношении между толкованием и применением права

868 Эта идея широко распространена в нашей стране такими авторами, как Л. Василев (см. Гражданско право. Обща част, нова редакция на Ч. Големинов, Варна: ИК ТедИна, 1993, с. 27) и С.С. Алексеев (Общая теория права в 2-х томах, т. II, М.: Юридическая литература, 1982, раздел 10), и в настоящее время отстаивается Русчевым, Ив. Нормативните актове – източник на българското право, С.: Албатрос, 2010.

869 См. это наиболее влиятельная в настоящее время концепция, сформулированная Ташевым, Р. Обща теория на правото: Основни правни понятия, 4. прераб. и доп. изд., С., Сиби, 2010., с. 28 и явно поддержанная Колевым, Т. Теория на правото, С., Сиела, 2015, с. 206 и Вълчев, Д. Лекции по обща теория на правото, Ч. 1, С., 2016, с. 266.

870 Идею о том, что каждый источник права в конечном счете является волеизъявлением, поддерживает Таджер, В. Гражданско право на НРБ. Обща част. Дял I, С., Наука и изкуство, 1972, с. 58

871 Павлова, М. Гражданско право. Обща част, 2. изд., С.: Софи-Р, 2002, с. 68.

872 Гройсман, С. Право и власт. От неограничената държава до постмодерното върховенство на правата, С., Сиела, 2020, § 33.

Источники права как нормативно обязательные юридические тексты

Источники права, будь то юридические акты или социальные практики, в конечном итоге содержат правовые нормы, которые будут текстуально выражены в основанных на них правоприменительных актах. Право – нормативное явление из сферы должного – технически всегда выражено и действует в виде текста, написанного или ненаписанного, существовавшего ранее или созданного с введением в действие судебного акта. Особо подчеркнем, что чтению в этом смысле подлежат не только письменные правовые источники. Иными словами, даже ненаписанные правовые источники (например, правовой обычай) все-таки формулируются или, по крайней мере, могут быть сформулированы как правовые тексты и получают свое правоприменительное толкование, прежде всего, судами. Применяя юридически обязывающую социальную практику (если развернуть пример с обычаем), суд должен прежде всего «прочитать» нормообразующий факт постоянного соблюдения с осознанием обязательности (*longa consuetudo et opinio iuris necessitatis*), превращая его в текст. Письменный текст, потому что он найдет свою четкую формулировку в судебном решении.

Правовой текст, поскольку он всегда работает через его прочтение, следует читать определенным образом. Способ чтения текста также является объектом анализа и познания, как и сам текст. Тексты для чтения текстов являются метатекстами. В этом смысле мы можем рассматривать право не только путем чтения нормативных актов, но и с учетом описанной в метатекстах *технологии* юридического чтения, применяемой его основными институтами-читателями – судами.

При применении нормы, содержащейся в правовом акте, суд, казалось бы, облегчается в том, что сам правотворческий процесс сформулировал правило поведения в виде текста в письменном постановлении. Однако прочтение этого постановления не означает автоматического разрешения казуса, стоящего перед правоприменителем. Таким образом, мы приходим к извечной юридической проблеме – однажды прочитанное правовое предписание, как все еще *общее* предписание, должно быть применено к соответствующему *конкретному* случаю.

Закон функционирует посредством регулирования поведения на основе общих предписаний. Общие предписания (нормы и принципы) конкретизируются в индивидуальных предписаниях (субъективных правах и юридических обязанностях). Эта правоприменительная конкретизация в огромном числе случаев не предполагает «четкого» и «автоматического» ответа, а представляет собой творческий процесс. Я подробно обосновывал этот тезис в другом месте⁸⁷³, не имея возможности привести здесь все доводы в его защиту. По этой причине я перефразирую его здесь следующим образом: нормативные тексты чаще всего не диктуют единого и безальтернативного решения процессуального дела. Более того, со временем богатство регулируемых общественных отношений вместе с требованиями сторон или самих судов о пересмотре устоявшихся толкований, может привести к сомнениям о том, является ли до недавнего времени бесспорный «ясный смысл» применяемой нормы столь безальтернативным.

«Чтение закона» в огромном, если не подавляющем, числе случаев не является ни «автоматическим», ни столь «простым». В то же время это и естественный способ функционирования закона. Если обобщить, то для закона характерно функционирование общих

873 См. Гройсман, С. Правно действие на тълкуванията на Конституцията, давани от Конституционния съд – В: Правовата държава в България, съст. Д. Вълчев и М. Белов, С., УИ „Св. Кл. Охридски“, с. 127-158, а точнее с учетом обсуждаемого вопроса с. 129-144.

предписаний, сформулированных в языковой форме (то есть в виде текста) и применяемых путем их конкретизации в подчиненных, производных от общих, индивидуальных правовых предписаниях, служащих для конкретной регуляции поведения. Всегда существует вероятность того, что юридический текст может быть понят по-разному, и это ставит вопрос о самой функции «прочтения» закона и той роли, которую играют в этом отношении те, кто читает его обязательным образом – по крайней мере для сторон дела, как в случае с судами.

Краткость высказывания, к которой стремится законодатель, будет требовать самостоятельного осмысления правоприменителем; лаконичность в сфере нормотворчества оценивается положительно, поскольку оно несет в себе высокую степень абстракции регулирования и открывает его множеству возможных фактических проявлений, но в то же время является и пределом, ограничивающим саму регулятивную власть законодателя. Для законодателя «мышление» правоприменителя – это, конечно, хорошо, поскольку от «автоматического судьи» и «формалиста» мы не можем ожидать качественного правоприменения⁸⁷⁴. В то же время «осмысление» нормативного текста – это и шаг к формулированию новых, непредполагаемых фактическим законодателем, толкований и диктуемых ими правовых последствий в контексте меняющейся правовой системы и после вступления в силу нормы, эволюции судебной практики в частности и в социальном контексте и осмыслении закона в целом. Абстрактный характер общеправовых предписаний определяет их роль в качестве регулятивного инструмента, но в то же время этот же абстрактный характер отделяет волю конкретно-исторического законодателя от правоприменительной конкретности отдельного судебного решения. Это своеобразное расстояние между правотворческой волей законодателя и правоприменительной волей судьи должно преодолеваться интерпретационным путем; оно увеличивается с устареванием соответствующих нормативных текстов с течением времени и с расширением сферы действия новых конкретных случаев, бросающих вызов исходной законодательной логике. В конце концов, чем больше становится это временное, языковое, социальное, юридическое расстояние между первоначальной, абстрактно выраженной волей и конкретной современной правоприменительной потребностью, тем больше судебная практика должна «проходить» его сама. Именно оно будет определять в ходе подобного процесса направление развития толкования и, соответственно, достраивать нормативный смысл положений с возможностью иногда навязывать ползучее изменение этого смысла, вновь и вновь применяя одни и те же тексты.

Построение иерархии права

У тех, кто пишет ясно, есть читатели, а у тех, кто пишет расплывчато, – комментаторы.

Альбер Камю

Право есть иерархический порядок – совокупно действующая система предписаний, занимающих место в определенной ступенчатой структуре. Для структур современного

⁸⁷⁴ Т. наз. „судья-автомат“ – согласно известной критике правового позитивизма, ограничивает свои рассуждения о праве лишь силлогистическим анализом, делая конкретные выводы из общих норм. См. выводы, которые я сформулировал в Гройсман, С. Право и морал. Право и морал. Проблемът за юридическата валидност в прочита на съвременния правен позитивизъм С., Сиела, 2017, § 5 и цитируемую там литературу.

права характерно, что вышстоящие нормы определяют порядок создания нижестоящих, очерчивают рамки их содержания и, что практически важно для функционирования государства через право, вверяют правотворческую власть определенным органам.

Представление о праве как иерархическом нормативном порядке является ключевым для множества правофилософских концепций. Здесь, принимая во внимание метафору «суверенного читателя», к которой я прибегну в заключении текста, я хочу привести пример, прежде всего, с идеями суверенитета. Жан Боден концептуализировал суверенитет как средство централизации новообразованного национального королевства вокруг монарха, собирающего в его верховной власти основные властные правомочия. Джон Остин определял закон как приказ суверена. Адольф Меркле создал идею ступенчатого построения права, а Ганс Кельзен увенчал его основополагающей нормой, тогда как в это же самое время Карл Шмитт поставил политику выше законов с их формально-нормативными ограничениями, предоставив власть чрезвычайного, то есть властно-автономного и внеиерархического действия в руки своего суверена.

В этих разнородных концепциях центральную роль всегда играет вопрос об иерархии между нормами, будь то соотношение между государственным законом и неким высшим естественным законом, между предписаниями, созданными определенным органом (королем, парламентом, рейхспрезидентом) и ограничениями политической законотворческой власти, осуществляемой таким образом. Правомочия по созданию источников права являются властью по управлению общественными процессами в широком нормативном масштабе, а это означает, с введением принципа законности в издании правоприменительных актов, что тот, кто создает свои источники права, управляет обществом⁸⁷⁵.

Наша современность, в свою очередь, бросает вызов этому традиционному иерархическому мышлению о праве, рассматриваемом в основном как национальное право. С этой точки зрения национальные правовые источники в конечном счете являются проекцией волеизъявлений, обоснованных верховенством народного суверенитета. Болгарские юристы, например, продолжают использовать идею В. Таджера о ранге нормативных актов и, соответственно, правовых норм, хотя эта идея создавалась исходя из понимания того, что государственная власть едина, а высшее место органа в организационной структуре также определяет приоритет (более высокий ранг) норм, создаваемых этим органом. Кроме того, В. Таджер, в соответствии с действующим на тот момент законом, рассматривает источники права только как нормативные акты, а значит, предложенной им концепции вполне удастся упорядочить относительно ограниченный круг источников в его иерархической пирамиде. Сегодня, наоборот, при национальном и наднациональном разделении властей происходит увеличение субъектов правотворчества и расширение круга актов (на мой взгляд, и практик), подпадающих под определение источника права. Это приводит Росена Ташева к критике понимания ранга юридических актов и к постановке в центр идеи иерархии источников права коллизионных норм, регулирующих случаи противоречия между разными источниками права. Следуя этому пониманию, мы можем описать иерархию источников права, перечислив различные нормы⁸⁷⁶. Иерархия

875 Ср. Идею о том, что суверен является носителем окончательной, верховной нормотворческой власти с последующим здесь по форме классическим выражением, согласно которому „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet“ (Суверен – это тот, кто принимает решение о чрезвычайном положении). Schmitt, C. Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, 8. Auflage, Berlin: Duncker & Humblot, 2004, S. 13.

876 Например (не претендуя на полноту): «Конституция есть верховный закон, и другие законы не могут ей противоречить. (ст. 5, п. 1 КРБ)». «Международные договоры, конституционно ратифицированные, обнародованные и всту-

права, таким образом, представляет собой структуру, которую очерчивают коллизионные нормы. Они становятся ключевыми инструментами для разрешения конфликтов власти. Правило о том, что в случае противоречия между законом и подзаконным нормативным актом должен применяться закон (см. ст. 15, п. 3 ЗНА), например, является проекцией соотношения между регулятивными полномочиями органов законодательной и исполнительной властей.

Однако, если мы примем идею о том, что иерархия права основана на структуре коллизионных норм, мы столкнемся со следующей проблемой: отсутствие четкой регламентации определенных случаев коллизии. Подобная сложность возникает в связи с возможной конкуренцией нормы конституции и международного договора, в том числе входящего в состав учредительного права Союза. В этом направлении известно противопоставление двух точек зрения – той, которая настаивает на перевесе в пользу конституции как верховного закона с непосредственным действием⁸⁷⁷, и другой, подчеркивающей, что внутрисударственное право (даже если оно имеет конституционный ранг) не может быть обоснованием невыполнения принятого международного правового обязательства⁸⁷⁸. С точки зрения права Европейского Союза по аналогичным причинам государства-члены Союза не имеют права ссылаться на свои национальные конституции в качестве оправдания несоблюдения этого права⁸⁷⁹.

Принцип верховенства международного права требует от государств известной последовательности, соблюдения добровольно принятых ими на себя ограничений – они должны либо соблюдать взятые на себя договоры, либо, если они этого не желают, денонсировать их. Однако участие в интеграционных структурах – будь то в Европейском союзе или Совете Европы – заставляет ряд стран сохранять свое участие в соответствующем договоре, изыскивая возможности дать собственное толкование отдельным его частям, для несоблюдения того или иного обязательства, вытекающего из договора.

Описываемый вид конфликтов часто возникает не просто в силу абстрактного противоречия между конституцией и международным договором, а в случае возможного казуального противоречия между конституцией и конкретно применяемым международным договором. Когда, например, Федеральный конституционный суд (ФКС) Германии считает, что органы Союза принимают свои акты за рамками их компетенции, он постановляет, что рассматриваемые волеизъявления Союза являются «*ultra vires*», т.е. «за пределами полномочий», предоставленных государствами-членами в учредительных договорах⁸⁸⁰. В подобных случаях, применяя нормы этих договоров, органы ЕС с одной стороны и ФКС с другой, приходят к разным выводам. ФКС не выносит решения в том смысле, что сами учредительные договоры противоречат Конституции Германии, но на-

пившие в силу в Республике Болгарии... имеют приоритет над теми нормами внутреннего законодательства, которые им противоречат. (ст. 5, п. 4 КРБ)“ „Если нормативный акт противоречит регламенту Европейского Союза, применяется регламент (ст. 15, п. 2 ЗНА).“ «Если постановление, устав, предписание, или инструкция противоречат нормативному акту более высокой степени, органы юстиции применяют акт более высокой степени (ст. 15, п. 3 ЗНА).“

877 См. Вълчев, Д. Лекции по обща теория на правото, Ч. 1, с. 301.

878 См. ст. 27 Венской конвенции о праве международных договоров.

879 См. анализ и практику Суда, на которые ссылается Корнезов, Ал. Полският конституционен съд и правото на ЕС, Европейския правен преглед, 13.10.2021, Онлайн-доступ: <https://evropeiskipravenpregled.eu/ak-pksandeulaw/>.

880 См. Избрани решения на Федералния конституционен съд на Федерална Република Германия под ред. С. Велева и А. Пунев, Фондация „Конрад Аденауер“, 2019, с. 943.

ходит несовместимость между ней и применением, которое конкретный акт вторичного права Союза дает этим договорам.

Один из многих подобных конфликтов, возможных в болгарском законодательстве, можно проиллюстрировать решением по делу Кулински и Сабев против Болгарии. (ж. № 63849/09). Как известно, ст. 42, п. 1 нашей Конституции гласит, что лица, отбывающие наказание в виде лишения свободы, не имеют активного избирательного права. Общеформулированные обязательства стороны по ЕКПЧ не исключают возможности самостоятельного урегулирования «условия (условий) обеспечения свободного выражения мнения народа при избрании законодательного органа», требуемого ст. 3 к Протоколу № 1 Конвенции. Абстрактное чтение КРБ и ЕКПЧ не вызывает никаких опасений по этому поводу. Однако только конкретное правоприменительное прочтение этого текста дает ответ на вопрос, соответствует ли болгарский конституционный строй положениям Конвенции. Однако, как выясняется, если сравнить мнение болгарского правительства соответствующего периода и решение Суда, данное прочтение совершенно иное. Согласно рассматриваемому решению, конституция Болгарии вводит ограничение избирательного права заключенных, что несовместимо с международными обязательствами страны⁸⁸¹. В этом смысле ЕСПЧ сформулировал доктрину, предъявляющую более высокие требования к государствам посредством стандарта, который необходимо соблюдать при ограничении активного права голоса заключенных. Ряд решений, основывающих эту доктрину, был принят начиная с 2005 г.⁸⁸². Таким образом, хотя влияние ЕКПЧ на формулирование положений, касающихся прав человека в Конституции 1991 г. хорошо известно, на момент создания последней, настоящая доктрина ЕСПЧ по данному вопросу вообще не была создана для принятия ее во внимание болгарским конституционным законодателем. Конвенция ратифицирована Болгарией,⁸⁸³ и впоследствии она применялась Болгарией и против нее, не подвергая сомнению положений ст. 42, п. 1 и ее проекций в отдельных законах на предмет несоответствия международному стандарту. Однако позже, хотя и без изменений обсуждаемых текстов, ЕКПЧ получает другое применение, следовательно, она уже иначе «прочитывается» Страсбургским судом.

Рассматривая тот же вопрос в контексте постановления ЕСПЧ об обвинительном приговоре России по делу «Анчугов и Гладков против России» (жалобы №№ 11157/04 и 15162/05), российский конституционный суд указывает, что в процессе ратификации Конвенции и рассматриваемого Протокола № 1 к ней спор о несоответствии не возникал; нет поправок к соответствующим текстам⁸⁸⁴. Однако в рассматриваемом деле ЕСПЧ ввел «смысл, имплицитно подразумевающий необходимость внесения изменений в ст. 32, п. 3

881 См. *Kulinski And Sabev v Bulgaria*, § 37, в соответствии с которым стороны Конвенции «могут решить, разрешить ли судам определять соразмерность меры, ограничивающей право голоса заключенных, или принять законодательные положения, определяющие обстоятельства, при которых такая мера должна применяться». Однако при таком регулировании «самому законодателю придется уравнивать конкурирующие интересы, чтобы избежать каких-либо общих, автоматических и недифференцированных ограничений», такое общее полное ограничение, несовместимое с ЕКПЧ, присутствует в болгарском праве.

882 См. *Hirst v. the United Kingdom*, 2005; *Scoppola v. Italy*, 2012; *Anchugov and Gladkov v. Russia*, 2012 и др., проанализировано в официально изданном ЕСПЧ *Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights. Prisoners' rights*. Updated on 31 December 2021, pp. 72-74. Онлайн-доступ: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Prisoners_rights_ENG.pdf.

883 По закону, принятому Народным собранием 31.07.1992 г. и обн. в ДВ, номер. 66 от 14.08.1992 г.

884 ст. 32, п. 3 Конституции РФ на по своему содержанию аналогично ст. 42, п. 1 нашей конституции..

Конституции РФ». В качестве аргумента против решения ЕСПЧ указывается «отсутствие согласия» с такой нормой, когда Российская Федерация сама ратифицировала Протокол № 1. В качестве обязательного Конституционный суд России принимает «тот смысл, из которого Совет Европы и Россия как сторона международного договора исходили при его подписании и ратификации». Конституционный Суд РФ говорил об «эволюционном» изменении практики ЕСПЧ по данному вопросу, поставив слово «эволюционный» именно в кавычки (вероятно, в форме своего рода сарказма по отношению к рассматриваемому понятию) и приводя в качестве вывода из этого аргумент о том, что эта доктрина Суда «не может считаться установленной»⁸⁸⁵. Аргументы Конституционного Суда РФ выводят отношения на плоскость, расходящуюся с основополагающими идеями Совета Европы, согласно которым ЕСПЧ является центром, эволюционно развивающим права в Европе, его практика обязательна для государств-членов Конвенции именно в своем развитии, и толкование основано не столько и не только на известном мысленном возврате к «первоначальной воле» сторон – функции от «написанного», а наоборот, на идее Конвенции как «живого документа», конституции прав в Европе, осмысленной в процессе ее «прочтения». Имеет ли смысл противопоставлять аргументы двух совершенно разных правовых идеологий? Я считаю, что нет. Имеет смысл признать общетеоретическое следствие этого столкновения, а оно показывает нам наличие совершенно разных подходов к прочтению, которые, даже при одинаковом чтении юридических текстов, соответственно приведут к разным результатам. В этом смысле «право — это не то, что мы читаем», а лишь «то, что мы прочитываем». Сам по себе нормативный текст («то, что мы читаем») не имеет нормативного воздействия; нормативное воздействие имеет его прочтение правоприменительными органами. Текст действует через его прочтение. Право – это прочитанные нормативные тексты.

Давайте снова обратимся к основной области иерархических споров – между национальным законодательством и законодательством Союза – для дальнейшего иллюстративного материала. Что касается взаимоотношений между этими правовыми системами, то возможность различных прочтений, вызывающих возможные конфликты на конституционном уровне, регулируется в законодательстве ЕС путем введения идеи уважения национальной идентичности государств-членов⁸⁸⁶. Эта абстрактно установленная защита будет, конечно, оспорена (читай «по-иному прочитана») на конкретной основе. В доктрине по этому вопросу прямо говорится, что практика СЕС в отношении уважения национальной идентичности является «непредсказуемой», «непоследовательной» и представляет собой источник правовой неопределенности⁸⁸⁷. Эти и подобные им споры можно представить как чисто правоприменительные проблемы, сложности в применении юридической логики к весьма абстрактным стандартам; можно вести споры о том, что СЕС или ЕСПЧ или противостоящие им национальные юрисдикции «неправильно» интерпретируют применяемые ими акты, что в конце концов существует определенная «истин-

885 См. Постановление Конституционного Суда РФ от 19.04.2016 N 12-П «По делу о разрешении вопроса о возможности исполнения в соответствии с Конституцией Российской Федерации постановления Европейского Суда по правам человека от 4 июля 2013 года по делу “Анчугов и Gladkov против России” в связи с запросом Министерства юстиции Российской Федерации» и конкретнее §§ 4.2.-4.3.

886 См. Корнезов, Ал. Цит. съч.

887 См. Семов, Ат. Неприлагане на правото на ЕС поради зачитане на националната идентичност, Lex.bg, 16.11.2020, т. 3.2.1. с выставки, Онлайн-доступ: <https://news.lex.bg/неприлагане-на-правото-на-ес-поради-за/>

ность» толкования, неотъемлемая внутренняя «суть» нормативных текстов, подлежащая уточнению, рассеивающие всю „путаницу“ по тому или иному делу. Подобный взгляд, хотя он часто невольно воспринимается как отправная точка зрения при критике того или иного судебного решения, является неверным. Более реалистичная объяснительная модель могла бы рассматривать столкновения на высшем уровне, координирующие отдельные правовые системы, как конфликты властных сил, пытающихся обосновать компетенцию соответствующего центра в данной сфере регулирования. Поскольку пункт о национальной конституционной идентичности подлежит ограничению действия права Союза⁸⁸⁸, конкретными правоприменительными спорами по нему являются споры между Союзом и национальным центром регулирования. Когда ЕСПЧ создает прецедент, впервые определяя конкретную возможность как подпадающую под защиту ЕСПЧ, он, по сути, действует как центр, определяющий, часто вопреки отдельным государствам, общеевропейский стандарт защиты прав. Аналогичную роль будет играть СЕС по отношению к правовой системе Евросоюза, а конституционные суды, зачастую в конкуренции с ЕСПЧ и СЕС, будут стремиться к монополии на толкование закона, соответственно к верховенству в формировании политико-правового и ценностного дискурса в национальных правовых системах.

Традиционный подход к толкованию исходит из понимания того, что акт интерпретации «всего лишь» проясняет интерпретируемый акт, а соответствующее понимание становится его частью. Однако такое понимание излишне смешивает роли правового аналитика и легитиматора. Юридический анализ должен объяснять толкование так, чтобы оно могло подвергаться критике с точки зрения ее юридической логики и могло быть смоделировано таким образом, чтобы подготовить нас к интерпретации других текстов. Напротив, идея о том, что «результат толкования есть эксплицитно закодированный и единственно возможный вывод», продиктованный «первоначальной волей» законодателя, при полной ясности того, что толкование надстраивает или даже опровергает эту волю, не является трезвым анализом, а представляет собой легитимацию результата. Легитимация через представление о том, что толкование – это почти математический процесс, а ее результат – единственно верный ответ на решаемую задачу. Суд в такой конфигурации «только применяет» закон, а регулирование остается полностью в руках законодателя.

Легитимизирующий подход к толкованию будет инстинктивно настаивать на том, что данный пример с толкованием ЕКПЧ в отношении права государства ограничивать активное голосование заключенных, является «не новым правилом», постепенно созданным самим судом в процессе законотворчества. Однако, на мой взгляд, любая интерпретация обладает этим потенциалом, «расширяющим» или «изменяющим» первоначальное значение акта. Не имея возможности подробно рассматривать здесь этот вопрос, укажу лишь, что через толкование, то есть через правоприменительное прочтение текста, формулируется новое, более конкретное предписание в рамках общезыковой формулировки истолкованного/прочитанного положения. По крайней мере теоретически, это новое предписание остается в рамках более общего или просто переформулирует его значение. Значительно упрощая для целей данного примера, мы можем рассмотреть прочтение ст. 3 Протокола № 1 при ЕКПЧ, истолкованного в прокомментированном выше деле «Кулински и Сабев против Болгарии», в котором говорится, что:

888 Пак там, т. 3.2.4.

Высокие договаривающиеся стороны обязуются проводить свободные выборы через разумные промежутки времени тайным голосованием и в условиях, обеспечивающих свободное выражение мнения народа при избрании законодательного органа.

Правоприменительный процесс требует, чтобы этот более общий текст ответил на конкретный вопрос о совместимости автоматического запрета заключенным на активное право голоса. Я думаю, что любой читатель согласится со мной, что этот вопрос не имеет «прямого» или «автоматического», «четкого» ответа при непосредственном прочтении рассматриваемого текста. Подобные соображения могут быть развиты как для толкования конституционного текста, так и для судебной практики в целом, будь то применение европейского или национального права, будь то обязательная толковательная практика верховных судов или постоянная судебная практика по конкретным делам.

Система разделения властей на всех ее уровнях лежит в основе множества взаимодействующих правотворческих органов⁸⁸⁹. Все более активная роль юрисдикций в развитии права приводит на практике к монополизации регулирования, которое до недавнего времени всецело находилось в руках законодательной власти как автора нормативных актов и делегаций на создание таковых, а в настоящее время разделено с судами, в том числе на наднациональном уровне.

Богатство возможных конфликтов между различными источниками права не может быть полностью отражено в коллизионных нормах, поскольку создание таких норм связано с соответствующим институциональным противопоставлением как на национальном, так и на международном уровне. Отсюда следует, что иерархическая схема системы источников права, представленная выше в виде цепочки коллизионных норм, должна быть дополнена. Скорее, она примет форму сети, в которой различные регулирующие центры будут функционировать совместно и часто в конкуренции, а отдельные источники найдут свое применение в свете определенного авторитетного прочтения, которое предоставляет им соответствующую юрисдикцию, чьи акты – носители рассматриваемого авторитетного прочтения – сами по себе также рассматриваются как источники права.

Законодательный суверенитет и интерпретационный суверенитет

Давайте снова возьмем теории суверенитета в качестве отправной точки, как мы это сделали выше. Классическая формулировка Остина, с которой начинается дискуссия практически в каждом учебнике, построенном в традициях аналитической юриспруденции, гласит, что правовые нормы – это «*commands of the sovereign*» – приказы суверена. Эта точка зрения фокусирует правовые понятия на «воле законодателя» и в конечном счете на законах, принимаемых парламентом, она стала знаковой для всего XIX века и для первой половины XX века в свете современного государственного устройства, будь оно основано на принципах дуалистической монархии, демократической республики или, в конечном счете, тоталитарного государства, которое также провозглашает верховенство законов, принимаемых парламентом. Несмотря на все риски масштабного обобщения, поскольку эта тема не является центральной для данного доклада, я просто предположу, что правовые системы, построенные на идеях национального суверенитета, в конечном

⁸⁸⁹ Как минимум: учрежденная и учредительная, классическая триада центральной власти и связанных с ней уравновешивающих нейтральных властей, разделение центральной и местной власти, а в настоящее время также разделение национальной и союзной наднациональной власти, а также национальной власти и власти международных институтов.

счете склонны ставить в качестве своего первоисточника закон, принимаемый парламентом, как опосредованное выражение воли суверена, формируемое через представительные средства. Эта основная конструктивная концепция в конечном счете присутствует и в современных демократических системах. Однако большая перемена по сравнению с довоенным периодом заключается в тенденциях к переосмыслению идеи неограниченности суверенной власти, которая, хотя и остается в принципе никому неподвластной, уже не может рассматриваться как свободная в каких бы то ни было действиях. В этом смысле даже широкий общественный консенсус, преобразованный в выборность соответствующих представительных органов и положенный в основу государственных политических решений, не может узаконить попрание прав человека, принятие расистской конституции, проведение сегрегационной политики, игнорирование императивных норм (*ius cogens*) публичного международного права или пропаганда и ведение агрессивной войны⁸⁹⁰. После Второй мировой войны в процессе интернационализации защиты международных прав и переосмысления идей прежнего «поствестфальского конституционализма»⁸⁹¹, народ, хотя и «суверен» как никому не подчиненный и самоорганизующийся политический субъект, перестает быть нравственным абсолютом. Национальный интерес, «исторические права», стратегические перспективы того или иного государства больше не считаются законным оправданием возможности совершения *любых* политических действий в целях самозащиты. В этом смысле народный *суверенитет* теряет часть своего содержания с исчезновением суверенной неограниченности власти.

Эти направления развития правофилософского и политического дискурса западного мира после окончания Второй мировой войны способствуют выведению роли судов в облике правовой системы из тени парламентов. Более того, как только законодательная власть ставится сначала под контроль национального конституционного суда, а затем под контроль международных судов, таких как ЕСПЧ, или наднациональных юрисдикций, таких как СЕС, вопрос о «верховенстве» парламента, как говорят британцы, становится особенно проблематичным. Использование терминологии суверенитета для описания взаимодействий власти, осуществляемых посредством нормативных систем, побуждает меня продолжить «читательскую тему» моих изложений в более нетрадиционной форме. Анализ на уровне «прочтения» и «прочитанного», то есть толкования и толкуемого текста, показал важность роли институтов-читателей, прежде всего конституционных и верховных, международных и наднациональных судов. Что касается ситуаций отсутствия вышестоящей, контролирующей инстанции вместе с наличием толковательной монополии – например, у ЕСПЧ толковать ЕСПЧ, у СЕС – учредительные договоры или у Конституционного суда – национальную конституцию, то мы можем говорить о «суверенном читателе». Это означает, что эти суды являются «высшими» по отношению к соответствующим институциональным судебным системам. У них нет «высшей» контролирующей инстанции, и они вырабатывают свои собственные аргументативные дискурсы, что дает им относительную свободу толкования. И если национальный парламент будет, например, контролироваться конституционным судом на предмет конституционности его актов, то акты

890 Grimm, D. *Sovereignty: The Origin and Future of a Political and Legal Concept*, transl. B. Cooper, New York: Columbia University Pictures, 2015, p. 109.

891 О понятии «поствестфальского конституционализма» см. Belov, M. *The Challenges to Westphalian Constitutional Geometry in the Age of Supranational Constitutionalism, Global Governance and Information Revolution* – In: *Global Constitutionalism and Its Challenges to Westphalian Constitutional Law*, ed. M. Belov, Oxford: Hart Publishing, 2018, pp. 30-31.

последнего не подлежат контролю на предмет действительности, а его потенциал эволюционного толкования или, наоборот, его стремление воздержаться от такового, становится определяющим для функционирования современных правовых систем.

Подведем итоги. «Суверенные парламенты» должны были найти свое судебное ограничение, которое в результате привело к созданию «суверенных» в описанном условном смысле судов-читателей в Европе. В отличие от классической иерархической пирамиды национального права с его единовластием и неподчинением международному праву до XX века, в последние десятилетия сложилась система взаимодействия национальных, международных и наднациональных судов, конкурирующих в своих толкованиях права, а также за авторитетную верховную позицию в отношениях субординации между собой. Вопрос о результатах этой конкуренции всегда будет оставаться открытым до тех пор, пока, как это имеет место в современной модели отношений в Европе, существует система множества конкурирующих институтов в противовес старой строгой субординации в национальном праве. Рассмотренные через призму теории источников права, проанализированные через понятия «читатель» и «прочтение», эти наблюдения, надеюсь, показывают необходимость учета роли судов в функционировании правовых норм и сместившийся в последние десятилетия вес на оси между парламентским законотворчеством и судебным правоприменением, по необходимости понимаемым в настоящее время и как судебное законотворчество.

7.2. Коллизионное право в Республике Армения

1. Общая система коллизионных норм в армянском праве

1.1. Общие положения

В статье 24 Закона Республики Армения 2002г. «О правовых актах» установлены следующие коллизионные правила.

Во-первых, в случае противоречий между правовыми актами, действуют правовые акты, имеющие более высокую юридическую силу правовые акты, предусмотренные Конституцией РА и данным законом, за исключением случаев, предусмотренных ч.7 ст. 24 закона (п.2 ст.24 Закона).

Во-вторых, правовой акт, принятый органом, не должен противоречить правовому акту, принятому этим же органом ранее и обладающей равной юридической силой. В случае противоречий между правовыми актами равной юридической силы, принятыми одним и тем же органом, преимущественную силу имеют положения предыдущего (ранее принятого) правового акта (ч. 3 ст.24 Закона).

В-третьих, в случае коллизии нормативных или индивидуальных правовых актов, принятых разными органами и обладающих равной юридической силой, действует правовой акт, принятый органом, которому правовым актом, обладающим более высокой юридической силой, предоставлено полномочие на принятие подобных правовых актов (ч. 4 ст.24 Закона).

В-четвертых, в случае коллизии разных частей одного и того же правового акта действуют положения тех частей, которые следуют из сущности данного правового акта или правовых принципов, регулирующих данные правоотношения, за исключением случаев, предусмотренных ч. 7 настоящей статьи. В случае коллизии общей и особенной частей того же правового акта действуют положения общей части (ч. 5 ст. 24 Закона).

В-пятых, в случае коллизии законов, принятых Национальным Собранием Республики Армения и законов, принятых путем референдума, действуют нормы закона, принятого путем референдума (ч. 6 ст. 24 Закона).

В-шестых, в случае коллизии нормативно-правовых актов, обладающих равной юридической силой, или коллизии разных частей одного и того же правового акта, государственные органы и органы местного самоуправления в отношениях с физическими и юридическими лицами должны применять более благоприятный для физических и юридических лиц нормативно-правовой акт или его часть (ч.7 ст.24 Закона).

В правовом акте запрещается предусматривать норму о его верховенстве в отношении иных правовых актов, обладающих равной юридической силой. Такие нормы не имеют юридической силы (ч.8 ст. 24 Закона).

В статье 40 Закона Республики Армения «О нормативных правовых актах», принятого в 2018 году, предусмотрена система следующих коллизионных норм, расположенных в порядке очередности:

- во-первых, в случае коллизий между нормами нормативно-правовых актов применяется норма нормативно-правового акта, имеющего более высокую юридическую силу;
- во-вторых, в случае коллизий между общей нормой и специальной нормой применяется специальная норма;
- в-третьих, в случае коллизии между нормами общих и особенных частей нормативно-правового акта, действуют нормы общей части;
- в-четвертых, в случае коллизий между нормами нормативно-правовых актов применяются нормы нормативно-правового акта, вступившего в силу ранее;
- в-пятых, в случае коллизии между нормами нормативных правовых актов применяется норма благоприятных для физических и юридических лиц нормативных правовых актов, если применение данной нормы не затрагивает права или законные интересы других лиц.

1.2. Система коллизионных норм РА

В статье 40 Закона РА «О нормативно-правовых актах» установлены правила разрешения правовых коллизий, однако этот закон не затрагивает вопросы коллизионного соотношения норм, закрепленных в Декларации о независимости Армении (далее-Декларация независимости) и в других источниках права. Таким образом, коллизионные нормы (правила) можно классифицировать следующим образом:

- 1) коллизионные нормы, разрешающие столкновения норм, закрепленных в Декларации независимости и других источниках права,
- 2) коллизионные нормы, разрешающие столкновения между нормативно-правовыми актами, имеющими разную юридическую силу,
- 3) коллизионные нормы, разрешающие столкновения между нормативно-правовыми актами, имеющими равную юридическую силу,
- 4) коллизионные нормы, разрешающие столкновения между правовыми нормами, закрепленными в разных источниках права.

2. Коллизии между Декларацией независимости и другими правовыми нормами

2.1. Общие положения

В ноябре 1989 года по инициативе комитета «Карабах» было сформировано Армянское общенациональное движение, политической задачей которого стало, среди прочего, участие в предстоящих выборах в Верховный Совет Армянской ССР 20.05.1990. Армян-

ское общенациональное движение победило на выборах Коммунистическую партию Армении.

Новоизбранные власти Армении приступили к созданию независимого национального государства. В 23.08.1990 первая сессия Верховного Совета Армении после долгого и обстоятельного обсуждения приняла Декларацию о независимости Армении (каждый пункт декларации принимался отдельным голосованием), положившую начало процессу становления независимости.

На правовую природу Декларации о независимости большое влияние оказали социально-политические условия и процедура ее принятия. Во-первых, Декларация независимости была принята в условиях общественного согласия относительно основных жизненно важных ценностей и ориентиров армянского народа.

Не случайно, что Декларация была принята с большим воодушевлением⁸⁹². Во-вторых, Декларация была принята наделенным исключительной легитимностью парламентом – Верховным Советом, в состав которого по результатам свободных выборов было включено Армянское общенациональное движение, борющееся за независимость Армении. По большому счету, на выборах Верховного Совета народ фактически голосовал не за ту или иную политическую силу или движение, а за процесс независимости (силу, которая его материализует). Новообразованный Верховный Совет, в первую очередь, взялся за принятие Декларации независимости. После окончательного редактирования Декларация была принята 192 голосами при 2 воздержавшихся⁸⁹³.

Тем не менее, исходя из положений и целей Декларации о независимости Армении, 1 марта того же года Верховный Совет Армении решил 21-го сентября 1991 года провести референдум на территории республики по вопросам выхода из состава СССР и независимости.

21 сентября 1991 года подавляющее большинство населения республики (94,39 % имеющих право голоса) сказали «да» независимости. И на основе результатов референдума 23 сентября 1991 г. Верховный Совет республики провозгласил Армению независимым государством.

К тому же Декларация о независимости 1990 года, по сути, является документом о восстановлении независимости Армении, т. к. начало независимости Республики Армения было заложено еще 28 мая 1918 года. На открытии первого заседания Совета Армении старший по возрасту депутат А. Саакян подчеркнул: «Мы без всяких колебаний и с полной решительностью бросаем якорь нашей государственности»⁸⁹⁴.

Хотя Декларация о независимости 1990 года не называется Декларацией о восстановлении независимости, но в ее Преамбуле упоминается о первой Армянской Республике «...развивая демократические традиции независимой Республики Армения, заложенные 28 мая 1918 года...». Таким образом, принятие Декларации независимости в 1990 году

892 Арутюнян Г., Государствоведческая роль и значение Декларации о независимости в формировании новой правовой системы независимой Армении (доклад на приеме по случаю двадцатилетия принятия Декларации о независимости. 23 августа 2010 г.). Дата обращения 2 октября 2020. <http://www.concourt.am> (на арм. языке).

893 См.: Минасян. Э. История Третьей Армянской Республики. Ер. Изд. ЕГУ., 2013, С.116 (на арм. языке).

894 Речь старшего депутата А. Саакяна на открытии заседания Верховного Совета Армении (01.08.1918г.) // Республика Армения в 1918-1920гг. (политическая история) // Сборник документов и материалов. НАН РА изд. «Наука», 2000. С. 55 (на арм. языке).

стало неизбежным началом официального процесса восстановления независимости Республики Армения, а референдум 1991 года – ее необратимым завершением.

2.2. Декларация независимости и Конституция Республики Армения

2.2.1. Декларация независимости – часть Конституции Республики Армения или документ, имеющий конституционную силу?

Для изучения коллизионного соотношения Декларации независимости и Конституции Республики Армения фундаментальное значение имеет следующий вопрос: является ли Декларация независимости составной частью Конституции Республики Армения, либо имеют ли положения Декларации конституционное значение или нет? В этом вопросе правовая доктрина и судебная практика несколько различаются.

(1) Доктринальная точка зрения.

В армянской доктрине конституционного права принято, что в силу того, что в преамбуле Конституции упоминается Декларация независимости, последняя либо приравнивается к Конституции, либо приобретает конституционную ценность. Так, основной автор проекта Конституции 1995 года В. Назарян подчеркивает: «Преамбула Конституции Республики Армения 1995 года, ссылаясь на Декларацию «О независимости Армении», тем самым поднимает до уровня Основного закона Республики положения, закрепленные в этой Декларации, включая требование об официальном признании, осуждении и ликвидации последствий Геноцида армян»⁸⁹⁵. Из слов В. Назаряна становится ясным, что он прибегнул к юридической фикции. Несмотря на то, что положения Декларации независимости не являются конституционными нормами, он счёл их конституционными нормами (приравнял к последним) и возвел их до уровня Основного закона. Если же, в случае применения техники юридической фикции, положения Декларации независимости считаются конституционными нормами, то нужно было также отметить: какая цель либо фактор принудил авторитетного ученого прибегнуть к юридической фикции.

Представители молодого поколения армянских конституционалистов продолжают придерживаться подхода, согласно которому основные положения Декларации независимости имеют конституционное значение. Например, А. Манасян подчеркивает: «Юридическая сила Декларации вытекает из фактической правовой роли, данной ей Преамбулой Конституции, в контексте которой фундаментальные принципы армянской государственности и общенациональные цели, закрепленные в Декларации, получили конституционное значение»⁸⁹⁶. Как видим, положения Декларации независимости, закрепляющие фундаментальные принципы армянской государственности и общенациональные цели, в доктрине признаются положениями, имеющими конституционное значение. Но в прагматической плоскости формулировка «положения Декларации независимости имеют конституционное значение» нуждается в уточнении. Являются ли эти положения конституционными нормами; может ли правоприменитель руководствоваться этими положениями при разрешении правового спора; могут ли они рассматриваться в качестве критерия определения конституционности конституционных поправок? Или же Декларация независимости – это просто средство раскрытия (толкования) содержания позитивных конституционно-правовых норм?

895 Назарян. В. Конституция РА: в комментариях и примечаниях. Ер. 1995. С. 5-6 (на арм. языке).

896 Манасян. А. Конституциональная стабильность как важнейшее условие состоявшейся демократии. Ер. 2019. С. 128 (на арм. языке).

(2) Практика Кассационного суда Республики Армения.

Судебная палата по уголовным и военным делам Кассационного суда Республики Армения 17.10.2000, ссылаясь на преамбулу Конституции Республики Армения, отметила: «Согласно введению (преамбуле. – А.Г.), закрепляющему факт принятия Конституции РА, в основе Конституции Республики Армения также лежат фундаментальные принципы армянской государственности и общенациональные цели, закрепленные в Декларации «О независимости Армении». Ввиду этого Декларация “О независимости Армении” стала составной частью Конституции РА».

В отличие от армянских конституционалистов, Кассационный суд Республики Армения прямо заявил, что Декларация независимости является составной частью Конституции. По всей вероятности, Кассационный суд Республики Армения имел в виду, что Декларация независимости является частью Конституции не в формальном, а в материальном смысле.

(3) Декларация независимости как вечная гарантия армянской государственности.

Декларация независимости не является ни составной частью Конституции (в формальном смысле), ни просто документом, закрепляющим положения конституционного значения. Согласно проницательному подходу Г. Арутюняна, Декларация независимости выступает «неотъемлемой частью армянского конституционализма». По определению автора: «Она (Декларация. – А.Г.), являясь непроходимой ценностью в становлении и утверждении армянской государственности, сыграла серьезную государствоведческую роль в формировании новой правовой системы».

Декларация независимости⁸⁹⁷ – документ предконституционного значения, который является экзистенциальной основой Конституции. Именно пункт 12 Декларации независимости гласит об этом: «Настоящая Декларация служит основой для разработки Конституции Республики Армения, внесения изменений и дополнений в действующую Конституцию, деятельности государственных органов, разработки нового законодательства Республики». Не надо придавать лишь символический смысл тому факту, что преамбула Конституции Республики Армения начинается с упоминания Декларации независимости. Начало преамбулы Конституции является свидетельством того, что Декларация независимости является первоначалом Конституции.

Предконституционный характер Декларации независимости означает, что Декларация закрепляет вечные (постоянные) основы армянской государственности и ее сохранения, на которых и должна в формальном плане основываться Конституция.

Декларация независимости является не только предконституционным документом, но также и наднормативным правовым документом, поскольку она по способу принятия и по своей сути не может вписаться в примитивную иерархию нормативных правовых актов.

Следовательно, Декларацию независимости не надо искать в системе нормативных правовых актов. Но в то же время, находясь вне системы нормативных правовых актов, она предопределила сущность этой системы.

Более того, судьба Декларации «О независимости Армении» автономна от судьбы Конституции Республики Армения. Конституция, в том числе ее преамбула, изменчива (излагается в новой редакции), а Декларация независимости – неизменна (непроходима). Декларация о независимости Армении является актом основополагающего значения,

⁸⁹⁷ Отныне имеем в виду фундаментальные принципы армянской государственности и общенациональные цели, закрепленные в Декларации.

ввиду чего ее следует воспринимать как непроходимую (вечную) гарантию сохранения государственности.

Не случайно, что в Законе первой Республики Армения «О провозглашении акта независимости объединенной Армении» государственное объединение различных частей Армении квалифицируется как вечное независимое государственное объединение. Так, пункт 2 Закона «О провозглашении акта независимости объединенной Армении» от 25.05.1919 гласит: «Для восстановления целостности Армении и обеспечения полной свободы и процветания народа правительство Армении, в соответствии с единой волей и желанием армянского народа, заявляет, что с сегодняшнего дня разделенные части Армении вечно объединены в независимый государственный союз»⁸⁹⁸.

Право армянского народа на государственность было материализовано в Декларации независимости, развито и закреплено в Конституции. Автономность и неизменность Декларации независимости дает основание утверждать, что материальное бытие права народа на государственность не зависит от Конституции.

В. Назарян отмечает: «Не конституции дарят или предоставляют народу (нации) их родину; нация с рождения наделена правом иметь свою родину, и оно неотъемлемо»⁸⁹⁹. Придет время, когда авантюристы попытаются повести или поведут армянское государство по пути разложения (распада). При таких условиях Конституция может перестать действовать, между тем как вечная гарантия армянской государственности – Декларация независимости – не может быть отменена. Ведь такой юридической возможности не существует, ввиду чего Декларация – это документ, действующий навечно. Во всех ситуациях она неизбежно станет основой для восстановления неотъемлемой, но утраченной государственности.

Предконституционная, а также наднормативная правовая природа Декларации независимости предопределяет сущность ее коллизионного взаимодействия с Конституцией Республики Армения и другими нормативными актами.

2.2.2. Декларация независимости как критерий определения государственно-охраняемости конституционных норм.

Декларация независимости как государственно создающий и предконституционный документ на практике должна восприниматься как критерий определения способности новой Конституции осуществлять охрану государственности и диагностирования рисков государственно-охраняемости проекта новой Конституции. Иными словами, проект новой Конституции должен соответствовать государственно охраняемым положениям Декларации независимости⁹⁰⁰. Например, при внесении изменений в Конституцию некоторые юристы предлагают снять ценз оседлости и требование быть только гражданином Республики Армения для президента, депутатов, министров, судей, генерального прокурора Республики Армения. Принятие такого предложения предоставит возможность назначить на должности судей, министров, руководителей ведомств, руководителей правоохранительных органов и на другие высокопоставленные должности лиц с двойным гражданством (армян по национальности), а также тех армян, которые долгие годы жили

898 Законы Парламента Республики Армения (1918–1920 гг.). 1998. Ер. С. 85 (на арм. языке).

899 Назарян В. Концепция Конституции РА. Ер. Гош. 1992. С. 68 (на арм. языке).

900 Критерием определения государственно-охраняемости изменений и поправок в действующей Конституции является статья 1 Конституции РА – «Армения – суверенное государство», в сочетании с положениями Декларации независимости.

вне Армении и потеряли связь с особенностями местных условий. Данное предложение следует рассмотреть и изучить с точки зрения пункта 3 Декларации независимости, в котором говорится, что носителем армянской государственности является народ Республики Армения⁹⁰¹. В контексте данного положения необходимо раскрыть содержание таких определений, как «армянский народ (армянская нация)» и «народ Республики Армения».

Другой пример, некоторые юристы предлагают исключить из Конституции также обязательное требование о проверке конституционности международных договоров. В некоторых ситуациях это предложение может не соответствовать Декларации независимости, поскольку политическая власть получит возможность ратифицировать международные договоры без выявления государствоведческих рисков. К примеру, политическая власть получит возможность ратифицировать международный договор, которым будет гарантировано выполнение взятых у других государств или международных организаций кредитных обязательств недрами Армении или определенным земельным участком республики. Если будет отменен предварительный обязательный конституционный судебный контроль за ратификацией международных договоров, то будет упразднена также та правовая среда, в которой должны были обсуждаться риски обеспечения объемов кредитного обязательства государства по международному договору. В том числе его соответствие статье 7 Декларации независимости, согласно которой земля и недра как национальное достояние являются собственностью народа.

В связи с вышесказанным приведем один пример из практики первой Республики Армения. В 10.06.1920 был принят Закон «О займе независимости Армении», согласно первому пункту которого для восстановления промышленных сил экономики и обеспечения денежного фонда предусматривалось заключить договор государственного займа на именную денежную сумму в размере 20 миллионов долларов с 6-процентной ставкой. Согласно пункту 14 того же закона, «Текущий заем обеспечить всем имуществом Республики Армения (выделено мной. – А.Г.)»⁹⁰². Название этого закона – «О займе независимости Армении» – с точки зрения обсуждаемого вопроса символично, хотя оно может иметь разные объяснения. В любом случае с государственно-охранительной точки зрения статья 14 закона, несомненно, является рискованной. И выявление этих рисков потребовало бы проведения государствоведческого анализа в правовой среде.

Таким образом, Декларация независимости является критерием диагностики рисков конституционных норм, их способности к охране государственности. Никакая Конституция не может быть вынесена на референдум или принята иным образом, если она противоречит Декларации независимости, то есть содержит существенные риски охраны государственности.

2.3. Декларация не зависимости и международные договоры.

Могут ли международные соглашения противоречить Декларации независимости, и если да, то как следует разрешить эти противоречия? Мы ответим на этот обобщенный вопрос не в формате доктринальных обоснований, а основываясь на практике конституционного правосудия Республики Армения. Так, Конституционный Суд Республики Армения 12.01.2010 рассмотрел вопрос о соответствии Конституции Республики Армения обязательствам, предусмотренным протоколами «Об установлении дипломатических

901 Армяне, получившие образование в других странах и прожившие там долгое время, могут вносить свой вклад в сфере становления государства, будучи назначенными на другие посты в публичной службе.

902 Законы Парламента Республики Армения (1918–1920 гг.). 1998. С. 334–335.

отношений между Республикой Армения и Турецкой Республикой» и «О развитии отношений между Республикой Армения и Турецкой Республикой». Конституционный Суд Республики Армения в пункте 5 постановления ПКС-850 выразил важное решение не только с политической точки зрения, но и с точки зрения коллизионного права. «Положения протокола „О развитии отношений между Республикой Армения и Турецкой Республикой“ в законотворческой и правоприменительной практике Республики Армения, а также в межгосударственных отношениях не могут толковаться и применяться таким образом, чтобы противоречить положениям преамбулы Конституции, а также требованиями пункта 11 Декларации о независимости Армении»⁹⁰³.

в пункте 5 решения Конституционного Суда есть прямые (эксплицитные) и косвенные (имплицитные) позиции.

Во-первых, Конституционный Суд Республики Армения прямо отметил, что протокол «О развитии отношений между Республикой Армения и Турецкой Республикой» во внутригосударственной нормотворческой и правоприменительной практике, а также в международных отношениях не может толковаться или применяться в порядке, противоречащем Декларации независимости. Тем не менее, если в правоприменительной и законотворческой сферах между обсуждаемым международным договором и Декларацией независимости возникнут противоречия, предпочтение следует отдавать статье 11 Декларации независимости.

Во-вторых, из решения Конституционного Суда Республики Армения косвенно следует, что двусторонний международный договор также *in abstracto* не должен противоречить статье 11 Декларации независимости. Можно предположить, что если бы Конституционный Суд Республики Армения заметил текстовые противоречия в международном договоре, обсуждаемом в рамках абстрактного конституционного контроля, и Декларацией независимости, он признал бы этот договор противоречащим основам Конституции, и в этом случае договор не мог быть ратифицирован. Обобщая правовую позицию, отраженную в пункте 5 решения Конституционного Суда Республики Армения, можно сделать следующий вывод.

Во-первых, международные договоры не могут противоречить никаким положениям Декларации независимости. А в случае противоречий международный договор не может быть ратифицирован.

Во-вторых, ратифицированные Республикой Армения международные договоры в области законотворчества и правоприменительной практики не могут быть истолкованы и применены способом, противоречащим Декларации независимости⁹⁰⁴.

3. Коллизии нормативно-правовых актов, имеющих разную юридическую силу, и их решение

3.1. Общие положения

Противоречия нормативных правовых актов, имеющих разную юридическую силу, разрешаются на основе правила *Lex superior*. Согласно данной коллизионной норме (*Lex*

903 Пункт 11 Декларации независимости Армении определяет, что Республика Армения будет последовательно способствовать международному признанию Геноцида армян в Османской Турции и Западной Армении.

904 О коллизиях между Декларацией независимости и законами РА см.: Гамбарян А. С. Декларация о независимости Армении: непроходимая гарантия охраны государственности // Юридический аналитический журнал. 2020. Т. 15. № 2. С. 43-44.

superior), при противоречии норм, имеющие высшую и низшую юридическую силу, применяется норма с высшей юридической силой (иерархическая коллизионная норма)⁹⁰⁵. Иерархия нормативно-правовых актов по юридической силе, как правило, определяет законодательство. Например, в 5 статьи Конституции РА закреплено иерархия правовых норм «Конституция обладает высшей юридической силой. Законы должны соответствовать конституционным законам, а подзаконные нормативные правовые акты — конституционным законам и законам. В случае противоречия между нормами международных договоров, ратифицированных Республикой Армения, и законов Республики Армения применяются нормы международных договоров».

3.2. Система коллизионных норм *Lex superior* в статье 5 Конституции РА

Призвана ли статья 5 Конституции РА закреплять систему официальных источников права? С точки зрения коллизионного права важно выяснить вопрос о том, призвана ли 5 статья Конституции РА определять систему правовых норм в РА или она всего лишь закрепляет правила *lex superior*?

В теории отмечается, что статья 5 Конституции РА предусматривает исчерпывающий круг нормативно-правовых актов (Конституция, конституционный закон, закон и подзаконный акт) и их определенная иерархия⁹⁰⁶. Сторонники данной позиции, считая, что статья 5 Конституции РА призвана закреплять исчерпывающий перечень нормативно-правовых актов, выводят из этого, что, например, решения Евразийской экономической комиссии находятся вне этого перечня, следовательно, указанные акты могут быть непосредственно применены после изменения Конституции⁹⁰⁷.

Во-первых, предметом отдельного обсуждения является вопрос о том, с каким обоснованием делаются попытки найти для нормативных актов надгосударственных международных организаций место в системе нормативно-правовых актов официальных органов РА (не путать с необходимостью предусмотрения норм для разрешения коллизий нормативно-правовых актов, принятых органами РА, и нормативно-правовых актов ЕАЭС). Для актов органов надгосударственных международных организаций место нужно искать не в системе национального законодательства (нормативно-правовых актов), а во всеобщей системе официальных источников права.

Во-вторых, несмотря на то, что в статье 5 Конституции РА перечисляются виды нормативно-правовых актов (Конституция, конституционный закон, закон и подзаконный акт), тем не менее, эти слова, с точки зрения предмета регулирования данной статьи, не содержат каких-либо существенных сведений⁹⁰⁸. Целью данной статьи (предметом регулирования) является предусмотрение правил для разрешения вертикальных коллизий между перечисленными нормативно-правовыми актами, а не представление системы нормативно-правовых актов. Необходимо различать систему правовых актов (правовых норм) и иерархию правовых норм.

905 См.: Гамбарян А.С., Даллакян Л.Г. Коллизионные нормы и их конкуренция. М.: 2019.

906 Маркосян Т., Сантросян А. Проблемы применения нормативных правовых актов органов Евразийского экономического союза в Республике Армения // Научный Арцах. 2021. № 1 (8), С. 93 (на арм. языке).

907 Там же.

908 В статье 5 Конституции РА также не предусмотрено упоминание о международных договорах, требующих утверждения Президента РА, тем не менее, это будет нарушением «золотого правила» толкования закона, если статья 5 Конституции РА будет толковаться так, что утвержденные международные договора не являются официальным источником права РА.

Кроме этого, необходимо помнить, что ПКС-1590 от 29.04.2021г. Конституционный суд РА не счёл законом изменения Конституции РА, этим же фактически «выдумал» новый вид нормативно-правовых актов. Указанная позиция Конституционного суда РА является спорным не с точки зрения статьи 5 Конституции РА (тем обоснованием, что эта статья не предусматривает вид такого акта), а с точки зрения той доктрины, продолжительное время считающееся бесспорным, согласно которой, законодательная власть принимает два акта властного характера: закон и решение (статья 103 Конституции РА).

Является ли установление коллизионных норм *lex superior* статьей 5 Конституции РА исчерпывающим? В статье 5 Конституции РА закреплены только имеющие конституционное значение коллизионные нормы *lex superior*.

Учредительная власть, естественно, регулировала только разрешение коллизий между нормативно-правовыми актами органов, осуществляющих законодательную и исполнительную функции, так как в течение последних двух столетий сформировались четкие (бесспорные) представления об иерархии законов и подзаконных нормативно-правовых актов и непререкаемые правила разрешения коллизий между ними⁹⁰⁹.

Тем временем учредительная власть РА в вопросе регулирования разрешения коллизий между подзаконными нормативно-правовыми актами органов, осуществляющих исполнительную функцию, или коллизий нормативно-правовых актов органов надгосударственных международных организаций проявила поведение квалифицированного молчания, оставив их разрешение законодательному органу, правоприменителям и юристам-учёным.

Статья 5 Конституции РА не запрещает законодателю РА законом РА «О нормативно-правовых актах» определять, например, место постановлений (их заключительных частей) Конституционного суда РА о признании закона недействительным в системе нормативно-правовых актов. То, что в статье 5 Конституции РА нет упоминаний о таких постановлениях Конституционного суда, еще не означает, что они не являются нормативно-правовыми актами. Законодательный орган правомочен законом определять коллизионные нормы *lex superior*, которые не предусмотрены в статье 5 Конституции РА.

Таким образом, в статье 5 Конституции РА прямо или косвенно закреплены конституционные коллизионные нормы *lex superior*. Притом на конституционном уровне получили закрепление только непререкаемые коллизионные нормы. Вопросы определения правил разрешения коллизий между нормами, закрепленными в других нормативно-правовых актах или в иных источниках права, оставлены на разрешение законодательного органа, правоприменителей и юристов-учёных.

3.3. Коллизии между Конституцией РА и законами и их решение

Конституция РА имеет высшую юридическую силу. Законы должны соответствовать Конституции. Если законы не соответствуют Конституции, то действуют нормы Конституции.

3.4. Коллизии между конституционными законами и законами и их решение

Согласно ч. 2 ст. 5 Конституции РА законы должны соответствовать конституционным законам. Конституционными законами являются: Регламент Национального Собрания РА от 16.12.2016, Избирательный Кодекс РА от 25.05.2016, Судебный Кодекс РА от 07.02.2018, закон РА «О Конституционном суде РА» от 17.01.2018, закон РА «О референдуме»

⁹⁰⁹ Между прочим, в российских источниках также отмечается, что Конституция РФ подчеркнула истоки иерархии структуры российского законодательства, тем не менее, в нем определены иерархические отношения только отдельных видов формы права. См. Толстик В.А. Иерархия источников российского права: монография. Нижний Новгород, 2002. стр 34.

от 23.03.2018, закон РА «О политических партиях» от 16.12.2016 и закон РА «Об уполномоченном по правам человека» от 16.12.2016. Согласно ч. 2 ст. 103 Конституции РА правовое регулирование конституционного закона не должно выходить за рамки его предмета. Из этой нормы следует, что если конституционным законом регулируются такие отношения, которые находятся вне пределов предмета регулирования конституционного закона, то в данном случае указанная коллизионная норма не может быть применена. Например: Судебный Кодекс содержит норму относительно деятельности прокуратуры, которая находится вне предмета регулирования Судебного Кодекса РА и противоречит закону РА «О прокуратуре» от 17.11.2017. В случае возникновения противоречий между Конституционным законом РА «Судебный Кодекс» и законом РА «О прокуратуре» должен действовать последний, так как в данной ситуации законодатель, нарушив положение, предусмотренное ч.2 ст.103 Конституции РА, вышел за пределы предмета правового регулирования конкретного закона. В этом случае применимо правило отраслевого (предметного) приоритета.

3.5. Коллизии между законами, принятыми путем референдума и Национальным собранием РА и их решение

В случае противоречия между законами, принятыми путем референдума и Национальным собранием РА действуют законы, принятые путем референдума. В основе верховенства закона, принятого путем референдума, лежит тот конституционный принцип, согласно которому власть в Республике Армения принадлежит народу. Народ осуществляет свою власть путем свободных выборов, референдумов, а также через должностных лиц государственных органов и органов местного самоуправления, предусмотренных Конституцией. В то же время, верховенство закона, принятого референдумом, не абсолютна. Так, согласно п.2 ч.1 ст. 5 Конституционного закона РА «О Референдуме», не подлежат референдуму те законопроекты, которые относятся к предмету регулирования конституционного закона, государственному бюджету, налогам, податям, остальным обязательным платежам, амнистии, государственной обороне и безопасности, международным договорам, административному территориальному делению, созданию межобщинных объединений, составу, структуре и порядку деятельности Правительства.

Если законом, принятым на референдуме, регулируются такие вопросы, которые, например, касаются административно-территориального деления и одновременно противоречат закону, принятому Национальным собранием РА, то в этом случае должен действовать последний, так как вопросы административно-территориального деления не подлежат вынесению на референдум⁹¹⁰.

⁹¹⁰ В части 6 статьи 9 Закона РА «О правовых актах» было закреплено, что все иные законы РА в сфере правоотношений, регулируемых кодексом, должны соответствовать кодексу. В Законе РА «О нормативно-правовых актах» 2018 г. нормы об обладании высшей юридической силой кодифицированными актами не предусмотрено. Дело в том, что и кодексы, и остальные законы принимаются одними и теми же органами в одинаковом порядке, а потому нет какой-либо причины давать высшую юридическую силу кодексам (см. Петров А.А., Шафиров В.М. Предметная иерархия нормативных правовых актов. М.: Проспект, 2014). Кроме того, согласно ч. 2 ст. 27 Закона РА «О нормативно-правовых актах» 2018 г. запрещено предусматривать нормативным правовым актом норму, закрепляющую приоритет в отношении иных нормативных правовых актов, имеющих равную юридическую силу. После принятия данной нормы необходимо признать утратившим силу положение ч.1 ст. 1 ГК РА, а именно: «Нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать настоящему Кодексу». То же самое относится и к аналогичному положению УПК РА: «Правовые нормы уголовного судопроизводства, содержащиеся в иных законах, должны соответствовать настоящему Кодексу» (абз.2 ч.1 ст. 1 УПК РА). Вместо подобных норм можно было бы предусмотреть в законе РА «О нормативно-правовых актах» положение, закрепляющее правило отраслевого (предметного) приоритета.

3.6. Коллизии между законными и подзаконными нормативно-правовыми актами и их разрешение

Специальными нормами Конституции РА предусмотрено, что подзаконные нормативно-правовые акты принимаются автономными органами, Правительством РА, членами Правительства РА, Высшим судебным советом РА, старейшинами общин, Центральным банком РА, Центральной избирательной комиссией РА, Национальной комиссией по телевидению и радио РА.

Согласно ч.1 ст. 2 Закона РА «О нормативно-правовых актах», подзаконные нормативно-правовые акты принимаются на основе Конституции РА и законов (законодательных актов) с целью обеспечения их реализации. Из этой нормы можно сделать вывод, что в случае возникновения коллизии между законодательным и подзаконным нормативно-правовым актом будет действовать законодательный акт.

3.7. Коллизии между подзаконными нормативно-правовыми актами и их разрешение.

Закон РА «О нормативно-правовых актах» не регулирует иерархию подзаконных нормативно-правовых актов, на основании чего можно было бы, применив правило *Lex superior*, разрешать коллизии, возникающие между подзаконными нормативно-правовыми актами.

С одной стороны, общеизвестно, что постановление Правительства РА обладает высшей юридической силой по сравнению с нормативно-правовыми актами Премьер-министра РА и министров РА, в свою очередь, нормативно-правовой акт Премьер-министра РА обладает высшей юридической силой по сравнению с нормативно-правовыми актами министров РА; с другой стороны, сложно понять иерархию между подзаконными нормативно-правовыми актами старейшины общины, избранного населением, и министра РА, назначаемого Президентом РА.

Действительно ли в случае возникновения коллизии между нормативно-правовыми актами, принятыми Министром РА и старейшиной общины в пределах своей компетенции, акт органа исполнительной власти обладает высшей юридической силой по сравнению с актом избранного населением старейшины общины? Без какого-либо законодательного регулирования на этот вопрос даже теоретически трудно ответить.

В условиях отсутствия законодательного регулирования иерархии подзаконных нормативно-правовых актов, необходимо руководствоваться правилами разрешения коллизий, возникающих между нормативно-правовыми актами, обладающими равной юридической силой, кроме тех коллизий, которые возникают между правовыми нормами, принятыми органами исполнительной власти.

4. Коллизии нормативно-правовых актов, имеющих равную юридическую силу и их решение

4.1. Общие положения

Противоречия нормативных правовых актов, имеющих равную юридическую силу, решаются на основе различных коллизионных норм (*Lex posteriori*, *Lex specialis* и т.д.), большая часть которых закреплена в законе РА «О нормативных правовых актах».

4.2. Коллизии между ранее и позднее вступившими в силу нормативно-правовыми актами и их разрешение

Согласно п.3 ч.1 ст. 40 Закона РА «О нормативно-правовых актах» 2018 г., при возникновении коллизии между нормативно-правовыми актами применяется та правовая

норма, которая вошла в силу раньше (подобного рода норма также была предусмотрена в ч. 3 ст. 24 Закона РА «О правовых актах» от 2002 г.). Армянские юристы в течение этих лет неоднократно отмечали, что положение, закрепленное в части 3 статьи 24 закона РА «О правовых актах» 2002 года, противоречит принципу *lex posterior derogat legi prior* (позднейшим законом отменяется более ранний), известному еще в римском праве и закрепленному в правовых доктринах и нормативно-правовых актах многих государств. Сохранение данного принципа в течение веков свидетельствует о его важности и аксиоматическом характере⁹¹¹.

Мы были уверены, что в новом законе «О нормативно-правовых актах» указанная ошибка будет исправлена, но наши прогнозирования в этом вопросе не стали реальностью. В пункте 3 части 1 статьи 40 закона РА «О нормативно-правовых актах», принятом в 2018 году, сохранилось вышеприведенное спорное положение. Таким образом, законодатель РА во второй раз повторил одну и ту же ошибку и закрепил положение о том, что в случае противоречия старого и нового закона, предпочтение следует отдавать старому. Национальное собрание РА только в 19.04.2021г. внесло изменение в подпункте 3 части 1 статьи 40 закона РА «О нормативно-правовых актах» и установило, что в случае возникновения коллизий между нормами применяются нормы нормативно-правового акта, вступившего в силу позднее. Таким образом, этим законодательным изменением была закреплена коллизионная норма *lex posterior*.

4.3. Коллизии между разными частями одного и того же правового акта и их решение

В случае коллизии общей и особенной частей одного и того же правового акта, действуют положения общей части («п. 2 ч. 1 ст. 40 Закона РА «О нормативно-правовых актах». Прежде чем применить данное коллизионное правило необходимо выяснить выделены ли в структуре данного закона общая и особенная части. Например, в УПК РА, принятом в 2021 году, в отличие от УПК РА от 1998 года, общая и особенная части технически не выделены, поэтому в случае УПК РА от 2021г. указанное коллизионное правило не применимо.

Предпочтение, отданное законодателем общей части нормы в случае коллизии между общей и специальной частями одного и того же правового акта, объясняется тем, что принципы и другие положения, имеющие фундаментальное значение и выражающие сущность определенной отрасли права, отражены именно в общей части нормативно-правового акта.

Необходимо отграничивать коллизионную норму, разрешающую противоречие между общей и специальной частями одного и того же правового акта, от нормы, разрешающей конкуренцию общей и специальной норм.

Как уже отмечалось выше, согласно ст. 40 Закона РА «О нормативно-правовых актах», при возникновении противоречия между общей и специальной нормами действует специальная норма (*Lex specialis*), а в случае коллизии между общей и специальной частями одного и того же правового акта, действует положение общей части правового акта.

При сопоставлении данных коллизионных норм, становится ясно, что коллизионная норма *Lex specialis* может применяться в следующих случаях:

- 1) если нормативно-правовой акт не подразделен на общую и специальную части;

911 Купелянц Г. Разрешение противоречий между вступившими в силу ранее и позже правовыми нормами в РА // Законность. – Ер., 2007. №39, С. 49-52; Гамбарян А.С. Коллизионное правило «*lex posterior*» в армянском праве // Вестник Российского университета дружбы народов. 2020. т. 24. № 4. Стр. 1224-1239

2) если нормативно-правовой акт разделен на общую и специальную части, и противоречащие (вернее конкурирующие) общие или специальные нормы закреплены одновременно либо в общей, либо в специальной части.

Если теоретически предположить, что специальная норма закреплена в специальной части закона, а общая норма - в общей части, то в случае возникновения между ними коллизии действует не коллизионная норма *Lex specialis*, а коллизионная норма, отдающая предпочтение норме общей части нормативно-правового акта; т.е. применяется не специальная норма, а общая норма, закреплённая в общей части.

4.4. Противоречие между нормативно-правовыми актами, имеющими равную юридическую силу в сфере отношений между органами публичной власти и физическими (юридическими) лицами и их разрешение

В случае коллизии между нормами нормативно-правового акта применяется норма нормативно-правового акта более благоприятного для физических и юридических лиц, если применение данной нормы не затрагивают права и законные интересы других лиц (п. 4.ч. 1 ст. 40 Закона РА «О нормативных правовых актах» 2018 года).

Коллизионную норму «Приоритет наиболее благоприятной для человека нормы» можно применить только при наличии следующих условий:

Во-первых, противоречащие друг другу нормы относятся с одной стороны органу публичной власти, а с другой стороны физическому лицу. Например, Решением Кассационного суда РА от 23.07.2010 г. в разрешении противоречия ч. 3 ст.290 и ч.3 ст. 185 УПК РА, основываясь аналогичной коллизионной нормой, изложенное в ч. 7 ст. 24 Закона РА «О правовых актах» 2002 года, дал предпочтение ч. 3 ст. 290 УПК РА, где предусмотрен месячный срок обжалования, так как она более предпочтительна для граждан, чем ч. 3 ст. 185, которая предусматривает 7 дневной срок обжалования⁹¹². В данном случае, суд является одной из сторон в правоотношениях обжалования, а с другой стороны выступает обвиняемый, приносивший жалобу (физическое лицо). В то же время следует констатировать, что в данном примере ситуация ухудшится, если судебный акт обжалует потерпевший на основании смягчения наказания. Дело в том, что обжалование затрагивает интересы обвиняемого.

Во-вторых, выбранная норма, основанная на коллизионном правиле, не должна затрагивать права и законные интересы физического лица, не являющегося непосредственной стороной правоотношений. Данное условие «приоритет наиболее благоприятной для человека нормы» не может быть применено, если выбранная норма непосредственно затрагивает права и законные интересы другого лица (не являющегося стороной правоотношений). Например, нормы, регулирующие отношения между Министерством и частным лицом. А в сфере строительства зданий, противоречат друг другу (одна из противоречивых норм является благоприятной нормой для А), но норма, регулирующая деятельность Министерства также напрямую связано с правом собственности частного лица Б. В этом

912 Кассационный суд РА в постановлении от 04.03.2011 г. обратился к следующему вопросу: может ли постановление Правительства РА быть применено и иметь верховенство над законом, если оно устанавливает более благоприятные условия для лица? По указанному делу Кассационный суд РА решил, что основой решения коллизий правовых норм является принцип верховенства закона. Правило применения предпочитаемого для лица правового акта относится к нормативно-правовым актам, имеющим равную юридическую силу, или их частям. В таких условиях Кассационный суд установил, что предусмотренное в статье 2-й закона РА «О налогах» правило применения норм, установленных законодательством в пользу налогоплательщиков, также должно быть применено на основании принципа верховенства закона, следовательно, постановление правительства РА не может иметь верховенство над законом, даже если этим актом установлены более благоприятные условия для лица

случае коллизионная норма «Приоритет нормы наиболее благоприятного для человека» не применима, поскольку норма относительно деятельности Министерства напрямую затрагивает также интересы физического лица Б. Если применить коллизионную норму «приоритет наиболее благоприятной для человека нормы» и дать предпочтение норме более благоприятной для лица, этим будут ущемлены интересы лица Б.

Коллизионная норма «приоритет наиболее благоприятной для человека нормы» может применяться только в правоотношениях публичного права «органы публичной власти - частное лицо», поскольку данной коллизионной нормой уравнивается не равное положение органов публичной власти и физического лица. Коллизионная норма «приоритет наиболее благоприятной для человека нормы» не применима в сфере частного права, в правоотношениях «органы публичной власти - частное лицо», так как они регулируются диспозитивным методом, в основе которого лежит разрешительный тип правового регулирования. В частных правоотношениях стороны равны и могут делать все, что не запрещено законом, и, следовательно, не имеет никакого значения, кем являются стороны в частных правоотношениях: государство, орган местного самоуправления, юридическое лицо или физическое лицо. Таким образом, если возникает противоречие между двумя нормами частного права, то коллизионная норма «приоритет наиболее благоприятной для человека нормы» не применима, даже если в частных правоотношениях одной из сторон является государство.

В теории есть мнение о том, что эта коллизионная норма принципиально не может действовать не только в частном праве, но и в публичном, так как законодатель предоставляет права и привилегии одной группе лиц неизбежно в счет прав и привилегий других лиц. Следовательно, сложно представить другой случай, когда применением благоприятной для одного лица нормы не затрагиваются интересы иных лиц⁹¹³.

Во-первых, в сфере публичного права возможны случаи, когда противоречащие друг другу правовые нормы не затрагивают интересы физических или юридических лиц, и одна из этих норм более благоприятна для лица, чем другая. Предположим, одной нормой УПК РА для продления срока заключения под стражу установлен максимальный размер в один месяц, а другой нормой двухмесячный срок. В этом случае норма о продлении срока заключения под стражу непосредственно не затрагивает интересы иных частных лиц (за исключением тех случаев, когда заключение под стражу применялось в качестве обеспечения безопасности потерпевших), а для обвиняемого благоприятна норма о продлении срока заключения под стражу одним месяцем.

Более того, в отдельных конституционных системах для разрешения коллизий уголовно-правовых норм предусмотрена специальная норма, согласно которой в случае конфликта уголовно-правовых норм (коллизии - автор) необходимо применять норму, благоприятную для обвиняемого (статья 139 Политической Конституции Перу от 1993 года)⁹¹⁴.

Во-вторых, в судебной практике данная коллизионная норма уже применялась. Так, Административный апелляционный суд РА по делу номер АС/2041/05/20 обсудил вопрос о том, может ли коллизионная норма «о первостепенности нормы, более благоприятной для человека» применяться в тех случаях, когда для обращения государственного органа или органа местного самоуправления в суд установлены противоречащие друг другу

913 Оганнисян Г. Общая юриспруденция и юридическая методология. Ер., 2020, стр. 144. (на армянском языке)

914 Политическая Конституция Перу от 1993 года. https://www.congreso.gob.pe/Docs/files/CONSTITUTION_27_11_2012_ENG.pdf

сроки. Так, статьей 193 АПК РА установлены противоречащие друг другу сроки для обращения государственными органами и органами местного самоуправления или их должностными лицами в административный суд с делами об оспаривании правомерности нормативно-правовых актов.

Законодатель в одной норме установил четырехмесячный срок для обращения в суд органами местного самоуправления, а в другой норме отметил, что право органов местного самоуправления на обращение в суд никаким сроком не ограничено. В данном случае возникает вопрос: при обращении в Административный суд РА какой нормой должен руководствоваться заявитель. Может ли присутствующее в правовом акте противоречие стать основанием для ограничения права обращения в суд. Административный суд РА в решении 11.06.2020г. по делу АС/2041/05/20 разрешил противоречие процессуальных норм на основании коллизионной нормы, установленной в пункте 4 части 1 статьи 40 закона РА «о нормативно-правовых актах». Протицируем несколько суждений Административного апелляционного суда РА из судебного акта.

суды при толковании и применении спорного положения (суд имеет ввиду наличие противоречащих друг другу норм - автор) должен руководствоваться требованиями статьи 3 Конституции РА и гарантировать эффективную реализацию основного права на судебную защиту. (...) Главнейшей проблемой в данном случае является не определенность правовых норм, а культура равноценного раскрытия их смысла, формирование соответствующей правоприменительной практики и недопустимость нарушения права обращения в суд, обусловленная неопределенностью.

Согласно части 3 статьи 4 закона РА «О местном самоуправлении», община является юридическим лицом публичного права, а согласно статье 74 Конституции РА, основные права и свободы распространяются также на юридических лиц постольку, поскольку эти права и свободы по своему характеру применимы по их отношению. В результате вышеизложенного Административный апелляционный суд РА констатирует, что община тоже пользуется всеми правами, которыми наделено юридическое лицо, в том числе правом обращения в суд.

В АПК РА наличествует противоречие, которое касается обращения в суд одним и тем же лицом. То есть, разными нормами были установлены разные сроки для обращения в суд одним и тем же лицом. В указанном случае имеющееся противоречие не может быть истолковано таким образом, в результате которого нарушилось бы право заявителя (в данном случае не является существенным: заявитель является частным лицом, административным органом или органом местного самоуправления - общиной). Наличие двух мнений, двух правовых норм регулирований одного вопроса не должно толковаться во вред заявляющему в суд лицу и стать основанием для ограничения его прав. Указанное прямо нарушает право на справедливое судебное разбирательство заявителя, в данном случае общины Ванадзор, что недопустимо и противоречит Конституции РА.

5. Коллизии правовых норм, содержащихся в различных источниках права, и их разрешение

5.1. Общие положения

В литературе всесторонне обсуждались вопросы разрешения коллизий международных договоров и нормативных правовых актов государства, поэтому в данном параграфе мы представим один из наименее изученных вопросов: коллизии между актами органов ЕАЭС и нормативные правовые акты Республики Армения.

5.2. Коллизии между нормативными правовыми актами органов Евразийского экономического союза и нормативными правовыми актами Республики Армения

5.2.1. Действие актов органов ЕАЭС в соответствии с договорами ЕАЭС.

В вопросе разрешения коллизий между нормативными актами органов ЕАЭС и нормативными правовыми актами РА принципиальное значение имеет вопрос о том, применяются ли акты органов ЕАЭС непосредственно в Республике Армения или вводятся в действие посредством актов государственных органов РА.

Согласно ч. 1 ст. 6 Договора о ЕАЭС:

«Решения Высшего Евразийского экономического совета и Евразийского межправительственного совета подлежат исполнению государствами-членами в порядке, предусмотренном их национальным законодательством.»

Есть два замечания относительно этого положения.

Во-первых, норма оговаривает условие выполнения решений Высшего Евразийского экономического совета и Евразийского межправительственного совета «в порядке, установленном национальным законодательством», что позволяет сделать вывод о предоставлении Договором о ЕАЭС возможности государствам-членам определять порядок реализации решений этих органов ЕАЭС. Государство может по своему усмотрению определить, что решения этих органов имеют прямое действие на их территории или приводятся в исполнение государственными нормативными правовыми актами⁹¹⁵[17].

Во-вторых, условие, содержащееся в обсуждаемом положении, касается только выполнения решений Высшего Евразийского экономического совета и Евразийского межправительственного совета. Условие «в соответствии с национальным законодательством» не распространяется на выполнение решений Евразийской экономической комиссии (далее — ЕЭК).

Более того, в п. 13 Приложения 1 к Договору о ЕАЭС прямо упоминается непосредственное применение решений ЕЭК: «Решения Комиссии входят в право Союза и подлежат непосредственному применению на территориях государств-членов».

В этой связи следующая формулировка, обозначенная в консультативном заключении Суда Евразийского экономического союза (далее — Суд ЕАЭС) от 10.07.2018, неприемлема: «В отношении наднациональных актов Союза установлено правило непосредственного их применения»⁹¹⁶. Общая формулировка Суда ЕАЭС о непосредственном применении актов Союза создает впечатление о наличии прямого действия актов всех органов ЕАЭС. Между тем п. 13 Приложения 1 к Договору о ЕАЭС говорит только о непосредственном применении решений ЕЭК.

Таким образом, государства-члены ЕАЭС определяют порядок реализации решений Высшего Евразийского экономического совета и Евразийского межправительственного совета в соответствии с национальным законодательством, в то время как государства-члены не имеют дискреционных полномочий в вопросе применения нормативных актов ЕЭК. Нормативные акты ЕЭК имеют прямое действие на территории государства-члена.

915 Более того, законодательством РА такая процедура не предусмотрена.

916 Консультативное заключение Суда Евразийского экономического союза от 10.07.2018 «По заявлению Республики Беларусь о разъяснении положений Договора о Евразийском экономическом союзе от 29.05.2014». [Электронный ресурс]. - режим доступа: <https://legalacts.ru/doc/konsultativnoe-zakliuchenie-suda-evraziiskogo-ekonomicheskogo-soiuza-ot-10072018-po/> (дата обращения: 10.08.2020).

5.2.2. Применение (действие) актов органов ЕАЭС согласно нормативным актам РА

Ст. 2 Договора о присоединении Республики Армения к Договору о Евразийском экономическом союзе от 10.10.2014 г. предусматривает: «С даты вступления в силу настоящего Договора акты органов Союза такие, как решения Высшего Евразийского экономического совета (Межгосударственный совет Евразийского экономического сообщества (Высший орган Таможенного союза)), решения Евразийской экономической комиссии (Таможенного союза), вступившие в силу со дня вступления в силу настоящего Соглашения, применяются на территории Республики Армения...».

В отличие от п. 13 Приложения 1 к Договору о ЕАЭС ст. 2 Договора о присоединении Республики Армения к Договору о Евразийском экономическом союзе обычно касается применения решений органов Союза, но неясно, является ли это непосредственным или опосредованным применением решений.

Ст. 24 Закона РА «О нормативных правовых актах» предусматривает (до вступления в силу Закона ՀՕ-175-Ն от 30.04.2021), что правовые акты нормативного характера Евразийской экономической комиссии вводятся в действие законами РА или решениями Правительства РА. То есть, согласно предусмотренному положению, нормативные акты ЕЭК подлежат повторному утверждению, что предусмотрено любым нормативным правовым актом, входящим в правовую систему РА.

Чем обусловлен выбор опосредованного применения нормативных актов ЕЭК властями РА в 2018-2021 годах? Бывший заместитель министра юстиции РА (17.10.2016-22.03.2019) А. Оганесян отметил: «Нормативные акты Евразийской экономической комиссии не могут напрямую применяться в Республике Армения без внесения изменений в Конституцию, это будет противоречить статьям 5-6 Конституции. Поэтому действующий Закон «О нормативных правовых актах» предусматривает инструментарий для реализации этих актов постановлением Правительства. Он решает два вопроса: во-первых, эти акты занимают горизонтальное положение подзаконного нормативного акта в правовой иерархии Республики Армения, а во-вторых, предоставляется возможность оспорить акты в случае возникновения вопроса о законности»⁹¹⁷.

Сторонником вышеупомянутого подхода является также Т. Маркосян, который отмечает: «Озабоченность вызывает вопрос о месте нормативных правовых актов наднациональных международных организаций в системе национальных нормативных правовых актов. Дело в том, что статья 5 Конституции предусматривает исчерпывающий перечень нормативных правовых актов (Конституция, конституционный закон, закон и подзаконный акт) и их определенную иерархию. В результате непосредственное применение решений Евразийской экономической комиссии приведет к тому, что они будут вне этого списка, также не будет ясно место этих актов в иерархии нормативных правовых актов»⁹¹⁸ [17].

Сторонники данного подхода, считая, что ст. 5 Конституции РА призвана зафиксировать исчерпывающий перечень нормативных правовых актов (Конституция, конституционный закон, закон, подзаконные акты), приходят к выводу, что нормативные акты ЕЭК находятся вне перечня нормативных правовых актов. Поэтому непосредственное применение актов допускается только в случае внесения конституционных изменений.

917 Из речи Оганесяна А. от 15.02.2021

918 Маркосян Т., Сантросян А. Проблемы применения нормативных правовых актов органов Евразийского экономического союза в Республике Армения // Научный Арцах. 2021. № 1 (8), С. 93-96. (на арм. языке).

До 2021 года законодательное регулирование и его теоретическое обоснование были весьма спорными. Г. Даниелян отметил, что при разработке концепции конституционных реформ и проекта поправок 2015 года часто поднимался вопрос о необходимости рассмотрения в проекте правовых актов органов, действующих на основе международных договоров, в частности, признания их составной частью национальной правовой системы. При этом ученый отмечает, что, по его мнению, нет необходимости в признании такого правового акта в качестве непосредственно применимого компонента внутренней правовой системы, а только в качестве основы для принятия соответствующих национальных правовых актов. Причем в одном случае может быть принят нормативный акт, в другом - индивидуальный правовой акт⁹¹⁹.

Во-первых, на каком основании делается попытка найти место нормативным актам органов наднациональной международной организации в системе нормативных правовых актов государственных органов РА? Место актов органов международных наднациональных организаций следует искать не в системе национального законодательства (нормативных правовых актах), а в общей системе официальных источников (форм) права РА.

Во-вторых, ст. 5 Конституции РА перечисляет виды нормативных правовых актов (Конституция, конституционный закон, закон, подзаконный акт), но эти слова, с точки зрения предмета регулирования приведенной статьи, не содержат важную информацию. Цель данной статьи (предмет регулирования) заключается в предусмотрении мер по разрешению вертикальных коллизий между перечисленными в статье нормативными правовыми актами, а не представлении системы нормативных правовых актов.

Конституционный Суд РА, проверивший конституционность положений вышеупомянутого международного договора, в рамках решения ПКС-1175 от 14.11.2014 г., не заявил о неконституционности непосредственного применения нормативных актов ЕЭК. Более того, Конституционный Суд РА отметил: «Республика Армения обязуется применять на своей территории акты органов Союза со дня вступления в силу Договора, а также решения Высшего Евразийского экономического совета (решения Межгосударственного совета Евразийского экономического сообщества, Евразийской экономической комиссии (Комиссии Таможенного союза)) с учетом положений Приложения 3 к Договору»⁹²⁰.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что Конституционный Суд РА косвенно признал конституционность положения о непосредственном применении нормативных актов ЕЭК, поэтому ни один орган исполнительной власти не может выдвигать противоположное утверждение или предположение при разработке законодательной политики.

В-третьих, регулирование, предусмотренное предыдущей редакцией ст. 24 Закона РА «О нормативно-правовых актах», существенно противоречило положениям упомянутых соглашений о непосредственном применении актов органов ЕАЭС.

Кроме того, в соответствии со ст. 24 Закона РА «О нормативно-правовых актах» юридическая сила нормативных актов ЕЭК приравнивалась соответственно к юридической силе закона РА или решения Правительства РА. Получается, к примеру, при противоречии закону РА, нормативный акт ЕЭК, вступивший в силу посредством постановления Правительства РА, не может применяться на территории Республики Армения. В таком случае возникает во-

919 Даниелян Г. Правовое значение решений органов ЕАЭС в отечественной правовой системе // Материалы конференции профессорско-преподавательского состава юридического факультета ЕГУ. Ер.: 2016. С. 77-78 (на арм. языке).

920 Решение Конституционного суда РА ПКС-1175 от 14.11.2014 г.: <https://www.arlis.am/documentview.aspx?docID=93758> (дата обращения: 11.08.2020)

прос: как Республика Армения будет выполнять обязательство по применению нормативных актов ЕЭК на территории Республики Армения, предусмотренное Договором о присоединении Республики Армения к Договору о Евразийском экономическом союзе от 10.10.2014 г.?

В-четвертых, правовая практика также была направлена в том направлении, что нормативные акты ЕЭК применяются непосредственно на территории Республики Армения без инкорпорации в нормативные правовые акты РА.

В-пятых, введение в действие нормативных актов органов ЕАЭС посредством законов или подзаконных актов РА предоставляет возможность оспаривания законов или подзаконных актов РА, вводящих в действие эти акты, в Конституционном и Административном судах, т.е. нормативные акты органов ЕАЭС будут оспариваться в судебном порядке под видом оспаривания нормативного правового акта. Между тем существует Суд ЕАЭС для обжалования актов органов ЕАЭС. Введение актов органов ЕАЭС в действие нормативными актами РА создаст конфликтные ситуации между национальными судами и Судом ЕАЭС.

Вышеупомянутые обстоятельства свидетельствуют о том, что законодательное регулирование введения в действие нормативных актов ЕЭК через нормативные акты государственных органов РА было весьма противоречивым. Исходя из указанных обстоятельств, в 2019 году Правительство РА инициировало внесение законодательных изменений в ст. 24 Закона РА «О нормативно-правовых актах». Авторы проекта, анализируя Договор о ЕАЭС и положения Договора о присоединении Республики Армения к Договору о Евразийском экономическом союзе от 10.10.2014 г., в обосновании проекта обозначили следующее: «В силу международных обязательств решения ЕЭК подлежат обязательному исполнению в Армении, нет необходимости принимать отдельный акт об их вступлении в силу. Необходимо лишь обеспечить доступность упомянутых решений для общественности, своевременно переводя их и публикуя»⁹²¹.

19 апреля 2021 года Национальное Собрание РА приняло закон ՅՕ-175-Ն (вступил в силу 30 апреля 2021 года), которым в ст. 24 Закона РА «О нормативно-правовых актах» определены следующие нормы:

Во-первых, нормативные акты ЕЭК в соответствии с международным договором о Евразийском экономическом союзе имеют непосредственное действие на территории Республики Армения.

Во-вторых, в соответствии с ч. 2 ст. 110 Договора о ЕАЭС нормативные акты ЕЭК после перевода направляются для публикации в компетентный орган, назначенный Правительством⁹²².

Административный апелляционный суд РА пришёл к выводу, что в данном случае есть столкновение коллизионных норм⁹²³, но данное столкновение каким-либо образом не может толковаться во вред заявителю – общины Ванадзор, т.к. в данном случае оспариваемый нормативно-правовой акт прямо не затрагивает права или законные интересы иных лиц и касается реализации права судебной защиты. (...) В рамках данного дела

921 «Нормативно-правовые акты О внесении изменений и дополнений в закон» [Электронный ресурс]. – <https://www.e-draft.am/projects/2496/about> (дата обращения: 25.09.2020).

922 При определении политики применения нормативных актов органов ЕАЭС нельзя игнорировать подходы, принятые другими государствами-членами ЕАЭС.

923 В контексте обсужденном судом формулировка «столкновение коллизионных норм» порождает вопросы, в частности, о каком столкновении коллизионных норм идет речь? Если речь идет о столкновении (точнее, столкновении) коллизионных норм, перечисленных в статье 40 закона РА «О нормативно-правовых актах», то Суд должен был отметить какие коллизионные нормы столкнулись в целях разрешения данной правовой коллизии.

речь идет исключительно о реализации прав заявителя обращения в суд, справедливого судебного разбирательства, доступности суда, следовательно, разговоры о нарушении прав иных лиц в данном случае беспредметны.

5.2.3. Нормативные правовые акты РА и органов ЕАЭС

(1) Основные положения.

Ст. 5 Конституции РА, Закон РА «О нормативно-правовых актах» не предусматривают коллизионных норм *lex superior* для разрешения коллизий между нормативными актами органов ЕАЭС и Конституцией РА или законами.

До законодательного закрепления приведенных правил разрешения коллизий судебные органы РА должны сформулировать коллизионные каноны, с помощью которых можно будет разрешить обсуждаемые коллизии.

(2) Коллизионное правило *lex superior*.

(а) Нормативные акты органов ЕАЭС и Конституция РА.

Конституция РА не определяет коллизионную норму, которой следует отдавать предпочтение в случае возникновения коллизии между нормативными актами органов наднациональных международных организаций и Конституцией. Этот пробел в какой-то мере восполнен Конституционным Судом РА, в решении ПКС-1175 от 14.11.2014 г. которого установлено следующее: «Для Армении действие решений наднациональных органов возможно только в рамках соблюдения Конституции РА. Любое решение, принятое наднациональным органом с участием Республики Армения, не соответствующее этому требованию, не применяется в Республике Армения. А при соблюдении этих требований не могут возникнуть проблемы неконституционности сотрудничества Республики Армения с той или иной региональной или международной организацией. Это в полной мере относится к рассматриваемому Договору и международным обязательствам по нему»⁹²⁴.

Из этого решения Конституционного Суда РА можно сделать несколько выводов:

Во-первых, в решении Конституционного Суда РА говорится о запрете применения на территории РА актов органов ЕАЭС, противоречащих Конституции РА. Тот факт, что акты органов ЕАЭС не применяются в конкретном случае на том основании, что они противоречат Конституции РА, не означает, что они признаны неконституционными и недействительными. Согласно действующему законодательству, органы РА не обладают полномочиями признавать недействительными акты органов ЕАЭС.

В соответствии со ст. 168 Конституции РА акты наднациональных международных организаций не входят в перечень объектов конституционного контроля. Нормативные акты органов ЕАЭС непосредственно не могут стать объектом судебного конституционного контроля.

Во-вторых, адресатами запрета на применение противоречащих Конституции актов ЕАЭС являются не только суды РА, но и другие правоприменительные органы, в том числе административные. Если правоприменительный орган, при рассмотрении конкретного дела, обнаруживает нормативный акт органа ЕАЭС, который противоречит Конституции РА, то он не уполномочен руководствоваться нормативным актом ЕАЭС.

(b) Нормативные акты органов ЕАЭС и законы РА.

В судебной практике РА уже наблюдались случаи возникновения противоречий между нормативными актами органов ЕАЭС и законами РА. Так, в соответствии с параграфом

⁹²⁴ Решение Конституционного суда РА УН-1175 от 14.11.2014 г.: <https://www.arlis.am/documentview.aspx?docID=93758> (дата обращения: 10.08.2020)

15 ст. 158 Кодекса РА об административных правонарушениях (далее — КоАП РА): «Продажа любых пищевых продуктов, не являющихся детскими молочными смесями для детей младше 6-ти месяцев: влечет назначение штрафа — в трехсоткратном размере установленной минимальной заработной платы». Между тем, Комиссия Таможенного союза посчитала, что смеси для детей младше 6 месяцев *Semper*, *Heinz*, *Humana* соответствуют стандартам безопасности пищевых продуктов, установленным техническими регламентами Таможенного союза⁹²⁵. Вышесказанное свидетельствует об отсутствии возрастных ограничений на каши для детского питания в ЕАЭС. Республика Армения, как государство-член ЕАЭС, руководствуется последними актами, решениями Высшего Совета, одним из которых является Генеральный реестр Евразийской экономической комиссии. Получается, что с одной стороны КоАП РА запрещает продажу любого детского питания, не являющегося молочной смесью, с другой стороны, выдав сертификаты на эти продукты, ЕЭК разрешает их обращение в ЕАЭС.

Как разрешить сложившуюся коллизионную ситуацию? Административный суд РА обращался к этому вопросу в двух делах. В административном деле № АС/10460/05/19 истец фактически поднял вопрос о противоречии нормативных актов органов ЕАЭС закону РА, однако суд в своем решении от 26.10.2020 г. признал недействительным решение о наложении административного взыскания и не обратился к противоречию между параграфом 15 ст. 158 КоАП РА и актами органов ЕАЭС. Признание административного акта недействительным судом обусловлено наличием процессуальных нарушений при сборе доказательств.

Между тем, во втором деле (АС/10376/05/19) Административный суд РА в своем решении от 28.10.2020 г. в некоторой степени обратились к коллизии, поэтому представим его более подробно. В указанном деле суд отметил: «Комиссия Таможенного союза посчитала, что пищевые продукты, не являющиеся детскими молочными смесями для детей младше 6-ти месяцев, «*Semper*», «*Heinz*», «*Humana*» соответствуют показателям безопасности пищевых продуктов, определенным техническим регламентом Таможенного союза, что свидетельствует об отсутствии запрета на их ввоз и (или) продажу на территории Республики Армения по смыслу ранее приведенных норм. В соответствии с вышеупомянутыми нормами международного договора, ратифицированного Республикой Армения, государство обязалось обеспечить оборот продукции, соответствующей техническим регламентам Таможенного союза, без предъявления дополнительных требований помимо требований к этой продукции, следовательно, реализация продажи детского питания, не являющегося молочной смесью, не могла повлечь административную ответственность по ст. 158 КоАП РА»⁹²⁶.

Данное решение суда не имеет рационального юридического обоснования. Судья, осознавая требование выполнения международных обязательств, на интуитивном уров-

925 Согласно сертификату Евразийской экономической комиссии № RU.77.99.19.005.E.045392.11.11 от 22.01.2016 каша «*Semper*» предназначена для детей старше 5 месяцев.

Согласно сертификату Евразийской экономической комиссии № RU.77.99.19.005.E.035308.09.11 от 25.01.2016 каша «*Semper 1*» предназначена для детей с 6-месячного возраста.

Согласно сертификату Евразийской экономической комиссии № RU.77.99.26.005.E.0297774.08.11 от 22.01.2016 каша «*Humana expert 1*» предназначена для детей с 6-месячного возраста.

926 Решение Административного суда РА ЧН/10376/05/19 от 28.10.2020 г.: http://www.datalex.am/?app=AppCaseSearch&case_id=38562071809360039 (дата обращения: 10.08.2020)

не решил, что параграф 15 ст. 158 КоАП РА не может повлечь ответственность за продажу товаров, разрешенных ЕЭК, на территории Республики Армения.

Во-первых, Административный суд РА (далее — Суд) явно (прямо) не указал в решении, что имело место несоответствие между нормативными актами ЕЭК и параграфом 15 ст. 158 КоАП РА, поэтому можно предположить, что Суд в рамках данного дела не заметил никакого противоречия между актами ЕЭК и ст. 158 КоАП РА (хотя наличие такого противоречия очевидно)⁹²⁷. С другой стороны, если Суд не обнаружил противоречия между правовыми нормами в этом деле, то почему он сослался на коллизионную норму, закрепленную в ч. 3 ст. 5 Конституции РА.

Конечно, можно сказать, что Суд интерпретировал параграф 15 ст. 158 КоАП РА в данном деле в ограниченном объеме и решил, что этот запрет не распространяется на продажу детских товаров, разрешенных актами ЕЭК. Можно было бы согласиться с ограничительным толкованием параграфа 15 ст. 158 КоАП РА, если бы запрет в п. 15 ст. 158 КоАП РА не был сформулирован столь категорично: «запрещается (...) продажа любых пищевых продуктов (...)»⁹²⁸.

Во-вторых, в мотивировочной части этого решения Суд сослался на ч. 3 ст. 5 Конституции РА и сделал следующее заключение: «Международные договоры, ратифицированные Республикой Армения, являются неотъемлемой частью правовой системы Республики Армения, и с точки зрения ее положения в иерархии национальных правовых актов международные договоры, ратифицированные Республикой Армения, имеют приоритет в случае противоречия между международными договорами и национальными правовыми актами»⁹²⁹.

Ссылка на ч. 3 ст. 5 Конституции РА в мотивировочной части решения Суда является спорной. Суд мог бы сослаться на коллизионную норму, если бы четко обозначил правовую коллизию между нормативными актами ЕЭК и параграфом 15 ст. 158 КоАП РА. Однако Суд не констатировал наличие юридической коллизии. Следовательно, ссылка на коллизионную норму становится беспредметным.

Даже если предположим, что Суд косвенно (имплицитно) констатировал наличие коллизии между актами ЕЭК и параграфом 15 ст. 158 КоАП РА, коллизионная норма, закрепленная в ч. 3 ст. 5 Конституции РА, не могла сама по себе разрешить эту коллизию, поскольку данная конституционная норма относится к противоречию между ратифицированными международными договорами и законами РА. Между тем предполагаемая коллизия в данном случае возникла не между международным договором и законом РА, а между нормативным актом органа наднациональной международной организации и законом РА⁹³⁰.

927 Можно предположить, что Суд избежал квалификации данной ситуации в качестве коллизии, поскольку коллизионная норма об урегулировании коллизий между актами ЕАЭС и законами РА не закреплена в позитивном праве РА.

928 Решение Административного суда РА АС/10376/05/19 от 28.10.2020 г.: http://www.datalex.am/?app=AppCase-Search&case_id=38562071809360039 (дата обращения: 10.08.2020)

929 Решение Административного суда РА АС/10376/05/19 от 28.10.2020 г.: http://www.datalex.am/?app=AppCase-Search&case_id=38562071809360039 (дата обращения: 10.08.2020)

930 Административный апелляционный суд РА в решении 16.04.2021г. по делу АС/11023/05/19 указал, что часть 15 статьи 158 КоАП РА противоречит договору «О Евразийском экономическом союзе» постольку, поскольку при соответствии установленным договором «О Евразийском экономическом союзе» и данными на основе указанного договора техническим регламентом Таможенного союза установленным показателям безопасности не установлен

Таким образом, правовая система РА не предусматривает нормы *lex superior* для разрешения коллизий между актами органов ЕАЭС, в том числе актами ЕЭК, и законами РА, однако суды разрешают дела, фактически по разным причинам отдавая предпочтение нормативным актам ЕЭК.

(с) Способы признания коллизионного правила lex superior.

До законодательного закрепления нормы *lex superior* для урегулирования коллизий между нормативными актами органов ЕАЭС и законами РА суды РА должны попытаться решить вопрос путем выбора одного из следующих вариантов не предпринимая искусственные или интуитивные действия:

Вариант первый: суд закрепляет в своем судебном акте самостоятельное коллизионное правило *lex superior*, согласно которому нормативные акты органов ЕАЭС имеют верховенство над законами РА, а в случае такого противоречия применяются нормативные акты органов ЕАЭС. Основным недостатком данного варианта является сложность обоснования действительности (легитимности) источника коллизионного правила, установленного судом.

Вариант второй: в судебном акте посредством правовой фикции правовые свойства нормативных актов органов ЕАЭС приравниваются к международным договорам (По примеру Конституционного Совета Казахстана). Обоснованием закрепления этой юридической фикции является принцип «*pacta sunt servanda*».

Вариант третий: суд констатирует наличие пробела в вопросе разрешения коллизии между нормативными актами органов ЕАЭС и законами РА, поскольку ни ст. 6 Конституции РА, ни решение Конституционного суда ПКС-1175, ни Закон РА «О нормативно-правовых актах» не предусматривают иерархию и коллизионную норму для нормативных актов органов ЕАЭС и законов РА. Далее, руководствуясь ст. 39 Закона РА «О нормативных правовых актах» (применение аналогии права и закона) и разрешая коллизию между нормативными актами органов ЕАЭС и нормативными актами РА, по аналогии применяется ч. 3 ст. 5 Конституции РА.

(3) Компетенционное коллизионное правило

При установлении иерархии нормативных актов органов ЕАЭС и законов РА и приоритета коллизионного правила *lex superior* в рамках законодательства РА, необходимо иметь в виду, что коллизионное правило *lex superior* не может применяться, если органы ЕАЭС приняли нормативный акт, относящийся к исключительной компетенции госу-

запрет продажи и/или импорта детского питания, в том числе предназначенных для четырехмесячных детей и детей более старшего возраста.

Кассационный суд РА не согласился с позицией Административного апелляционного суда и решением от 17.06.2022г. отметил, что договор РА «О присоединении к договору «О Евразийском экономическом союзе» от 29 мая 2014 года не регулирует вопрос разрешения продажи любых продуктов питания, не являющихся детской молочной смесью для 6-месячных детей, а также не предусматривает регулирует порядок их импорта, а также его разрешенность.

Неустановление такого запрета не может само собой привести к тому заключению, что якобы пунктом 3 части 1 статьи 11 закона РА «Об обороте детского питания и поощрении грудного вскармливания детей» не могло предусматриваться запрет продажи товара, не являющийся детской молочной смесью, в качестве детской молочной смеси для 6-месячных детей, а частью 15 статьи 158 КоАП РА – административная ответственность для данного деяния. Следовательно, в обсуждаемом случае отсутствует вопрос о всяком противоречии или несоответствии каких-либо положений договора РА «О присоединении к договору «О Евразийском экономическом союзе» от 29 мая 2014 года» и части 15 статьи 158 КоАП РА. Кассационный суд РА подобную позицию выразил также решением от 07.10.2022г. по делу АС/104003/05/19.

дарств-членов. В подобной ситуации коллизию правовых норм следует разрешать не с помощью канона *lex superior*, а посредством компетенционного коллизионного правила.

Компетенционное коллизионное правило может быть выведено из положений, закрепленных в актах Суда ЕАЭС. Так, в консультативном заключении суда от 10.07.2018 г. говорится: «При соблюдении указанных условий в сферах, относящихся к исключительной компетенции Союза, обеспечивается приоритет права Союза над национальными правовыми актами. Это, в том числе, означает, что по вопросам, переданным на наднациональный уровень регулирования, государства-члены обязаны воздерживаться от принятия национальных правовых актов, противоречащих нормам права Союза»⁹³¹.

Из формулировки решения следует, что право Союза имеет преимущественную силу только в сфере исключительной компетенции ЕАЭС.

В консультативном заключении Суда ЕАЭС от 04.04.2017 г. отмечается: « (...) Эта свобода усмотрения предполагает, что при принятии норм права государства должны находить разумный баланс между развитием своего внутреннего рынка и эффективным функционированием трансграничного рынка, предполагающий, что ни государства-члены, ни органы Союза не должны вторгаться в компетенцию друг друга»⁹³².

Если сферы компетенции органов государств-членов и органов ЕАЭС четко разграничены, и органом ЕАЭС принят нормативный акт по вопросу, входящему в компетенцию органа государства-члена, то такое противоречие должно быть разрешено на основании коллизионного правила компетенции, отдавая предпочтение правовой норме, принятой государственным органом государства-члена, который уполномочен принимать правовую норму по этому вопросу.

7.3. Правовой анализ закона Республики Казахстан «О правовых актах»

В наше время большинство граждан знает, что закон обладает высшей юридической силой, но о том, что существуют различные его виды, не многие знают, поэтому целесообразно эту проблему комплексно исследовать. В данной статье речь идет о том, что такое «закон», есть ли разница между нормативно правовым актом и законом, какие его разновидности существуют, в чем их особенность, каким образом выстроена казахстанская правовая система, в чем состоят особенности конституционных законов и других видов законов в зависимости от основания классификации.

Глава государства отметил что: «Недопустимо, чтобы законы менялись в угоду сиюминутной конъюнктуре или узким корпоративным интересам»⁹³³.

Мы решили провести юридический анализ закона Республики Казахстан «О правовых актах» № 480-V ЗРК от 6 апреля 2016 года.

Приняв Закон РК «О правовых актах» (далее – Закон РК о ПА), Законодатели доработали, конкретизировали, упорядочили, упростили и внесли некоторые изменения в Закон РК «О нормативных правовых актах» (далее – Закон о НПА). В частности, в отличие от ста-

931 Консультативное заключение Суда Евразийского экономического союза от 10.07.2018 «По заявлению Республики Беларусь о разъяснении положений Договора о Евразийском экономическом союзе от 29.05.2014». [Электронный ресурс]. - режим доступа: <https://legalacts.ru/doc/konsultativnoe-zakliuchenie-suda-evraziiskogo-ekonomicheskogo-soiuza-ot-10072018-po/> (дата обращения: 10.08.2020).

932 Консультативное заключение Суда Евразийского экономического союза от 04.04.2017 N CE-2-1/1-17-БК «О разъяснении положений статей 74, 75, 76 Договора о Евразийском экономическом союзе от 29.05.2014»: https://sudact.ru/law/konsultativnoe-zakliuchenie-suda-evraziiskogo-ekonomicheskogo-soiuza-ot_1/ (дата обращения: 12.10.2020).

933 <https://www.akorda.kz/ru/poslanie-glavy-gosudarstva-kasym-zhomarta-tokaeva-narodu-kazahstana-18113>

рого закона, в новом законе все разделено на три раздела и поделено на 15 глав (в старом их (глав) было 9 и не было разделов).

В новом законе РК о ПА общие положения были выделены в отдельный раздел и разделен на 2 главы (Глава 1 «Основные положения» и Глава 2 «Законодательство РК»).

Глава 1 Закона РК о ПА в свою очередь разделена на три статьи: ст. 1 «Основные понятия, используемые в Законе», ст. 2 «Сфера действия Закона» и ст. 3 «Общие требования к правовым актам. Виды правовых актов».

В ст. 1 Закона РК о ПА внесены такие новые понятия как:

1. орган-разработчик - государственные органы, местные представительные и исполнительные органы, разрабатывающие нормативные правовые акты в соответствии с их компетенцией, установленной Конституцией Республики Казахстан, настоящим Законом и другими нормативными правовыми актами;

2. положение - нормативный правовой акт, определяющий статус и полномочия какого-либо государственного органа;

3. правовой акт индивидуального применения - письменный официальный документ установленной формы, распространяющийся на индивидуально определенный круг лиц (физических и (или) юридических лиц), который реализует установленные законодательством Республики Казахстан их права и обязанности и не содержит норм права;

4. концепция проекта закона - документ, содержащий обоснование необходимости разработки проекта закона по инициативе Правительства Республики Казахстан, цели его принятия и иные положения, определяемые Правительством Республики Казахстан;

5. юридическая экспертиза - проверка проекта нормативного правового акта либо принятого нормативного правового акта на предмет его соответствия Конституции Республики Казахстан и законодательству Республики Казахстан, в том числе законодательству в сфере противодействия коррупции;

6. аналогия закона - применение к неурегулированным общественным отношениям норм законов, регулирующих сходные общественные отношения;

7. правовой акт - письменный официальный документ установленной формы, содержащий нормы права или индивидуальные властные правовые предписания, принятый на республиканском референдуме либо уполномоченными органами;

8. аналогия права - применение к неурегулированным общественным отношениям смысла законодательства, общих принципов права и принципов конкретных отраслей права;

9. ненормативный правовой акт - письменный официальный документ, не содержащий норм права, изданный (принятый) уполномоченным органом в пределах своей компетенции, применяющий и (или) реализующий установленные законодательством права и обязанности индивидуально определенных лиц либо разъясняющий нормы, содержащиеся в нормативном правовом акте, а также правовые акты в области системы государственного планирования;

10. юридическая сила нормативного правового акта - характеристика нормативного правового акта, определяющая обязательность его применения к соответствующим общественным отношениям, а также преимущество или соподчиненность по отношению к иным нормативным правовым актам;

11. акт официального разъяснения нормативного правового акта - письменный официальный документ установленной формы, разъясняющий содержащиеся в нормативном правовом акте нормы, отвечающий требованиям и условиям, указанным в главе 13 Закона;

12. консолидированный закон - закон, регулирующий комплексные по своему характеру общественные отношения в сферах (областях), предусмотренных статьей 9 Закона.

Производственные виды норм, регулировавшиеся ст. 3 Закона РК о НПА в Законе РК о ПА были также включены в ст. 1, то есть законодатель собрал воедино (в одну статью) все понятия, что облегчает их поиск и ознакомление.

В п. 1 ст. 2 Закона РК о НПА было расписано, кем разрабатываются, вносятся изменения, дополнения и иные действия, направленные на реализацию законодательства РК в сфере НПА, в редакции нового Закона РК о ПА, прописано, что регулирует закон (определяет систему правовых актов Республики Казахстан, разграничивает правовой статус нормативных правовых актов и ненормативных правовых актов) (п.1) и что он не регулирует (порядок принятия, изменения, дополнения и прекращения действия Конституции Республики Казахстан, порядок принятия, изменения, дополнения и прекращения действия нормативных постановлений Конституционного Совета Республики (с 01.01.2023 года Конституционный Суд) Республики Казахстан и Верховного Суда Республики Казахстан, порядок заключения, выполнения, изменения, дополнения и прекращения международных договоров Республики Казахстан и порядок принятия, изменения, дополнения и прекращения действия правовых актов индивидуального применения, установленных законодательством Республики Казахстан об административных правонарушениях, уголовно-процессуальным и гражданским процессуальным законодательством Республики Казахстан) (п. 2). Также была внесена ст. 3 Закона РК о ПА, которая в свою очередь делится на два пункта: общие требования к правовым актам и виды правовых актов.

Правовые акты должны отвечать следующим общим требованиям: содержать нормативные или индивидуальные властные правовые предписания, приниматься на республиканском референдуме либо в порядке, установленном Законом и иными законодательными актами, должны быть обращены к неопределенному кругу лиц или к индивидуально определенным лицам, должны быть направлены на регулирование общественных отношений, должны быть направлены на возникновение, изменение, дополнение или прекращение прав и обязанностей физических и (или) юридических лиц (п. 1).

Правовые акты подразделяются на нормативные правовые акты и ненормативные правовые акты (п. 2). Глава 2 Закона РК о ПА «Законодательство РК» (в Законе РК о НПА ее не было), состоит из трех статей: система законодательства РК, обеспечение ее целостности (ст. 4), Нормативные постановления Конституционного Совета Республики (с 01.01.2023 года Конституционный Суд) Республики Казахстан и Верховного Суда Республики Казахстан (ст. 5) и Международные договоры Республики Казахстан (ст. 6).

Систему законодательства Республики Казахстан составляют Конституция Республики Казахстан, соответствующие ей законодательные акты, иные нормативные правовые акты, в том числе нормативные постановления Конституционного Совета (с 01.01.2023 года Конституционный Суд) Республики Казахстан и Верховного Суда Республики Казахстан (п. 1 ст. 4).

Целостность системы законодательства Республики Казахстан обеспечивается посредством: соблюдения порядка принятия нормативных правовых актов, внесения в них изменений и дополнений, установленных Конституцией Республики Казахстан, законодательными и иными нормативными правовыми актами, соблюдения иерархии нормативных правовых актов, закрепленной Конституцией Республики Казахстан и настоящим Законом и официального опубликования нормативных правовых актов, касающихся

прав, свобод и обязанностей граждан. (п. 2 ст. 4) Нормативные постановления Конституционного Совета Республики (с 01.01.2023 года Конституционный Суд) Республики Казахстан основываются только на Конституции Республики Казахстан, и все иные нормативные правовые акты не могут им противоречить (п. 1 ст. 5).

Нормативные постановления Конституционного Совета Республики (с 01.01.2023 года Конституционный Суд) Республики Казахстан обладают юридической силой тех норм Конституции Республики Казахстан, на основании которых они приняты (п. 2 ст. 5). В нормативном постановлении Верховного Суда Республики Казахстан содержатся разъяснения по вопросам судебной практики (п. 3 ст. 5). Порядок заключения, выполнения, изменения, дополнения и прекращения международных договоров Республики Казахстан определяется специальным законом (п. 1 ст. 6).

Международные договоры, ратифицированные Республикой Казахстан, имеют приоритет перед ее законами и применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание закона (п. 2 ст. 6). При этом хотелось бы отметить, что нормы о приоритетности международных договоров (ратифицированных РК) перед законами РК ранее было прописано только в ГК РК.

Глава 3 (общие положения о НПА) ст. 33 (Научная лингвистическая экспертиза проектов нормативных правовых актов) в которой отражено что, научная лингвистическая экспертиза проводится по проектам законодательных актов (п. 1).

Порядок и сроки проведения научной лингвистической экспертизы определяются Правительством Республики Казахстан (п. 2).

Глава 7 (Порядок принятия НПА) ст. 36 (Права по изменению, дополнению, прекращению и приостановлению действия нормативных правовых актов при реорганизации или ликвидации уполномоченного органа), в ней указано следующее, в случае реорганизации или ликвидации уполномоченного органа, наделенного правом принимать нормативные правовые акты, к правопреемнику или уполномоченному органу, которому переданы функции ликвидированного уполномоченного органа, в пределах его компетенции вместе с правом принимать нормативные правовые акты переходят полномочия по изменению, дополнению, прекращению и приостановлению действия нормативных правовых актов.

Ранее было прописано правопреемство госорганов в случае реорганизации (было понятие правопреемство и не было понятия ликвидации госоргана).

Глава 8 ст. 40 (Недопустимость опубликования нормативных правовых актов в неполном изложении), в которой отражено что, не допускается официальное опубликование нормативных правовых актов в неполном изложении, за исключением нормативных правовых актов, содержащих государственные секреты и иную охраняемую законом тайну, а также нормативные правовые акты, имеющие пометки «Для служебного пользования», «Без опубликования в печати», «Не для печати» (подчеркнутое было добавлено в пункт 1 ст. 40). Также был добавлен п. 2, в котором прописано что, если из-за значительного объема нормативного правового акта его текст публикуется в нескольких номерах периодического печатного издания, то днем официального опубликования считается день опубликования заключительной части текста нормативного правового акта на казахском и русском языках.

Глава 9 (Действие НПА во времени, пространстве и по кругу лиц), В частности, в ст. 43 был добавлен п. 4, в котором отражено, что законодательные акты, устанавливающие или усиливающие ответственность, возлагающие новые обязанности на граждан или ухужда-

ющие их положение, обратной силы не имеют. Если после совершения правонарушения ответственность за него законом отменена или смягчена, применяется новый закон.

В ст. 44 Главы 9 Законодатель вывел отдельным пунктом (п. 4) следующее: Не зарегистрированные в установленном законодательством порядке нормативные правовые акты, подлежащие государственной регистрации, должны быть отменены органом, издавшим их. Кроме того, с данного пункта было исключено следующее предложение, «решение органов юстиции не обжаловано в установленном порядке».

В п. 2 ст. 47 Закона РК о ПА к ранее предусмотренные законом местным представительным органам и исполнительным органам, Законодатель добавил ревизионную комиссию.

В ст. 49 (Меры обеспечения законности нормативных правовых актов) были добавлены и доработаны п. 3 и 4, в которых отражено следующее: при обнаружении органами юстиции в зарегистрированном в органах юстиции нормативном правовом акте нарушений, предусмотренных в подпунктах 1)-4) пункта 3 статьи 44 настоящего Закона, органы юстиции уведомляют уполномоченный орган, принявший соответствующий нормативный правовой акт, о необходимости устранения нарушений.

В случае непринятия уполномоченным органом мер по приведению нормативного правового акта, указанного в части первой настоящего пункта, в соответствие с действующим законодательством Республики Казахстан органы юстиции Республики Казахстан выносят соответствующее заключение и обращаются в суд с заявлением об отмене государственной регистрации такого нормативного правового акта (п. 3).

Информация об отмене государственной регистрации подлежит опубликованию в источниках официального опубликования. Нормативный правовой акт, государственная регистрация которого отменена, не подлежит применению. Отмена государственной регистрации нормативного правового акта может быть обжалована уполномоченным органом в судебном порядке (п. 4).

Одной из новелл Закона РК о ПА является Глава 10 (мониторинг) в которой несколько статей, ст. 50 (правовой мониторинг) и ст. 51 (Общественный мониторинг нормативных правовых актов). В частности, в ст. 50 (Правовой мониторинг) отражено следующее «правовой мониторинг проводится с целью оценки и прогнозирования эффективности законодательства путем выявления противоречащих законодательству Республики Казахстан, устаревших, коррупциогенных и неэффективно реализуемых норм права, а также выработки предложений по его совершенствованию (п. 1).

Государственные органы осуществляют мониторинг нормативных правовых актов, принятых ими, и (или) разработчиками которых они являлись, либо относящихся к их компетенции, и своевременно принимают меры по внесению в них изменений и (или) дополнений или признанию их утратившими силу (п. 2). При проведении правового мониторинга государственные органы имеют право привлекать общественные и научные организации, граждан в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан (п. 3).

Правила проведения правового мониторинга утверждаются Правительством Республики Казахстан (п. 4). В ст. 51 (Общественный мониторинг нормативных правовых актов) указано следующее: национальная палата предпринимателей Республики Казахстан проводит общественный мониторинг нормативных правовых актов, затрагивающих интересы субъектов частного предпринимательства (п. 1). Результаты общественного монито-

ринга ежегодно размещаются на официальном интернет-ресурсе Национальной палаты предпринимателей Республики Казахстан (п. 2).

Раздел 3 (ненормативные правовые акты) разделен на четыре главы: Глава 12 (Общие положения о ненормативных правовых актах), Глава 13 (Акты официального разъяснения НПА), Глава 14 (правовые акты индивидуального применения) и Глава 15 (Переходные и заключительные положения),

Так, в Главе 12 (Общие положения о ненормативных правовых актах) В соответствии со ст. 55 (Виды ненормативных правовых актов): к ненормативным правовым актам относятся: 1) акты официального разъяснения нормативных правовых актов; 2) правовые акты индивидуального применения; 3) правовые акты в области системы государственного планирования.

Виды и порядок разработки правовых актов в области системы государственного планирования устанавливаются Президентом Республики Казахстан. В ст. 56 (Условия принятия ненормативных правовых актов) указано следующее: Ненормативные правовые акты принимаются на основе нормативных правовых актов и в целях их реализации (п. 1).

Ненормативные правовые акты принимаются уполномоченными органами, указанными в настоящем Законе и иных нормативных правовых актах (п. 2).

Особенности принятия ненормативных правовых актов могут быть установлены в других нормативных правовых актах (п. 3). Статьей 57 (Обжалование и опротестование ненормативных правовых актов) предусмотрено что, ненормативные правовые акты могут быть обжалованы и опротестованы в порядке и по основаниям, предусмотренным законодательством Республики Казахстан. В ст. 58 (Общие положения об актах официального разъяснения нормативных правовых актов) Главы 13 (Акты официального разъяснения НПА): в случаях обнаружения неясностей и различного понимания нормативных правовых актов, противоречий в практике их применения может быть дано официальное разъяснение норм, содержащихся в нормативном правовом акте.

Акты официального разъяснения нормативных правовых актов не устанавливают нормы права и не восполняют пробел в законодательстве Республики Казахстан (п. 2 ст. 58). Официальное разъяснение нормативного правового акта дается исключительно в целях уяснения, уточнения содержания норм права, не может изменять смысл норм права и выходить за пределы разъясняемой нормы (п. 3 ст. 58).

Официальное разъяснение норм, содержащихся в нормативных правовых актах, осуществляется по инициативе уполномоченных органов либо физических и юридических лиц в порядке, определенном Законом Республики Казахстан «О порядке рассмотрения обращений физических и юридических лиц», за исключением случаев, предусмотренных пунктом 1 статьи 60 настоящего Закона (п. 4).

Акты официального разъяснения имеют обязательный характер при реализации содержащихся в них норм, в том числе при их применении, за исключением случаев, установленных пунктом 4 статьи 60 настоящего Закона, и осуществлении правосудия (п. 5 ст. 58 Закона РК о ПА).

В ст. 59 (Условия официального разъяснения нормативных правовых актов) Закона РК о ПА указано следующее: смысл подзаконных нормативных правовых актов при их разъяснении должен раскрываться в полном соответствии с Конституцией Республики Казахстан и законодательными актами (п. 1 ст. 59).

Нормы законодательных актов должны разъясняться в полном соответствии с положениями Конституции Республики Казахстан (п. 2). Положения статей 61, 62 настоящего Закона не распространяются на случаи дачи официального разъяснения нормативных правовых актов прокуратурой (п. 3). В ст. 60 (Государственные органы, должностные лица, осуществляющие официальное разъяснение нормативных правовых актов) прописано следующее: при наличии достаточных оснований полагать, что незнание или неправильное понимание законодательных актов (за исключением постановлений Парламента Республики Казахстан и его Палат) физическими либо юридическими лицами может повлечь нарушения законодательных актов либо прав и свобод человека и гражданина или неограниченного круга лиц, прокурор разъясняет содержание законодательного акта (п. 1).

Данное разъяснение является актом прокурорского надзора и вносится в соответствии с Законом Республики Казахстан «О Прокуратуре». Официальное разъяснение нормативных правовых актов Правительства Республики Казахстан осуществляется по поручению Премьер-Министра Министерством юстиции Республики Казахстан совместно с заинтересованными государственными органами (п. 2).

Официальное разъяснение нормативных правовых актов, указанных в подпунктах 6), 7), 8) и 9) пункта 2 статьи 7 настоящего Закона, дают уполномоченные органы или должностные лица, их принявшие (издавшие) (п. 3). Государственные органы, проводящие государственную политику, осуществляющие регулирование и управление в определенной отрасли (сфере деятельности) или к компетенции которых отнесено решение соответствующих вопросов, либо иные государственные органы в соответствии с предоставленными им полномочиями могут давать в пределах своей компетенции разъяснения нормативных правовых актов в отношении конкретных субъектов или применительно к конкретной ситуации. Такие разъяснения не имеют обязательной юридической силы и носят рекомендательный характер (п. 4).

Статьей 61 (Структура актов официального разъяснения нормативных правовых актов) предусмотрено следующее: акт официального разъяснения нормативного правового акта состоит из вводной, описательной и резолютивной частей (п. 1). Во вводной части акта официального разъяснения нормативного правового акта указываются: 1) наименование уполномоченного органа, разъясняющего норму нормативного правового акта;

2) наименование акта официального разъяснения с указанием структурного элемента нормативного правового акта, в котором содержится разъясняемая норма, даты принятия и номера нормативного правового акта, содержащего разъясняемую норму;

3) место и дата принятия акта официального разъяснения нормативного правового акта;

4) наименование органа либо физического или юридического лица, по инициативе которого разъясняется норма нормативного правового акта (п. 2). Описательная часть акта официального разъяснения нормативного правового акта должна содержать описание и анализ содержания разъясняемой нормы (п. 3). Резолютивная часть акта официального разъяснения нормативного правового акта должна содержать вывод уполномоченного органа, уясняющий смысл и содержание нормы нормативного правового акта (п. 4).

В соответствии со ст. 62 (Опубликование актов официального разъяснения нормативных правовых актов), опубликование актов официального разъяснения нормативных правовых актов осуществляется на интернет-ресурсе уполномоченного органа (должностного лица), давшего разъяснение содержащихся в нормативном правовом акте норм (п. 1).

Требования настоящей статьи не применяются в случаях, установленных пунктам 1 и 4 статьи 60 настоящего Закона (п. 2).

В Главе 14 (правовые акты индивидуального применения), в ст. 63 (Общие положения о правовых актах индивидуального применения) указано, что правовой акт индивидуального применения является письменным официальным документом установленной формы и: 1) распространяется на индивидуально определенный круг лиц (физических и юридических лиц); 2) не содержит норм права; 3) реализует установленные законодательством права и обязанности индивидуально определенных лиц (п. 1).

Правовые акты индивидуального применения не входят в законодательство Республики Казахстан и не относятся к нормативным правовым актам (п. 2). В ст. 64 (Требования к правовым актам индивидуального применения и их оформлению), указано что, правовой акт индивидуального применения должен отвечать следующим требованиям:

1) не противоречить Конституции Республики Казахстан, законодательству и правовым актам вышестоящих государственных органов;

2) его структура должна обеспечивать исчерпывающее раскрытие предмета регулирования, а содержание должно обеспечивать единообразное понимание и применение, четко излагать содержание намечаемых мер, исчерпывающе определять круг лиц, на которых распространяется действие правового акта и (или) которые несут ответственность за их реализацию в установленные сроки (п. 1).

Правовые акты индивидуального применения, противоречащие требованиям Конституции Республики Казахстан и законодательству Республики Казахстан, являются недействительными с момента принятия и не должны применяться на территории Республики Казахстан (п. 2).

При противоречии правовых актов индивидуального применения, принятых уполномоченными органами различных уровней, применяется правовой акт вышестоящего уполномоченного органа, если принятие такого акта входило в его компетенцию (п. 3).

При противоречии правовых актов индивидуального применения, принятых уполномоченными органами одного уровня, применяется правовой акт того органа, в чью компетенцию входит принятие данного решения. По заявлению заинтересованного лица решение о приоритете одного правового акта над другим принимается вышестоящим уполномоченными органами или судом (п. 4).

Правовой акт индивидуального применения, помимо требований, предусмотренных в пункте 1 настоящей статьи, должен содержать также следующие реквизиты: 1) наименование правового акта; 2) заголовок, обозначающий предмет рассмотрения данного акта; 3) место и дату принятия акта; 4) подпись (подписи) лица (лиц), уполномоченного (уполномоченных) подписывать соответствующий акт; 5) печать органа, за исключением случаев, предусмотренных законодательством Республики Казахстан.

Процедуры принятия правовых актов индивидуального применения, организация их оформления, исполнения и контроля за исполнением определяются настоящим Законом и иными нормативными правовыми актами (п. 5). Согласно ст. 65 (Вступление в силу и прекращение действия правовых актов индивидуального применения) правовой акт индивидуального применения вступает в силу с момента принятия, если в нем не определен более поздний срок (п. 1).

Правовой акт индивидуального применения прекращает действие с момента исполнения его требований или содержащихся в нем поручений лицами, которым адресован

данный правовой акт (п. 2). До прекращения действия правовой акт индивидуального применения может быть приостановлен, изменен и (или) дополнен либо отменен уполномоченным органом, принявшим данный правовой акт, вышестоящим к нему государственным органом либо судом (п. 3).

Подача заинтересованными лицами заявления об отмене, изменении, дополнении или приостановлении действия правового акта индивидуального применения в вышестоящий государственный орган или суд приостанавливает действие правового акта (за исключением правового акта Национального Банка Республики Казахстан по приостановлению действий и (или) лишению лицензий на осуществление деятельности на финансовом рынке, проведению консервации финансовых организаций, его письменных предписаний, а также правовых актов органов государственного аудита и финансового контроля, связанных с выявленными фактами нецелевого и необоснованного использования бюджетных средств) до принятия соответствующего решения (п. 4).

В Главе 15 (Переходные и заключительные положения) отражены переходные положения и порядок введение в действие Закона РК о ПА.

Анализируя нормы закона в условиях развития казахстанского законодательства ученые отмечают следующее: «вопросам о соотношении закона и подзаконного нормативного правового акта и общему подходу к исследованию рассматриваемого вопроса традиционно уделялось довольно много внимания в юридической литературе. В настоящее время данный аспект юридической науки и практики требует к себе особого, повышенного внимания. Острота проблемы становится еще более ощутимой в современный период модернизации казахстанского законодательства»⁹³⁴.

Одним из важнейших атрибутов нашей социальной и индивидуальной жизни выступает закон. Человеку приходится сталкиваться с законом или тем, что называет таковым довольно часто, и нередко это влечет для него негативные последствия. Учитывая, что закон, за которым стоит государственно-властное принуждение, - эффективный и удобный инструмент для влияния на поведение людей.

7.4. Обзор законов о нормативно-правовых актах стран СНГ

Актуализация законов о нормативно-правовых актах в странах Содружества независимых государств обусловлена необходимостью формирования общего правового пространства участников евразийской интеграции. Республика Казахстан, Республика Беларусь, Республика Узбекистан, Республика Армения, Туркменистан, Кыргызская Республика, Республика Таджикистан, Азербайджанская Республика подготовили и ввели в действие свои законы о нормативных правовых актах⁹³⁵. Такие законы имеют особое значение, учитывая перспективы дальнейшего развития правового пространства ЕАЭС. Кроме того, в ЕАЭС уделяется внимание принятию международных рекомендательных

934 Тлембаева Ж.О. Некоторые вопросы соотношения закона и подзаконного нормативного правового акта // <https://online.zakon.kz>

935 См.: Закон Республики Казахстан от 6 апреля 2016 г. № 480-V «О правовых актах»; Закон Республики Беларусь от 10 января 2000 г. № 361-З «О нормативных правовых актах Республики Беларусь»; Закон Республики Узбекистан от 14 декабря 2000 г. № 160-II «О нормативных правовых актах»; Закон Республики Армения от 3 апреля 2002 г. «О правовых актах»; Закон Туркменистана от 26 августа 2017 г. № 589-V. «О правовых актах»; Закон Кыргызской Республики от 20 июля 2009 г. № 241 «О нормативных правовых актах Кыргызской Республики»; Закон Республики Таджикистан от 30 мая 2017 г. №1414 «О нормативных правовых актах»; Конституционный закон Азербайджанской Республики от 21 декабря 2010 г. № 21-IVKQ «О нормативных правовых актах»; Закон Республики Армении о нормативно-правовых актах от 7 апреля 2018 г. НО-180-N.

актов (модельных законов, модельных кодексов, рекомендательных резолюций, решений, договоренностей и т.д.).

Действие закона о нормативно-правовых актах в тех странах, где он принят, направлено на упорядочение системы нормативных правовых актов и урегулирование сопутствующих вопросов, от проектирования до оценки эффективности воздействия акта на общественные отношения. Рассматриваемые законы актуализируют правовое регулирование общественных отношений с учетом изменения наднационального регулирования отношений в условиях евразийской региональной интеграции, перспектив дальнейшей гармонизации законодательства государств – членов ЕАЭС, а также государств – участников СНГ.

Закон республики Беларусь «О нормативных правовых актах» от 17 июля 2018 г. определяет нормативный правовой акт как официальный документ установленной формы, принятый (изданный) нормотворческим органом (должностным лицом) в пределах его компетенции или референдумом с соблюдением предусмотренной законодательством процедуры, который направлен на установление, изменение, официальное толкование, приостановление, возобновление, продление и прекращение действия норм права как общеобязательных правил поведения постоянного или временного характера, рассчитанных на индивидуально не определенный круг лиц и неоднократное применение.

Закон Азербайджанской республики «О нормативных правовых актах» (в редакции закона от 1 сентября 2005 г.) в статье 2 определяет нормативный правовой акт Азербайджанской Республики как официальный письменный документ, принятый компетентным государственным органом, дающий указания общего характера, устанавливающий, изменяющий или отменяющий правовые нормы и предусмотренный для неоднократного применения.

Закон Республики Казахстан «О правовых актах» (по состоянию на 12.01.2023 г.) нормативно-правовым актом признает письменный официальный документ установленной формы, содержащий норму права, принятый на республиканском референдуме или уполномоченным органом, либо решение установленной законом формы, содержащее индивидуальное властное правовое предписание (ст. 1).

В законе Республики Узбекистан от 20 апреля 2021 г. «О нормативно-правовых актах» под нормативно-правовым актом понимается официальный документ, принятый в соответствии с законодательством, направленный на установление, изменение или отмену правовых норм как общеобязательных государственных предписаний.

Законодательные определения нормативно-правового акта в разных странах свидетельствуют о присутствии единой доктринальной основы, которая имеет общее историческое прошлое.

Большее разнообразие представляют видовые классификации нормативных правовых актов, легализованные в странах СНГ.

Так, к актам нормативного характера Азербайджанской Республики относятся:

1) Постановления Конституционного суда Азербайджанской Республики, принятые на основании пунктов 1-6, 8 части III и части IV статьи 130 Конституции Азербайджанской Республики;

2) Постановления, инструкции и разъяснения Центральной избирательной комиссии Азербайджанской Республики;

3) Постановления местных органов исполнительной власти, органов местного самоуправления;

- 4) Постановления Национального банка Азербайджанской Республики.
- 5) Решения Национального совета телевидения и радио.
- 6) Решения Судебно-правового совета.

В Узбекистане признаются следующие виды нормативно-правовых актов:

Конституция Республики Узбекистан;
законы Республики Узбекистан;
постановления палат Олий Мажлиса Республики Узбекистан;
указы и постановления Президента Республики Узбекистан;
постановления Кабинета Министров Республики Узбекистан;
приказы и постановления министерств, государственных комитетов и ведомств;
решения органов государственной власти на местах.

В Республике Казахстан нормативные правовые акты подразделяются на основные и производные. К основным видам нормативных правовых актов в Казахстане относятся:

1) Конституция Республики Казахстан, конституционные законы Республики Казахстан, кодексы Республики Казахстан, консолидированные законы Республики Казахстан, законы Республики Казахстан, временные постановления Правительства Республики Казахстан, имеющие силу закона;

2) нормативные правовые указы Президента Республики Казахстан;

3) нормативные правовые акты Председателя Совета Безопасности Республики Казахстан;

4) нормативные правовые постановления Парламента Республики Казахстан и его Палат;

5) нормативные правовые постановления Правительства Республики Казахстан;

6) нормативные постановления Конституционного Суда Республики Казахстан и Верховного Суда Республики Казахстан;

7) нормативные правовые постановления Центральной избирательной комиссии Республики Казахстан, Высшей аудиторской палаты Республики Казахстан, Национального Банка Республики Казахстан и иных центральных государственных органов;

8) нормативные правовые приказы министров Республики Казахстан и иных руководителей центральных государственных органов;

9) нормативные правовые приказы руководителей ведомств центральных государственных органов;

10) нормативные правовые решения маслихатов, нормативные правовые постановления акиматов, нормативные правовые решения акимов и нормативные правовые постановления ревизионных комиссий.

К производным видам нормативных правовых актов Республики Казахстан относятся:

1) положение;

2) технический регламент;

3), правила;

4) инструкция.

Закон Беларуси предусматривает следующие виды нормативно-правовых актов:

1) Конституция Республики Беларусь;

2) решения, принятые республиканским референдумом;

3) законы Республики Беларусь;

4) декреты, указы Президента Республики Беларусь;

- 5) постановления Совета Министров Республики Беларусь;
- 6) постановления Палаты представителей Национального собрания Республики Беларусь; постановления Совета Республики Национального собрания Республики Беларусь; нормативные правовые акты Верховного Суда Республики Беларусь, Генеральной прокуратуры, нормотворческих органов, подчиненных (подотчетных) Президенту Республики Беларусь;
- 7) нормативные правовые акты министерств, иных республиканских органов государственного управления;
- 8) решения, принятые местным референдумом, решения местных Советов депутатов, исполнительных и распорядительных органов;
- 9) нормативные правовые акты иных нормотворческих органов (должностных лиц);
- 10) технические нормативные правовые акты.

В структуре законов о нормативно-правовых актах стран СНГ присутствуют самообитные особенности и своеобразные структурные части. В законе Республики Узбекистан серьезное внимание уделяется общественному обсуждению проектов нормативных правовых актов (ст. 24). В законе Беларуси значительное место отведено требованиям нормотворческой техники. В законе Республики Армении о нормативно-правовых актах несколько статей посвящены вопросам применения понятий и терминов, союзов и слов (ст.15. 16). Закон Республики Казахстан содержит положения о научной экспертизе проектов нормативно-правовых актов. По проектам нормативных правовых актов, вносимых на рассмотрение Парламента Республики Казахстан, проведение научной экспертизы в зависимости от регулируемых ими общественных отношений обязательно (ст. 30). В законе Азербайджанской Республики целая глава посвящена толкованию нормативно-правовых актов. Этот позитивный опыт заслуживает самого серьезного научного и практического внимания.

Анализ текстов законов о нормативно-правовых актах стран СНГ позволяет выявить некоторые общие для всех них вопросы:

- 1) определяются основные понятия (в частности, такие как «система нормативных правовых актов», «нормативный правовой акт», «электронный нормативный правовой акт»,
- 2) характеристика видов и форм нормативных правовых актов в зависимости от их юридической природы);
- 3) на основе положений Конституции конкретного государства определяется система нормативных правовых актов;
- 4) регулируются вопросы планирования подготовки нормативных правовых актов,
- 5) регулируются вопросы правового мониторинга, правового прогнозирования,
- 6) регулируются вопросы экспертизы актов, оценки регулирующего воздействия,
- 7) определяется порядок использования информационных технологий в правотворчестве
- 8) закрепляется неразрывное единство правотворческого и правоприменительного процессов;
- 9) определены правила подготовки и оформления текстов нормативных правовых актов, положения об экспертной оценке нормативных правовых актов, порядке их официального опубликования, вступления в силу и действия;
- 10) устанавливаются требования к реализации нормативных правовых актов,

11) устанавливаются правила толкования и устранения коллизий нормативных правовых актов, преодоления и восполнения пробелов в нормативных правовых актах;

12) упорядочивается разнообразие документов программной направленности (программы, доктрины, стратегии и др.), определяется их юридическая природа.

Законы стран СНГ о нормативно-правовых актах охватывают достаточно много разнообразных важных вопросов. Наиболее объемистым является при этом закон Республики Казахстан, а самым лаконичным выступает соответствующий закон Азербайджанской Республики.

К сожалению, в действующих законах о нормативно-правовых актах не решается вопрос использования и применения принципов права, что является, по нашему мнению, существенным упущением. Включением в законы о нормативно-правовых актах статей о принципах права можно было бы существенно повысить их регулятивную роль в механизме правового регулирования.

Правовой опыт зарубежных государств в сфере принятия законов о нормативных правовых актах является одним из аргументов в пользу появления подобного закона и в Российской Федерации – стране, в которой в самом начале 1990-х гг. возникла идея о появлении такого законодательного акта.

Принятие этого закона позволит: 1) систематизировать и усовершенствовать действующие правовые нормы в соподчинении нормативно-правовых актов; 2) создать необходимую законодательную основу для четкой координации действий различных субъектов правотворческой и правоприменительной деятельности; 3) в унифицированной форме аккумулировать принципы и правила деятельности в области правотворчества и правоприменения; 4) определить юридическую силу каждого нормативного правового акта. Предполагаемый эффект от принятия федерального закона заключается в упорядочении общественных отношений в области правотворчества, формировании единой и непротиворечивой системы российского законодательства, совершенствовании механизмов реализации права, укреплении законности и правопорядка.

7.5. Правило о специально предназначенной норме в системе иных коллизионных правил

Введение

Понятия «коллизия в праве» и «коллизионная норма» являются неотъемлемой частью классической юриспруденции. Как мировая⁹³⁶, так и отечественная теоретическая мысль стабильно обращается к конструкциям:

- «норма большей юридической силы – норма меньшей юридической силы», устанавливая коллизионное правило «*Lex superior derogat legi interior*» (лат. «Приоритетом обладает норма с высшей юридической силой»);
- «общая – специальная нормы», устанавливая коллизионное правило «*Lex specialis derogat generali*» (лат. «Специальный закон вытесняет общий закон»);
- «поздняя норма – ранняя норма», устанавливая коллизионное правило «*Lex posterior derogat priori*» (лат. «Последующий закон отменяет предыдущие»).

936 Internationales Privatrecht. Ein Überblick zu den wichtigsten Regelungen privater Rechtsbeziehungen mit dem Ausland. Berlin: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, 2017. S.6.

Однако, видимая простота этих теоретических построений является обманчивой, так как в практической юриспруденции, как правило, не встречается «чистых», не обремененных иными условиями, случаев несовпадения правовых норм. В современном невероятно многомерном и многоуровневом законодательстве уже типичными стали ситуации наложения друг на друга различных коллизий. Когда, например, внешне простой вопрос о том, обладает ли большей юридической силой указ Президента РФ или же закон субъекта РФ⁹³⁷, оказывается невозможным разрешить только на основе правила «*Lex superior derogat legi interior*» («Приоритетом обладает норма с высшей юридической силой»). Простого констатирования факта, что указы Президента РФ в иерархии нормативно-правовых актов в России стоят на несколько ступеней выше законодательства субъектов РФ явно недостаточно. Очевидно, что данная коллизия осложнена принципом федерализма⁹³⁸, и ее разрешение невозможно без обращения к статьям 71, 72, 73 и 76 Конституции РФ 1993 года.

И если выпускник юридического высшего учебного заведения твердо усвоил себе идеи, что «специальная норма обладает приоритетом по отношению к общей норме», а «позднее принятая норма приоритетнее ранее принятой», то совпадение этих двух коллизионных случаев тут же обезоруживает, казалось бы, готового к практической деятельности специалиста. Действительно, как поступить в том случае, если общая норма окажется новой (например, принятой в редакции 2019 года), а специальная норма – старой (в редакции 1992 года)? А если к этому добавить, что общая норма содержится не в «обычном» федеральном законе, а Гражданском кодексе РФ, а специальная – в Законе РФ «О защите прав потребителей» 1992 года? Очевидно, что простого, односложного решения поставленной задачи нет. Такое решение должно быть, как минимум, доктринально обоснованным.

Осложняется данная проблема еще и тем, что действующее российское законодательство лишь эпизодически осуществляет коллизионное правовое регулирование, фиксируя в отдельных нормативно-правовых актах то или иное коллизионное правило. Так, если ч. 3 ст. 17 Уголовного кодекса РФ устанавливает:

*«Если преступление предусмотрено общей и специальной нормами, совокупность преступлений отсутствует и уголовная ответственность наступает по специальной норме»*⁹³⁹,

то это, конечно же, не означает, что коллизионное правило о соотношении общей и специальной норм применимо в уголовном праве лишь при квалификации преступлений. К этому правилу прибегают и при назначении наказания, освобождении от уголовной ответственности и наказания, погашении и снятии судимости и прочее. Однако, такое прямое упоминание в уголовном законе специальной нормы даже по форме этого упоминания не совпадает с полновесным правилом «*Lex specialis derogat generali*», так как

937 Например, такое несовпадение можно усмотреть при сопоставлении Указа Президента РФ от 05.05.1992 N 431 (ред. от 25.02.2003) «О мерах по социальной поддержке многодетных семей» и Закона Алтайского края от 29.12.2006 N 148-ЗС «О дополнительных мерах социальной поддержки многодетных семей в Алтайском крае». См.: О мерах по социальной поддержке многодетных семей: Указ Президента РФ от 05 мая 1992 г. N 431 (ред. от 25 февраля 2003 г.) [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 06.04. 2019); О дополнительных мерах социальной поддержки многодетных семей в Алтайском крае: Закон Алтайского края от 29 декабря .2006 г. N 148-ЗС (ред. от 31 декабря 2013 г.) // Алтайская правда. 2007. N8-9.

938 Engelbrecht K. Die Kollisionsregel im föderalen Ordnungsverband. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010. S.5.

939 Уголовный кодекс Российской Федерации: Федеральный закон РФ от 13 июня 1996 г. N 63-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. N 25, ст. 2954.

текстуально ориентировано лишь на институт квалификации преступлений при совокупности преступлений.

И если «строгий», с точки зрения содержания и стиля, Уголовный кодекс РФ не содержит в себе упорядоченной системы коллизионных правил, то, тем более, мы не обнаружим ее в гражданском, семейном или же административном законодательстве. Все это приводит к крайне неупорядоченной правоприменительной практике, когда даже суды высших инстанций от случая к случаю занимают различные, порой взаимоисключающие, правовые позиции.

Установим исходную точку опоры, отталкиваясь от которой, будет строиться дальнейшее повествование. Заключается она в примере конкретной правовой коллизии. Федеральный конституционный закон РФ «О чрезвычайном положении» 2001 года гласит:

«Статья 12. Меры и временные ограничения, применяемые в условиях чрезвычайного положения, введенного при наличии обстоятельств, указанных в пункте «а» статьи 3 настоящего Федерального конституционного закона:

«ж) продление срока содержания под стражей лиц, задержанных в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством Российской Федерации по подозрению в совершении актов терроризма и других особо тяжких преступлений, на весь период действия чрезвычайного положения, но не более чем на три месяца»⁹⁴⁰.

В то же время Уголовно-процессуальный кодекс РФ 2001 года в статье 109 устанавливает предельный срок содержания под стражей в 2 месяца с возможностью его продления (при особых условиях) до 6, 12 и 18 месяцев⁹⁴¹. Никаких упоминаний о чрезвычайном положении и сроках заключения под стражу в условиях чрезвычайного положения УПК РФ в себе не содержит. Очевидно, что положения ФКЗ, допускающего «*продление срока содержания под стражей на весь период действия чрезвычайного положения*» никак не согласованы с УПК РФ.

Перед нами крайне нестандартный случай разноуровневой и разнопредметной коллизии, в которой одновременно в несоответствие приходят:

- акты разной юридической силы – федеральный конституционный закон и федеральный закон;
- кодифицированный и некодифицированный нормативно-правовые акты;
- акты, очевидно относящиеся к разным отраслям права и законодательства;
- акты, принятые в разное время.

Как мы понимаем, односложного решения по типу «безусловным приоритетом обладает акт большей юридической силы» в данном случае явно недостаточно.

Именно здесь проявляет себя известная мудрость о том, что «нет ничего практичнее, чем хорошая теория». Если в современном позитивном праве коллизионные нормы отображены бессистемно и неполно, то именно общая теория права должна позаботиться о формировании комплекса внутренне согласованных и применимых ко всему правовому зданию коллизионных норм: «На долю правовой догматики выпадает приведение

⁹⁴⁰ О чрезвычайном положении: Федеральный конституционный закон РФ Федеральный конституционный закон от 30 мая 2001 г. N 3-ФКЗ (ред. от 03 июля 2016 г.) [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 06.04. 2019).

⁹⁴¹ Уголовно-процессуальный кодекс РФ: Федеральный закон РФ от 18 декабря 2001 г. N 174-ФЗ (ред. от 06 марта 2019 г.) [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 06.04. 2019).

в порядок необъятного, постоянно увеличивающегося в объеме правового материала»⁹⁴². Попытаемся на основе указанного примера (ФКЗ «О чрезвычайном положении» и УПК РФ) сформулировать общее для всех подобных случаев коллизионное правило – правило о специально предназначенной норме.

Общее состояние вопроса в современной теоретической юриспруденции

Вопросам коллизионного правового регулирования в настоящее время уделяется повышенное внимание как на общетеоретическом, так и на отраслевом уровнях. Объясняется это тем, что при господстве юридического позитивизма («чистая теория права» Х. Кельзена⁹⁴³) строение права неизбежно будет только расширяться и усложняться, вытесняя иные социальные регуляторы с ранее занимаемых ими позиций. Увеличение же области формально-правового регулирования неизбежно влечет за собой все новые нестыковки и противоречия внутри здания права. В связи с этим, как бы это нелогично ни звучало, коллизия становится нормой для современной юриспруденции, когда у будущего правоприменителя в ходе обучения целенаправленно формируется компетенция по преодолению коллизий в праве.

На общетеоретическом уровне вопросы коллизионного правового регулирования разрабатывались еще советской правовой мыслью в трудах Н.А. Власенко⁹⁴⁴, С.С. Алексеева⁹⁴⁵, А.Ф. Черданцева⁹⁴⁶. В настоящее время активными научными поисками в данной области занимаются А.А. Петров и В.М. Шафиров⁹⁴⁷, М.А. Занина⁹⁴⁸, Д.Н. Бахрах⁹⁴⁹. На отраслевом уровне фундаментальные исследования осуществляются целым рядом ученых – Л.В. Иногамовой-Хегай⁹⁵⁰, Ю.Е. Пудовочкиным⁹⁵¹, В.Д. Рузановой⁹⁵² и многими другими.

Усилиями многих умов, в конце концов, было выработано общее представление об иерархии коллизионных правил:

1) наибольшим удельным весом обладает правило о приоритете нормы большей юридической силы;

2) если же в столкновение приходят две нормы разной отраслевой принадлежности, то следует применять норму, специально предназначенную (не путать со специальной нормой!) для регулирования тех или иных общественных отношений, т.е. руководство-

942 Rütters B. Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluß des Richterrechts. Trier, 2003. S.27.

943 Kelsen H. Allgemeine Theorie der Normen. Wien, 1979. S.20.

944 Власенко Н.А. Коллизионные нормы в советском праве. Иркутск: Издательство Иркутского университета, 1984. 99 с.

945 Алексеев С.С. Общие теоретические проблемы системы советского права. М.: Государственное издательство юридической литературы, 1961. 187 с.

946 Черданцев А.Ф. Специализация и структура норм права // Правоведение. 1970. № 1. С. 41–49.

947 Петров А.А., Шафиров В.М. Предметная иерархия нормативных правовых актов / М.: Проспект, 2014. 208 с.

948 Занина М.А. Коллизии норм равной юридической силы (понятие, причины, виды). М.: Волтер Клувер, 2009. 144 с.

949 Бахрах Д.Н. Действие норм права во времени. М.: Норма, 2004. 224 с.

950 Иногамова-Хегай Л.В. Концептуальные основы конкуренции уголовно-правовых норм. М.: НОРМА, 2015. 288 с.

951 Пудовочкин Ю.Е. Действие уголовного закона во времени. Обратная сила уголовного закона: научно-практическое пособие. М.: РАП, 2014. 143 с.

952 Рузанова В.Д. Гражданский кодекс Российской Федерации: теоретические основы приоритета // Цивилист. Научно-практический журнал. 2007. № 3. С. 3–7

ваться принципом отраслевого приоритета, а не правилами разрешения темпоральной коллизии или коллизии общей и специальной нормы.

Специальным закон может быть только по отношению к другому закону в рамках одной и той же отрасли права. Специальной нормы за пределами отрасли не существует;

3) если же в коллизию вступают две нормы одной отраслевой (и институциональной) принадлежности, соотносящиеся по содержанию как общая и специальная, то приоритетом наделяется специальная норма;

4) и только в том случае, когда в столкновение приходят две нормы равной юридической силы и одинаковой отраслевой принадлежности, которые не выступают друг по отношению к другу общей и специальной, следует руководствоваться более поздней нормой⁹⁵³.

Ценность этой системы коллизионных правил заключается в том, что она устанавливает четкую последовательность действий правоприменителя, по порядку сверяющего конкретный казус с условиями каждого из правил⁹⁵⁴. Переход к правилу низшего уровня возможен только при неприменимости предыдущего правила. Например, при столкновении новой общей нормы и старой специальной приоритетом обладает именно старая специальная, так как время принятия указанных норм учитывается лишь на последней ступени.

Понятие специально предназначенной нормы

В указанной иерархии коллизионных правил особое место занимает концепция специально предназначенной нормы. Это второе по счету коллизионное правило по непонятной причине не в должной мере учитывается в учебной литературе, что приводит к ошибочному отождествлению специально предназначенной нормы со специальной нормой.

Приведем примеры таких распространенных ошибок. Так, ст. 553 Гражданского кодекса РФ «Права на недвижимость при продаже земельного участка» (в ред. до 26.06.2007) устанавливала:

«В случаях, когда земельный участок, на котором находится принадлежащее продавцу здание, сооружение или другая недвижимость, продается без передачи в собственность покупателя этой недвижимости, за продавцом сохраняется право пользования частью земельного участка, которая занята недвижимостью и необходима для ее использования, на условиях, определяемых договором продажи»⁹⁵⁵.

Одновременно с этим п. 4 ст. 35 Земельного кодекса РФ «Переход права на земельный участок при переходе права собственности на здание, сооружение» устанавливал следующее правило:

«Отчуждение здания, сооружения, находящихся на земельном участке и принадлежащих одному лицу, проводится вместе с земельным участком»⁹⁵⁶.

Как правило, поспешное (и неправильное) решение данного казуса сводилось к тому, что норма земельного законодательства объявлялась специальной (в силу концентрированного регулирования Земельным кодексом РФ земельных отношений).

953 Weiss A. Widersprüche im Recht. München: Herbert Utz Verlag, 2010. S.82.

954 Burchardt D. Die Rangfrage im europäischen Normenverbund. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. S.48.

955 Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая): Федеральный закон РФ от 26 января 1996 г. N 14-ФЗ (ред. от 20 апреля 2007 г.) [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 06.04. 2019).

956 Земельный кодекс Российской Федерации: Федеральный закон РФ от 25 октября 2001 г. N 136-ФЗ (ред. от 19 июня 2007 г.) [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 06.04. 2019).

Ошибочность такого разрешения задачи основана на игнорировании общетеоретического учения о соотношении системы права и системы законодательства. Почему-то в современной юриспруденции распространенным стало мнение, согласно которому любого сужения смысла правовой нормы достаточно для приобретения ею статуса специальной. Действительно, соблазн признать за Семейным, Жилищным, Земельным и прочими кодексами статус специальных по отношению к Гражданскому кодексу РФ велик. По сути, именно такую позицию занял Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в п. 11 своего Постановления от 24.03.2005 N 11 «О некоторых вопросах, связанных с применением земельного законодательства»⁹⁵⁷. Точно также периодически признают за ФЗ РФ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» 2004 г. статус специального по отношению к Трудовому кодексу РФ⁹⁵⁸.

Но как только мы доведем указанную логику разрешения коллизий до ее крайних степеней, то ошибочность подхода станет явной. Например, что помешает законодателю в Законе «Об образовании» освободить образовательные учреждения от обязанности по уплате налогов, что в свое время он и сделал в п. 3 ст. 40 Закона «Об образовании РФ» 1992 года:

«Образовательные учреждения независимо от их организационно-правовых форм в части непредпринимательской деятельности, предусмотренной уставом этих образовательных учреждений, освобождаются от уплаты всех видов налогов, в том числе платы за землю»⁹⁵⁹.

И что тогда помешает Налоговому кодексу РФ установить, что впервые совершаемое налоговое преступление является ненаказуемым? Доведенная до абсурда, подобная практика наделения статусом «специального» любого попавшего в орбиту внимания нормативно-правового акта, обнаруживает всю свою несостоятельность.

В приведенных случаях не может быть речи о специальной норме права, так как специальной норма (закон) может быть только по отношению к другой норме (закону) в рамках одной и той же отрасли (и даже института) права. Специальной нормы за пределами отрасли (института) не существует. Если же в столкновение приходят две нормы разной отраслевой принадлежности, то следует применять норму, специально предназначенную (не путать со специальной нормой!) для регулирования тех или иных общественных отношений, т.е. руководствоваться принципом отраслевого приоритета, а не правилами разрешения темпоральной коллизии или коллизии общей и специальной нормы.

Таким образом, ответы на поставленные вопросы могут лежать лишь в доктринальной плоскости, все иные варианты «оптимального» выбора из двух коллидирующих норм означают ничто иное как выбор в пользу целесообразности и, в конце концов, в пользу «оптимальной» для конкретной стороны правоотношения нормы.

Классическое учение о системе права в условиях современного юридического позитивизма

Все намеченные выше задачи (а в особенности нас будет интересовать приведенная в начале коллизия ФКЗ РФ «О чрезвычайном положении» и УПК РФ) могут быть разре-

957 О некоторых вопросах, связанных с применением земельного законодательства: Постановление Пленума ВАС РФ от 24 марта 2005 г. N 11 // Вестник ВАС РФ. 2005. N5.

958 Миннигулова Д.Б. Применение аналогии закона в регулировании государственной гражданской службы // Государственная власть и местное самоуправление. 2010. № 8. С. 17–22.

959 Об образовании: Закон РФ от 10 июля 1992 г. N 3266-1 // Российская газета. 1996. N 13.

шены только через обращение к общетеоретическому учению о системе права и системе законодательства.

Согласно теории права разграничение отраслей внутри системы российского права осуществляется на основе как минимум двух критериев: предмета и метода. В отношении аккумулируемого предметом рода общественных отношений провозглашается исключительность норм отдельной отрасли с точки зрения воздействия на эти общественные отношения. Предмет представляет сферу безраздельного господства определенной отрасли. В идеале такая юридическая конструкция подразумевает строгое зонирование правового поля⁹⁶⁰, когда предмет трудового права не совпадает с предметом гражданского (например, отличие трудового договора от договора подряда), предмет административного – с предметом трудового права (труд военнослужащего) и т.п. «Отрасли права разграничиваются в силу объективных качеств, которые свойственны каждой из них, не дублируют, а взаимно исключают друг друга...; содержание отраслевого правового регулирования не может быть охвачено общими положениями других отраслей права, а требует формулировки самостоятельных общих положений...»⁹⁶¹. С. С. Алексеев указывал, что один и тот же «вид общественных отношений не может быть одновременно предметом двух или более отраслей права»⁹⁶². Хотя эта концепция в известной мере и допускает ослабление общей идеи (комплексные правовые институты), все же предмет выступает общепризнанным критерием разграничения отраслей права.

В действительности, конечно же, мы не обнаружим идеально разлинованного на правильные квадраты правового массива, когда правоприменитель без приложения дополнительных усилий всегда бы мог четко установить, относится ли, например, наследственное правоотношение к гражданско-правовым или семейно-правовым, просто обнаружив его в заданном месте. Практическая юриспруденция имеет дело с межотраслевой диффузией, когда даже Гражданский кодекс РФ – средоточие частного права – при строгом взгляде на него вмещает в себя массу административных предписаний (например, институт государственной регистрации юридического лица). А сам при этом допускает присутствие гражданско-правовых норм в актах иной отраслевой принадлежности (п.2 ст. 3 Гражданского кодекса РФ).

Но принципиально важно помнить, что прикасаясь к столь размытому «административно–гражданскому–трудовому» и т.д. массиву, правоприменитель вступает в контакт не с системой права, а с системой законодательства. Несмотря на всю схожесть обе указанные системы актуализируют разные грани явления права. Они каждый раз как бы поворачивают к нам право той или иной стороной медали. И если на одной ее стороне выгравирована объективно существующая система права, представленная набором «классических» отраслей: государственное (конституционное) право, административное право, гражданское право, семейное право, трудовое право и т.д. (всего не более 20 наименований), то другая сторона содержит гораздо больше полей, именуемых отраслями законодательства. Система законодательства субъективна, так как программируется волей законодателя в практических целях, а потому и насчитывает несколько десятков или даже сотен своих отраслей (Указ Президента РФ от 15.03.2000 N 511 «О классификаторе

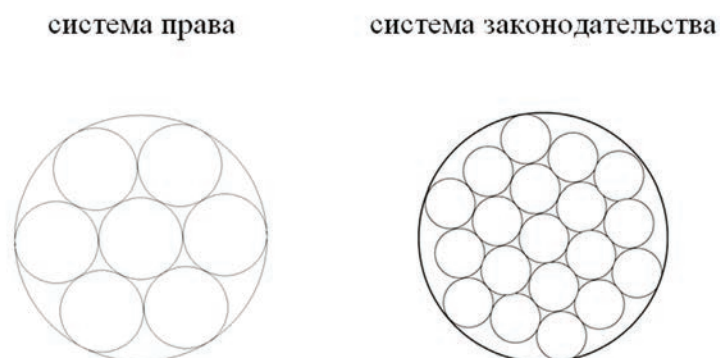
960 Seelman K. Rechtsphilosophie. München: Verlag C.H. Beck, 2007. S.96.

961 Байтин М.И., Петров, Д.Е. Система права: к продолжению дискуссии // Государство и право. 2003. № 1. С. 25–26.

962 Алексеев С.С. Общие теоретические проблемы системы советского права. М.: Государственное издательство юридической литературы, 1961. С.14.

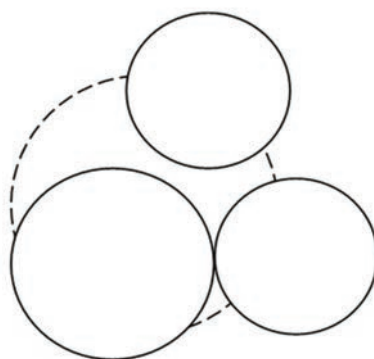
правовых актов»⁹⁶³). Субъективность системы законодательства задает особую роль кодификации (но именно поэтому наличие кодекса вовсе не предопределяет наличие отрасли права). И если система права *выявляется*, система законодательства – *выстраивается*.

Схематически это можно представить так:



Причем в указанных схемах не стоит отображать государственное (конституционное) право, так как оно, по сути, является той основой-матрицей (самой медалью), на теле которой и выстраиваются отрасли права и законодательства.

Понимание «двуединой системности» права позволяет преодолеть многие коллизионные затруднения. Так, если мы обнаруживаем в Трудовом кодексе РФ явно административную по своей природе норму, то это вовсе не означает, что современное трудовое право утратило четкие границы и беспорядочно вмещает в себя «трудо-административно-гражданско-правовые» предписания. Ошибочность такого суждения – в неразличении системы права и системы законодательства. Ведь, согласно приведенной схеме отрасль гражданского права вовсе не обязательно по своим очертаниям совпадет с отраслью гражданского законодательства⁹⁶⁴ на обратной стороне медали:



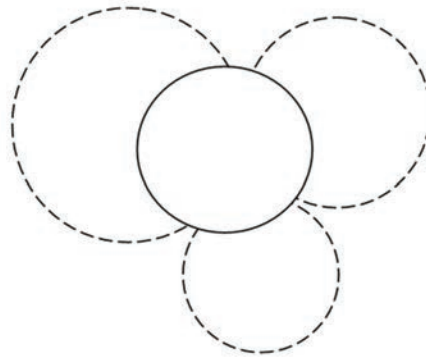
То, что является отраслью гражданского права (обозначено пунктирной линией) в системе законодательства вполне может приобрести вид статьи Семейного кодекса РФ. Но это не делает границ отрасли гражданского права открытыми для беспрепятственного пересечения.

963 О классификаторе правовых актов: Указ Президента РФ от 15 марта 2000 г. N 511 (ред. от 28 июня 2005 г.) [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 06.04. 2019).

964 Рузанова В.Д. Гражданско-правовая законодательная система: теоретические вопросы элементного состава // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2018. № 1 (54). С. 84–88.

Именно на неучете этого обстоятельства покоится проблема комплексных отраслей и институтов права (законодательства). В случае с комплексными институтами права необходимо уточнение: комплексный институт права вовсе не представляет собой некой «серой» пограничной области на стыке нескольких классических отраслей права. Формирование комплексных институтов идет не по пути расщепления предмета отраслей права, а через спецификацию метода правового регулирования. «Комплексный (смешанный) правовой институт представляет собой составную часть данной отрасли права, которая содержит в себе отдельные элементы метода правового регулирования иной отрасли права. Это институт права, ибо данная совокупность норм является неотъемлемой частью определенной отрасли права»⁹⁶⁵. Т.о. внешне осложненный участием нескольких отраслей права институт все же пребывает в рамках предмета «материнской» отрасли и меняет свою принадлежность только в случае коренного преобразования его природы (как, например, наследственное право в свое время переместилось из семейного в гражданское право).

Точно такой же конструкт представляют собой комплексные отрасли законодательства. Если несколько видоизменить приведенный выше рисунок, то комплексная отрасль законодательства будет выглядеть примерно так:



Когда то же банковское, образовательное, медицинское право или же право социального обеспечения закономерно начнут сочетать в себе гражданско-правовые, административные, трудовые и пр. элементы (вплоть до вопросов юридической ответственности за правонарушения в соответствующей сфере). Объясняется это тем, что такая комплексная отрасль законодательства существует на стыке сразу нескольких отраслей права.

Например, указание на то, что учащийся на платной основе в высшем учебном заведении состоит в комплексном правоотношении с этим учебным заведением – административно-гражданском – представляет собой искажение существующих между отраслями связей. Отношения с участием указанного субъекта не регламентируются неким собирательным институтом (подотраслью) «образовательное право» в смысле системы права, т.к. в данном случае речь идет не об одном «комплексном» правоотношении, а о группе смежных. Как минимум, необходимо признать существование самостоятельного административного правоотношения (содержанием которого является комплекс прав и обязанностей между учащимся и учебным заведением) и гражданского правоотношения (опосредуемого договором возмездного оказания услуг). И если административный институт в ходе эволюции усвоит себе элементы гражданско-правового метода, то он все же оста-

⁹⁶⁵ Алексеев С.С. Общие теоретические проблемы системы советского права. М.: Государственное издательство юридической литературы, 1961. С.83.

нется административно-правовым. Однако, будучи искусственно собранными законодателем к единому месту в системе законодательства, указанные нормы административного, гражданского и иных отраслей права образуют комплексную отрасль (подотрасль, институт) законодательства. Наличие комплексных отраслей (подотраслей, институтов), тем самым, нисколько не ставит под сомнение саму идею объективно существующего отраслевого деления системы права.

Практическое применение знания о системе права / результаты

Межотраслевая инверсия (как в смысле системы права, так и в смысле системы законодательства) крайне осложняет правоприменение. Приведем пример. Гражданский кодекс РФ в ст. 256 устанавливает:

«Статья 256. Общая собственность супругов

*Имущество каждого из супругов может быть признано судом их совместной собственностью, если будет установлено, что в течение брака за счет общего имущества супругов или личного имущества другого супруга были произведены вложения, значительно увеличивающие стоимость этого имущества (капитальный ремонт, реконструкция, переоборудование и т.п.). **Настоящее правило не применяется, если договором между супругами предусмотрено иное**»⁹⁶⁶.*

В то же время Семейный кодекс РФ в ст. 37 фиксирует:

«Статья 37. Признание имущества каждого из супругов их совместной собственностью

*Имущество каждого из супругов может быть признано судом их совместной собственностью, если будет установлено, что в период брака за счет общего имущества супругов или имущества каждого из супругов **либо труда одного из супругов** были произведены вложения, значительно увеличивающие стоимость этого имущества (капитальный ремонт, реконструкция, переоборудование и другие)»⁹⁶⁷.*

Как минимум, в двух пунктах указанные законоположения не совпадают. Осложняется ситуация еще и пресловутой «войной приоритетов» кодексов, когда каждый из кодифицированных актов прямо устанавливает свою «повышенную юридическую силу по отношению к иным федеральным законам»⁹⁶⁸. Конкретный судья в конкретном деле вынужден будет определиться с применимым правилом. Интересно, что и теоретическая наука, и судебная практика, разрешают данную коллизию «ad hoc» (лат. «для данного случая», «на раз»), руководствуясь по преимуществу неюридическими критериями.

В посвященной специально данной коллизии научной статье В.Д. Рузановой встречаем следующее суждение: «Относительно же применения действующих норм в сфере совместной собственности супругов можно использовать... подход, при котором для каждой конкретной ситуации следует индивидуально определять, какие нормативно-регулятивные средства в наибольшей мере подходят для оптимального правового регулирования. Безусловно, процесс применения права предполагает индивидуальный подход к каждой конкретной ситуации, основанный на уяснении смысла норм... Относительно правового

966 Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая): Федеральный закон РФ от 30 ноября 1994 г. N 51-ФЗ (ред. от 03 августа 2018 г.) [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 06.04. 2019).

967 Семейный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 1995 г. N 223-ФЗ (ред. от 18 марта 2019 г.) [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 06.04. 2019).

968 Подробный разбор концепции «primus inter pares» (лат. «первый среди равных») см. в: Петров А.А., Шафиров В.М. Предметная иерархия нормативных правовых актов. М.: Проспект, 2014. 208 с.

режима вложений, значительно увеличивающих стоимость имущества каждого из супругов, на основе содержательного критерия можно заключить, что оптимальными являются правила, допускающие возможность договорного регулирования в этой сфере (абз. 3 п. 2 ст. 256 ГК РФ) и учета труда одного из супругов (ст. 37 СК РФ)⁹⁶⁹.

То есть автор предлагает составить из двух несогласованных предписаний Гражданского кодекса РФ и Семейного кодекса РФ одно, вбирающее в себя «преимущества» каждой из норм: «Как видим, в данной ситуации приемом, обеспечивающим правильное применение разноотраслевых норм, выступает соединение различных сторон одних и тех же (или близких) отношений в единый комплекс с учетом их многообразия и вариативности»⁹⁷⁰.

Неоднозначное решение задачи предлагает А. А. Петров: «В аспекте обеспечения правовой законности и стабильности правоприменения в ситуациях пересечения предметов регулирования различных кодексов, устанавливающих собственный приоритет, следует обращаться для разрешения возможных коллизий к содержательному и хронологическому критериям, игнорируя иерархический. Следует считать все такие акты поднятыми на одну ступень выше, чем иные (без приоритета) и формально-юридически равными между собой по юридической силе. Поскольку следующим после иерархического критерия разрешения коллизий принято считать содержательный, а не темпоральный, это дает возможность в полной мере учитывать общее, особенное и исключительное в правовом регулировании, позволяет акцентировать внимание на родовидовых связях коллидирующих норм и, что немаловажно, связывает правоприменителя единым и понятным подходом к решению проблемы. Если же решение вопроса на основании принципа приоритета специальной нормы над общей не представляется возможным, то следует обращаться к темпоральному критерию. Такой подход на практике будет способствовать повышению уровня правовой определенности и предсказуемости решений, основанных на праве»⁹⁷¹. Не совсем ясно, почему для разрешения указанной коллизии необходимо именно игнорировать иерархический критерий. Ведь указанные нормативно-правовые акты – Гражданский кодекс РФ и Семейный кодекс РФ – и не состоят в иерархической связи, поэтому нет и необходимости ее игнорировать.

То, что кодексы в одностороннем порядке заявляют о своей повышенной юридической силе, вовсе не предоставляет им заявляемого преимущества⁹⁷². Каким бы спорным ни был последний тезис (один только факт существования противоречивых правовых позиций Конституционного Суда РФ по вопросу о юридической силе кодекса говорит сам за себя⁹⁷³), все же очевидно, что указанная задача разрешается не за счет юридической силы сталкивающихся законов.

969 Рузанова В.Д. Формы взаимодействия норм семейного и гражданского права в регулировании имущественных отношений между супругами // Актуальные проблемы российского права. 2017. № 5. С.128.

970 Рузанова В.Д. Формы взаимодействия норм семейного и гражданского права в регулировании имущественных отношений между супругами // Актуальные проблемы российского права. 2017. № 5. С. 128–129.

971 Петров А.А. Вопросы преодоления коллизий норм кодексов, устанавливающих собственный приоритет // Вестник Санкт-Петербургского университета. Право. 2019. Т.10. №1. С. 19.

972 Васев И.Н. Коллизионное правовое регулирование: учебно-практическое пособие. М.: Юрлитинформ, 2016. С.71-85.

973 По запросу Питкярантского городского суда Республики Карелия о проверке конституционности статьи 26 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций»: Определение Конституционного Суда РФ от 03 февраля 2000 г. N 22-О // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2000. N 14, ст. 1532; По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы: Постановление Конституционного

Думается, излишней является предлагаемая А. А. Петровым конструкция: «В качестве совета, который мог бы как минимум смягчить сложность решения вопроса о выборе применимой нормы при рассогласованности норм кодексов, каждый из которых закрепляет собственный приоритет, наиболее разумно предложить и законодателю, и правоприменителю использовать следующий механизм решения вопроса: установить, что в случае содержательного пересечения предметов регулирования кодексов, каждый из которых закрепляет собственный приоритет, оба кодекса получают дополнительную одинаковую юридическую силу и в сфере пересечения вновь становятся однопорядковыми»⁹⁷⁴.

Очевидно, разрешение этой коллизии осуществляется не на основе иерархического критерия, а, как было указано выше, на основе содержательного. Причем не за счет поиска общей и специальной норм права (как мы установили ранее, их здесь и не может быть), а по правилу о специально предназначенной норме. Именно на этом уровне и задействуется учение о системе права и системе законодательства. Однако проблема состоит в том, что в указанном случае даже специалисты признают невозможность четко квалифицировать описываемые отношения только как гражданско-правовые или семейно-правовые.

Действительно, институт общей совместной собственности супругов явно тяготеет одновременно как к гражданскому, так и семейному праву. Соблазн быстрого решения задачи предполагает признание природы данного института нераздельно-двусоставной (гражданско-семейной) и механическое соединение предписаний двух кодексов в одно. Но видимая изоморфность нормы о режиме собственности супругов является реальностью лишь в системе законодательства (где мы ее, собственно, и наблюдаем, обращаясь к Гражданскому и Семейному кодексам РФ). В системе же права указанное общественное отношение не может иметь неопределенной размытой природы.

Речь не идет о механическом и принудительном испомещении конкретного общественного отношения по принципу «либо-либо» в сектор либо гражданского, либо семейного права. Уже упоминалось, что система права объективна, поэтому указанное общественное отношение нами, собственно говоря, и не испомещается в каком-либо месте; логика мыслительного процесса здесь развивается в ином направлении – мы пытаемся доступными нам средствами (через знание о предмете и методе как критериях отграничения одной отрасли права от другой) выяснить это местоположение.

Предмет отрасли права – первичен, метод – вторичен. Но это вовсе не означает неважности метода правового регулирования как критерия обособления отраслей права. Например, если бы круг регулируемых гражданским правом отношений определялся только с помощью категории «предмет», то к таковым нельзя было бы отнести личные

Суда РФ от 29 июня 2004 г. N 13-П // Российская газета. 2004. N 143; По запросу Арбитражного суда города Москвы о проверке конституционности пунктов 1 и 4 части четвертой статьи 20 Федерального закона «О банках и банковской деятельности»: Определение Конституционного Суда РФ от 05 ноября 1999 г. N 182-О // Российская газета. 2000. N 8; По жалобе граждан С.В. Бородина, В.Н. Буробина, А.В. Быковского и других на нарушение их конституционных прав статьями 7, 29, 182 и 183 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации: Определение Конституционного Суда РФ от 08 ноября 2005 г. N 439-О // Российская газета. 2006. N 18; По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы: Постановление Конституционного Суда РФ от 29 июня 2004 г. N 13-П // Российская газета. 2004. N 143; Об отказе в принятии к рассмотрению жалоб гражданина Васильева Дмитрия Львовича на нарушение его конституционных прав частями первой и второй статьи 7, частью шестой статьи 162 и статьей 182 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации: Определение Конституционного Суда РФ от 15 мая 2007 г. N 371-О-П [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 06.04. 2019).

974 Петров А.А. Вопросы преодоления коллизий норм кодексов, устанавливающих собственный приоритет // Вестник Санкт-Петербургского университета. Право. 2019. Т.10. №1. С. 17.

неимущественные отношения, так как для них нехарактерна распорядительная самостоятельность и эквивалентный обмен товарными ценностями. Именно единство метода позволило и теории, и практике прийти к заключению, что для защиты личных неимущественных прав в виде их восстановления может быть использован инструментарий гражданского права (например, компенсация морального вреда)⁹⁷⁵.

Предмет представляет собой внеправовой объективный критерий классификации отраслей, метод – внутриправовой (юридический), специально формируемый в юридических целях. Первенство предмета предопределяет содержание метода. Например, может ли гражданско-правовая норма о договоре займа зафиксировать обязанность возврата займа именно в тех денежных знаках, в которых он был выдан?⁹⁷⁶ Можно ли передать по наследству право требования возмещения морального вреда? Возможно ли предположить право кредитора требовать от наследника должника скорейшего вступления в наследство (для последующего удовлетворения требований кредитора)? Или может ли семейное право допустить усыновление на определенный срок? При всей диспозитивности, усвоенной семейным правом от гражданского, специфика именно предмета семейного права не допускает «договорного» срочного характера семейных отношений. Но то, что предмет предопределяет содержание метода, вовсе не низводит второй до инструментального явления.

Напротив, метод, пусть и задаваемый предметом, остается *самостоятельным критерием классификации отраслей права*. Особое значение он приобретает именно в тех случаях, когда отдельное общественное отношение не может быть нами четко отнесено к предмету той или иной отрасли права. Например, именно метод позволяет провести межведомственную линию между гражданским и гражданско-процессуальным правом. По сути, гражданско-процессуальное право своим предметом имеет отношения связанные с *принудительным* осуществлением тех же самых гражданских (а также семейных и трудовых⁹⁷⁷) прав и обязанностей. Заинтересованность государства в обязательном их осуществлении предопределяет ориентированность гражданского процесса на императивность вместо диспозитивности.

Метод не сводится только к диспозитивности или императивности, это совокупность *всех приемов и способов* правового регулирования. По сути, принципы каждой отрасли права – это и есть концентрированное выражение метода. Чем метод семейного права отличается от метода гражданского права? Семья – не расчлняемый и не только хозяйственный союз. «Семейство, как союз естественный, основывающийся не на воле, лежит вне области права; оно соединение людей, а не лиц»⁹⁷⁸. Почему наследственные отношения попали в предмет гражданского права? В них имущественная составляющая пере-

975 Алексеев С.С. Общие теоретические проблемы системы советского права. М.: Государственное издательство юридической литературы, 1961. С.29.

976 Ф. Регельсбергер замечает: «Например, если бы при займе закон устанавливал обязанность к возврату его теми же денежными знаками, какие были получены должником, то этим был бы порезан жизненный нерв всего правоотношения, основанного на займе». Регельсбергер Ф. Общее учение о праве. М.: Типография Т-ва И.Д. Сытина, 1897. С. 19.

977 Родство гражданского и трудового, семейного права проявляется также в том, что до сих пор гражданско-процессуальное право обслуживает как трудовое, так и семейное право как не имеющие «своего» процесса (на самом деле, гражданский процесс разросся, но сохранил старое наименование).

978 Puchta G.F. Cursus der Institutionen. Band 1. Einleitung in die Rechtswissenschaft und Geschichte des Rechts bei dem römischen Volk. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1841. S.58.

весила неимущественную. Юридический факт смерти (а не юридический факт родства), порождающий правоотношение наследования, в данном смысле – стержневой.

Трудовое право тоже выделилось из гражданского (договор подряда или, как он именовался в советском гражданском праве, договор трудового поручения). Но оно тут же за счет эволюции предмета приобрело и свой метод: категория гражданской правосубъектности неприменима к трудовому праву (вступление в трудовое правоотношение, например, не порождает тут же права на основной ежегодный оплачиваемый отпуск, правоспособность здесь не такая односложная, как в гражданском праве), экономическая самостоятельность сторон заменяется отношениями связанности (одна сторона подчиняется трудовому распорядку, устанавливаемому другой), но в то же самое время трудовое право приобрело особый «трудозащитный» характер (при формальном юридическом равенстве сторон трудового отношения трудовой кодекс пытается защитить более слабую сторону – работника через такие институты как охрана труда, оплата простоя, временная нетрудоспособность, профсоюзная организация и пр.).

В приведенной выше коллизии норм Гражданского кодекса РФ и Семейного кодекса РФ именно метод может послужить делу размежевания отраслей права. Сам по себе факт отдельной правовой регламентации института общей совместной собственности супругов с очевидностью означает принципиальную непохожесть его на институт общей собственности в целом. Обратим внимание, что конкретно фиксирует законодатель в ст. 37 Семейного кодекса РФ:

- во-первых, она допускает, что *«имущество каждого из супругов может быть признано... их совместной собственностью, если будет установлено, что в период брака за счет... труда одного из супругов были произведены вложения, значительно увеличивающие стоимость этого имущества»*⁹⁷⁹;
- во-вторых, она **отвергает возможность иного – договорного – режима** такой собственности, что, напротив, допускается ст. 256 Гражданского кодекса РФ.

Простого взгляда на эти два положения достаточно, чтобы понять их неслучайность. Законодатель явно желает оградить интересы второго супруга (и семьи в целом), ограничивая возможности иного договорного регулирования. Такая необходимость диктуется спецификой предмета и «семейно-защитного» метода семейного права (ст. 1 «Основные начала семейного законодательства» Семейного кодекса РФ⁹⁸⁰). Испытывая сложности при отнесении спорного общественного отношения к предмету гражданского или же семейного права, в области метода мы с большей долей вероятности можем заключить о семейно-правовой природе данного отношения. А, значит, указанная коллизия должна быть разрешена в пользу Семейного кодекса РФ как содержащего специально предназначенную норму (при этом специальной такая норма не является)⁹⁸¹. Никаких отсылок

979 Семейный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 1995 г. N 223-ФЗ (ред. от 18 марта 2019 г.) [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 06.04. 2019).

980 Семейный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 1995 г. N 223-ФЗ (ред. от 18 марта 2019 г.) [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 06.04. 2019).

981 А вот, например, права супругов на имущество, являющееся совместной собственностью членов крестьянского (фермерского) хозяйства, устанавливаются уже ст. 257 и 258 ГК РФ. То есть указанные отношения явно входят в предмет гражданского, а не семейного права по той причине, что в них «имущественный» элемент перевешивает «семейный» (п. 2 ст. 33 СК РФ). См.: Семейный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 1995 г. N 223-ФЗ (ред. от 18 марта 2019 г.) [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 06.04. 2019).

к Гражданскому кодексу, пусть, даже в целях частичного заимствования «лучших положений» зафиксированной в нем норме быть не может.

Выводы

Распространенный в современной науке тезис о том, что содержательный критерий задействуется при разрешении коллизий только после отпадения иерархического, необходимо оспорить. В принципе, если довести логику предыдущего повествования до завершения, то необходимо будет прийти к выводу, что выше сформулированное **правило отраслевого приоритета предполагает первенство специально предназначенной нормы даже в том случае, если коллидирующая норма является высшей по юридической силе.**

Подобный вывод, на первый взгляд, противоречит всей теории коллизионного правового регулирования, так как традиционно именно иерархический критерий признается приоритетным при разрешении коллизионного казуса. Но задумаемся: как должно поступить при столкновении, скажем, нормы административного права, изложенной в Постановлении Правительства РФ, с нормой гражданского права, изложенной в федеральном законе, по вопросу, относящемуся к предмету административного права? Очевидно, применению подлежит норма, зафиксированная в Постановлении Правительства РФ. По-видимому, именно эту мысль А.А. Петров и В.М. Шафиров выражают следующим образом: «Отсутствие соответствия нормативного материала, содержащегося в конкретном акте, предмету регулирования влечет невозможность применения иерархических норм и необходимость руководствоваться содержательными и темпоральными критериями преодоления и разрешения коллизий в праве»⁹⁸². Таким образом, **правило отраслевого приоритета одинаково действует в отношении норм как равной, так и различной юридической силы**, обладая наибольшим удельным весом среди иных коллизионных правил, хотя и располагаясь при этом только на второй позиции – после коллизионного правила о приоритете нормы большей юридической силы. При этом необходимо понимать, что такое действие правила о специально предназначенной норме, на самом деле, «вовсе не оспаривает иерархии нормативно-правовых актов»⁹⁸³, а лишь задает объективные границы ее существования.

правило о разрешении коллизии норм разной юридической силы	общеправовое господство правила
правило о специально предназначенной норме	
правило об общей и специальной нормах	
правило разрешения временной коллизии	

После сказанного необходимо вновь обратиться к коллизии ФКЗ «О чрезвычайном положении» и УПК РФ по поводу сроков содержания под стражей, с которой и начиналось повествование. Нет необходимости доказывать, что спорное общественное отношение (продление срока содержания под стражей), на регламентацию которого одновременно

982 Петров А.А., Шафиров В.М. Предметная иерархия нормативных правовых актов / М.: Проспект, 2014. С. 79.

983 Engelbrecht K. Die Kollisionsregel im föderalen Ordnungsverbund. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010. S. 48.

претендуют ФКЗ и УПК РФ и с точки зрения предмета, и с точки зрения метода является уголовно-процессуальным. При этом ФКЗ по своему содержанию вбирает в себя по преимуществу административно-правовые нормы. Законодатель явно ошибся с местоположением уголовно-процессуальной нормы, поместив ее в конституционно-административный закон.

Можно было бы спасти положение указанием на особый – исключительный статус ФКЗ (что явствует уже из его наименования и из ст. 56 Конституции РФ) и на приоритетное действие исключительной (привилегированной) нормы права по отношению к общей и даже специальной нормам. Но такая конструкция, при всем желании, может быть применена лишь в пределах одной отрасли (института) права, так как исключительная норма, также как и специальная, немыслима за пределами одной отрасли (института)⁹⁸⁴.

Идеальной была бы ситуация, когда, желая осуществить именно такое правовое регулирование института содержания под стражей, законодатель продублировал бы норму из ФКЗ в УПК РФ. Но он этого не сделал. Единственным доктринально возможным вариантом разрешения указанной коллизии является выбор в пользу нормы УПК РФ как специально предназначенной и игнорирование нормы ФКЗ «О чрезвычайном положении», несмотря на его высшую юридическую силу. Все остальные варианты их «совмещенного» применения означают отступление от законности в сторону целесообразности.

Правило о специально предназначенной норме, таким образом, в системе иных коллизионных правил обладает наибольшим удельным весом, хотя и располагается при этом только на второй позиции – после коллизионного правила о приоритете нормы большей юридической силы. Правило отраслевого приоритета одинаково применимо в отношении норм как равной, так и различной юридической силы.

7.6. Иерархия источников права России: анализ законодательства и доктрины через сравнительноправовую призму болгарского права⁹⁸⁵

Иерархия права - как концептуальная проблема и как объект регулирования

Данная статья посвящена проблемами системного функционирования права. Рассматриваемое как иерархический порядок норм, право – это совокупно действующая система правил, выстроенных в ступенчатую структуру. Правовые системы Модерного общества в этом отношении часто используют идеи «ступенчатой структуры права» Кельзена и Меркля (*Stufenbau der Rechtsordnung*), где вышестоящие нормы определяют процедуры создания нижестоящих. Вышестоящие нормы, чаще всего, на конституционном уровне, устанавливают рамки содержания нижестоящих, например, законов, и – что практически важно для функционирования правового государства – наделяют определенные органы правотворческими полномочиями. Эта классическая картина фокусируется на национальном праве, а вместе с ним и на верховенстве национальной конституции.

Современность бросает теоретический вызов традиционному иерархическому мышлению о праве с его национальными «ограничениями». Национальные источники права, такие как конституция, законы и кодексы, являются авторитетными изъятиями,

984 Васев И.Н. Коллизионное правовое регулирование: учебно-практическое пособие. М.: Юрлитинформ, 2016. С. 65-66.

985 Настоящий материал не учитывает изменения в международном праве, произошедшие после 24 февраля 2022 г.

основанными на компетенции, вытекающей из верховной власти суверенного народа. Связь между современным государством и правом находит выражение в источниках права – они прежде всего определяют стройную иерархию правовой системы.⁹⁸⁶ Однако сегодня – в условиях национального и наднационального разделения властей – наблюдается как умножение субъектов правотворчества, так и расширение круга источников права. Иерархия права с классической точки зрения представляет собой пирамиду норм, в которой нормативные конфликты регулируются соответствующими коллизионными нормами. Имеют место сосуществование и конкуренция различных правовых систем – нормативная ситуация, в которой, учитывая случаи чрезмерного регулирования, конфликты между различными нормами становятся повседневным явлением. Уже нельзя говорить о единой пирамиде правовых норм, вмещающей все регулирующие правила. Напротив, национальное право должно сосуществовать с относительно независимыми пирамидами норм международного публичного права и наднациональными объединениями, такими как Европейский Союз. Таким образом, иерархия права – это структура, выстроенная и поддерживаемая коллизионными нормами. Сегодня они создаются разными центрами, что усложняет их систему и ставит под сомнение согласованность самих коллизионных норм. Они становятся ключевыми инструментами для разрешения конфликтов власти – в рамках национального государства и его правовой системы, а также в общении с другими правовыми системами (международного права, наднационального правопорядка ЕС, права других государств). Идет конкуренция между правовыми системами, которая оспаривает установленную иерархию в результате столкновения двух или более правовых систем.⁹⁸⁷ Регулирование этих конфликтов в принципе устанавливается на конституционном уровне, где, по крайней мере, прямо закреплен примат Конституции над законами и международными договорами. Значимой возможностью регулирования в этом отношении является принятие специального парламентского закона, детально регулирующего иерархию между национальными правовыми актами. Аспекты этой законодательной техники являются предметом рассмотрения в данной статье. Мы хотели бы познакомить наших коллег с аргументами, сформулированными в ходе разрабатываемого нами исследовательского проекта о современных теоретических измерениях проблем источников права.

В российской правовой доктрине к числу «перезревших» вопросов следует отнести проблему нормативного установления системы и иерархии нормативных правовых актов. Текущее российское законодательство не позволяет в полной мере обеспечить единообразное разрешение иерархических коллизий между нормативными правовыми актами. Кроме того, нет общепринятых подходов к разрешению территориальных и темпоральных коллизий.⁹⁸⁸ Нет единства мнений и в части иерархии источников российского права, соотношения их по юридической силе в силу коллизий. Фактически правоприменители руководствуются доктринальными коллизионными правилами, но не всегда достигается единообразие и далеко не всегда существует единство права юристов относительно таких правил (соотношение кодекса и специального закона, конституционных актов и международного права, нормативного правового акта и правовых позиций высших судебных инстанций и т.п.).

986 Стоилов, Я. Иерархия и конкуренция между современными правовыми системами. – В: Юридическая наука в современном мире. Россия и Болгария. Под общей редакцией Е.А. Фроловой. М.: Прогресс, 2020, с. 156.

987 Там же, с. 157.

988 Васев И.Н. Коллизионное правовое регулирование в России. Вопросы теории и практики. М.: Проспект. 2021. С. 5 – 7.

Несколько раз российская правовая наука предпринимала попытки убедить высшие органы государственной власти России в необходимости разработки и принятия особого федерального закона о нормативных правовых актах, который бы решил наряду с целым рядом проблем вопрос об иерархии нормативных правовых актов. Еще в 1980-е годы ученые-юристы вносили предложение о принятии «закона о законах».⁹⁸⁹ Так, несколько проектов федерального закона о нормативных правовых актах было подготовлено Институтом законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. Первый проект был предложен еще в начале 1990-х годов, а в 1996 г. даже был принят в первом чтении.⁹⁹⁰ Но, без видимых причин рассмотрение проекта федерального закона приостановилось (якобы в силу отсутствия единства в науке и практике относительно системы нормативных правовых актов).⁹⁹¹

Рассмотрение различных законодательных проектов регулирования путем систематизации коллизионных правил ставит интересную теоретическую проблему. Каждая правовая система так или иначе уже содержит определенную внутреннюю иерархию. Она может быть лишь частично регулируемой и противоречивой в некоторых своих элементах. Что является валидной иерархией в этих случаях отсутствия эксплицитного регулирования, будет аргументироваться правовой доктриной и судебной практикой. Любая попытка регулировать иерархию права следовательно представляет собой доктринальную модель, которой сторонник законопроекта хочет придать юридическую силу. В определенной части такой проект лишь «закрепит» иерархические отношения наблюдаемые на практике. В другой части он предложит изменения и преодолет споры по поводу этих иерархических отношений.

Так, в проекте федерального закона 1996 г. о нормативных правовых актах иерархия нормативных правовых актов России была определена следующим образом:

- 1) Конституция Российской Федерации,
- 2) законы Российской Федерации (кодексы, основы законодательства);
- 3) нормативные постановления палат Федерального Собрания Российской Федерации;
- 4) нормативные указы Президента Российской Федерации;
- 5) нормативные постановления Правительства Российской Федерации;
- 6) нормативные правовые акты Центрального банка Российской Федерации, нормативные правовые акты федеральных органов исполнительной власти;
- 7) нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации;
- 8) нормативные правовые акты органов местного самоуправления.

Среди нормативных правовых актов были названы нормативные постановления Конституционного Суда Российской Федерации, но место этих актов толкования не было определено четко с точки зрения юридической силы. Тем не менее следует принять допустимым вопрос о необходимости отражения в иерархии источников права актов толкования Конституционного Суда Российской Федерации. Для сравнения, интересен способ решения этого вопроса в болгарском законодательстве. Если мы сравним ст. 125, ч. 5 Кон-

989 Казьмин И.Ф., Поленина С.В. «Закон о законах»: проблемы издания и содержания//Советское государство и право. 1989. № 12. С. 3 – 9.

990 Поленина С.В. Лазарев Б.М., Лившиц Р.З., Козлов А.Е., Глушко Е.К. Инициативный проект федерального закона о законах и иных нормативно-правовых актах РФ//Государство и право. 1995. № 3. С. 57 – 68.

991 Тихомиров, Ю.А. Закон о нормативных правовых актах - актуальная повестка дня / Ю.А. Тихомиров, Т.Н. Рахмина, А.Г. Хабибулин // Журнал российского права. – 2006. – № 5(113). – С. 88 – 93.

ституции РФ и ст. 149, ч. 1, п. 1 Конституции Болгарии, мы увидим, что конституционные суды обеих стран обладают толковательными полномочиями. В то же время, если в российской норме написано, что «Конституционный Суд Российской Федерации по запросам... дает толкование Конституции Российской Федерации», то в Болгарии еще в 1991 году при принятии Конституции записано, что Конституционный Суд дает «**обязательные** толкования Конституции». В сочетании с устоявшимся общетеоретическим пониманием того, что толкование разъясняет определенный смысл, изначально заложенный законодателем, это привело к пониманию, что толковательные решения Конституционного суда Болгарии формулируют позиции, которые «станут частью болгарской Конституции»⁹⁹². Их соблюдение так же обязательно, как и самой Конституции, которую они толкуют. С этой точки зрения, высший квазиконституционный статус этих толкований в иерархии права не подвергается сомнению, конечно, с оговоркой, что в силу своего судебного характера они иногда пересматриваются и меняют практику конституционного суда⁹⁹³.

Следует отдельно отметить, что все проекты закона о нормативных правовых актах в той или иной степени затрагивали более широкий предмет регулирования: система и иерархия источников российского права. Так, каждый законопроект предусматривал соотношение нормативного правового акта, актов международного права и роль актов высших судебных инстанций. Не случайно, что в юридической литературе поднимался вопрос о необходимости разработки и принятия более широкого по содержанию и значению федерального закона «Об источниках права в Российской Федерации», который бы разрешил проблемы соотношения и разрешения коллизий между нормативными правовыми актами и неписаными источниками права: правовой доктриной, правовым обычаем, судебной практикой и т.д.⁹⁹⁴

В доработанной версии проекта федерального закона о нормативных правовых актах 1999-2004 гг. практические не произошло изменений в части иерархии нормативных правовых актов. Можно отметить, что законопроект обособил виды законов: законы Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации, федеральные конституционные законы, кодексы, основы законодательства. В указанном проекте закона были выделены акты Генерального прокурора Российской Федерации.

Впоследствии еще несколько раз в 2006, 2014, 2021 г. поднимался вопрос о принятии данного федерального закона, но безуспешно. Весьма подробно была установлена иерархия нормативных правовых актов и правила разрешения коллизий между ними в проекте федерального закона «О нормативных правовых актах в Российской Федерации», внесен-

992 См. например, высказанная Судом позиция о том, что «путем разъяснения точного смысла конституционных положений и выстраивания стройной и непротиворечивой системы нормативных актов, связанных с Конституцией, толкование способствует предотвращению использования санкционных полномочий конституционного суда и, в частности, объявление того или иного закона неконституционным ... [П]олномочия Конституционного Суда в соответствии со ст. 149, пар. 1, пункт 1 Конституции играют исключительно важную роль в формировании и утверждении верховенства основного закона и способствуют защите и обеспечению соблюдения основных прав и свобод граждан». – Решение № 8 от 1 сентября 2005 г. Конституционного суда Болгарии по конст. делу № 7/2005.

993 Более подробное обсуждение роли решений конституционных судов в развитии права и вытекающего отсюда вопроса о легитимности эволюционного толкования и смены интерпретационных позиций, см. Гройсман, С. Правно действие на тълкуванията на Конституцията, давани от Конституционния съд – В: Правовата държава в България, ред. Даниел Вълчев, Мартин Белов, София, УИ „Св. Климент Охридски“, 2021, с.127-158.

994 Сорокин, В.В. Концепция эволюционных преобразований правовых систем в переходный период. / В.В. Сорокин. - Барнаул.: Алт-й гос. ун-т, 2002. С. 450.; Васильев А.А. Правовая доктрина как источник права. М.: Проспект, 2021.

ном в Государственную Думу Правительством Российской Федерации в 2014 г. Иерархия по проекту закона выглядела следующим образом:

- 1) Конституция Российской Федерации;
- 2) Законы о поправках к Конституции Российской Федерации;
- 3) Федеральные конституционные законы;
- 4) Федеральные законы
- 5) нормативные правовые акты Совета Федерации и Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации;
- 6) нормативные правовые акты Президента Российской Федерации;
- 7) нормативные правовые акты Правительства Российской Федерации;
- нормативные правовые акты федеральных органов исполнительной власти;
- 8) нормативные правовые акты иных государственных органов Российской Федерации, их должностных лиц;
- 9) конституция (устав) субъекта Российской Федерации;
- 10) законы субъекта Российской Федерации;
- 11) нормативные правовые акты законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Российской Федерации;
- 12) нормативные правовые акты высшего должностного лица субъекта Российской Федерации (руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации);
- 13) нормативные правовые акты высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации;
- 14) нормативные правовые акты органов исполнительной власти субъекта Российской Федерации;
- 15) нормативные правовые акты иных государственных органов субъекта Российской Федерации и должностных лиц субъекта Российской Федерации;
- 16) устав муниципального образования;
- 17) нормативные правовые акты, принятые на местном референдуме (сходе граждан);
- 18) нормативные правовые акты представительного органа муниципального образования;
- 19) нормативные правовые акты главы муниципального образования;
- 20) нормативные правовые акты местной администрации;
- 21) нормативные правовые акты иных органов местного самоуправления и должностных лиц местного самоуправления, предусмотренных уставом муниципального образования.⁹⁹⁵

Следует отметить, что такой законопроект не только бы разрешил вопрос об иерархии нормативных правовых актов, но и упорядочил значимые аспекты правотворческой и правоприменительной деятельности: планирование правотворчества, правила юридической техники, правила устранения пробелов и коллизий, толкование актов, экспертиза и систематизация законодательства.⁹⁹⁶

995 Единый портал раскрытия информации о подготовке федеральными органами исполнительной власти проектов нормативных правовых актов и результатах их общественного обсуждения <http://regulation.gov.ru> по состоянию на 29.12.2014

996 Текст документа приведен в соответствии с публикацией на сайте <http://regulation.gov.ru> по состоянию на 26.12.2014//Справочная правовая система Гарант.

Последняя версия законопроекта 2021 г. учла цифровые аспекты, появление цифровых актов, тенденции в сфере международного сотрудничества в рамках СНГ, ЕАЭС, поправки к Конституции Российской Федерации 2020 г.⁹⁹⁷ Складывается впечатление, что отсутствие такого закона выгодно для законодателей и практики правоприменения. С одной стороны, законодатель не хотел бы взять на себя дополнительную ответственность за качество нормативных правовых актов, а с другой стороны неопределенность иерархии нормативных правовых актов и коллизионного права позволяет произвольно подходить к разрешению тех или иных юридических споров. В российской правовой науке отмечается, что самым слабым местом всех проектов выступает отсутствие ответственности субъектов правотворчества за качество издаваемых ими актов. Лишь косвенно ответственность выражается в иных актах: о признании противоречащими конституции или закону нормативных правовых актов, возможность применения санкций в виде роспуска или отставки законодательных органов власти субъектов и должностных лиц субъектов Российской Федерации, представительных органов и глав муниципальных образований в случае издания незаконных правовых актов. Аналогичная ответственность не установлена в отношении высших органов государственной власти России.⁹⁹⁸ Сравнение с болгарским опытом показывает, что Закон о нормативных актах является подходящим средством защиты от незаконных подзаконных актов. Существует широкая практика отмены полностью или частично подзаконных актов министров Высшим административным судом из-за несоответствия с ЗНА. В то же время правила хорошего законодательства, изложенные в ЗНА, часто нарушаются парламентским законодателем, что не является основанием для их отмены. ЗНА имеет статус обычного парламентского закона, поэтому несоблюдение некоторых его требований остается несанкционированным – суды не могут отказать в применении закона, принятого в нарушение ЗНА, а у Конституционного суда нет оснований признать его противоречащим конституции.

Злободневность повестки в части принятия закона о нормативных правовых актов усугубляется тем, что подобные законы приняты в более чем 50 субъектах Российской Федерации. В перспективе принятие такого закона на федеральном уровне поставит вопрос о согласовании содержания всех этих локальных актов более низкого уровня. Нельзя называть экзотикой аналогичные акты для зарубежных правовых систем. Так, «законы о законах» приняты в Венгрии, Италии, Японии, КНР и большинстве стран СНГ – Казахстане, Беларуси, Армении, Киргизии, Таджикистане, Азербайджане. Причем в странах СНГ за основу был взят Модельный закон о нормативных правовых актах СНГ, разработанный в Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации.⁹⁹⁹

В российской юриспруденции не раз поднималась проблема соотношения и построения иерархии не только нормативных правовых актов, но ставился вопрос о теоретической разработке и нормативной фиксации системы и иерархии источников российского права.

997 О нормативных правовых актах в Российской Федерации (проект федерального закона). 6-е изд., перераб. и доп. / рук. авт. коллектива Т.Я. Хабриева, Ю.А. Тихомиров – М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2021. 96 с.

998 Бошно С.В. Закон о нормативных правовых актах: прошлое, настоящее и перспективы // Право и современные государства. 2015. № 2. С. 20 – 21.

999 Закон КНР о правотворчестве (принят на 3-й сессии ВСНП девятого созыва 15 марта 2000 г) // Современное законодательство Китайской Народной Республики: сборник нормативных актов / сост., ред. и авт. предисл. Л.М. Гудошников. М., 2004. С. 56 – 78.

Н.Г. Сильченко, В.В. Сорокин, В.А. Толстик, Ю.Г. Арзамасов выдвигали различные подходы к системе источников права, юридических связей между отдельными источниками права, необходимости принятия закона или даже отдельного Кодекса об источниках права.

Однако, в правовой науке дискуссионными остаются такие важные вопросы как сама система источников российского права и их иерархическое соотношение. Юриспруденция в России попала в парадокс логического круга. Во многом отсутствие нормативного решения в российском законодательстве вопроса о системе и иерархии источников права влечет за собой продолжение и развитие научной дискуссии. С другой стороны, отсутствие общепринятого доктринального подхода к системе и иерархии источников российского права не позволяет приблизиться к разработке и принятию такого закона об источниках права.

Прежде всего, требует определения круг источников российского права. Российский законодатель отнес к источникам права:

- нормативный правовой акт (нормы Конституции РФ о соотношении Конституции РФ, федеральных конституционных законов и федеральных законов, подзаконных нормативных актов Президента РФ и Правительства РФ и актов органов местного самоуправления);
- общепризнанные принципы и нормы международного права, международные договоры (ст.15 Конституции Российской Федерации);
- нормативный правовой договор (федеративный договор, договоры между субъектами РФ и Российской Федерации, коллективные договоры и соглашения);
- правовой обычай (ст. 5 ГК РФ и КТМ)¹⁰⁰⁰.

Предложенная иерархия права подлежит анализу в свете ряда чувствительных моментов, касающихся актов и социальных практик, чьи характеристики как источников права продолжают вызывать споры в юридической науке.

Иерархия права и проблемы статуса его судебных источников

Косвенно некая юридическая сила признается за принципами права при восполнении пробелов права и актами высшей судебной инстанции (постановлениями Пленума Верховного суда РФ и постановлениями Конституционного суда РФ). Долгое время доминировала позиция о том, что акты Верховного суда и иных высших судебных инстанций не являются источниками права, а являются интерпретационными актами, которые выполняют функции толкования норм права. На сегодняшний день отрицать регулятивное значение актов Верховного Суда Российской Федерации не представляется возможным как по нормативным установлениям, так и по фактической действительности в юридической практике.

Дискутируется вопрос о признании актов Верховного суда Российской Федерации в качестве судебного прецедента с соответствующими юридическими свойствами. Отчасти эта дискуссия была связана с попытками активного внедрения в российское право стандартов английского права в рамках деятельности корпораций. С другой стороны, прецедентную логику актов высших судов активно проводило руководство Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации вплоть до его ликвидации. Активность выразилась и в том, что Конституционный Суд РФ в одном из своих постановлений фактически

1000 Васев, И.Н. Обычное право русской крестьянской общины (XIX - начало XX в.) / И.Н. Васев, К.А. Синкин, А.А. Васильев. – Москва : Издательство «Юрлитинформ», 2019. – 328 с.

санкционировал обратную силу решений Высшего Арбитражного Суда РФ при пересмотре судебных актов в порядке надзора или по вновь открывшимся обстоятельствам.

По нашему мнению, Постановления и иные акты Верховного суда РФ по вопросам разъяснения и применения законодательства по своей природе не является аналогом юридических прецедентов:

- постановления принимаются в рамках обобщения юридической практики по родственным категориям юридическим делам, а не по конкретным делам, как в случае с прецедентом;
- постановления издается высшим органом судебной власти, тогда как прецеденты в рамках системы общего права формируются судами различных уровней судебной системы;
- по содержанию постановления Пленума Верховного Суда РФ носят практически нормативный характер, тогда как прецеденты характеризуется индивидуальностью (не случайно, что ряд ученых относит постановления Пленума Верховного Суда РФ причисляют к нормативным правовым актам судебной власти).

Квалификация постановлений Пленума Верховного суда РФ в качестве нормативных правовых актов вряд ли возможно в силу ряда причин:

1) отсутствие в законодательстве прямого указания на статус данных актов в качестве нормативных правовых актов;

2) подзаконный, вторичный характер актов Верховного Суда РФ (сами по себе данные акты не являются самостоятельными, не применяются отдельно от нормативных правовых актов и тесно связаны с толкованием нормативных правовых актов). По сути дела, данные акты не создают новых норм права, и призваны лишь дать необходимую интерпретацию существующим нормам права;

3) достаточно спорный характер обязательности данных актов. С одной стороны, самостоятельность и независимость суда как принципы устройства судебной системы правосудия. С другой стороны, наличие положений в ГПК, АПК, ФКЗ «О судебной системе в Российской Федерации» об обязательности разъяснений Верховного суда РФ по вопросам судебной практике предполагают определенное правовое значение данных толкований.

Так, в ч.4 ст.19 ФКЗ «О судебной системе в Российской Федерации» установлено, что «Верховный Суд Российской Федерации в целях обеспечения единообразного применения законодательства Российской Федерации дает судам разъяснения по вопросам судебной практики»¹⁰⁰¹. В ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации» подтверждено указанное полномочие, а также предусмотрено право Президиума Верховного суда РФ в порядке надзора пересматривать судебные акты нижестоящих судов в целях обеспечения единства судебной практики. Данные полномочия находят свою конкретизацию в процессуальном законодательстве и позволяют утверждать об особой юридической силе актов Верховного Суда Российской Федерации. В случае отказа следовать разъяснениям Верховного Суда Российской Федерации решения нижестоящих судов могут быть пересмотрены и отменены по мотивам противоречия единству судебной практики. А можете написать, если нижестоящий суд не будет следовать разъяснения ВС, то что будет? Наверное его акты будут отменять в ходе инстанционного контроля?

Полагаем, что более правильным бы было отнести акты Верховного суда РФ к судебной практике в качестве самостоятельного источника права с приобретением особых

¹⁰⁰¹ Федеральный конституционный закон «О Судебной системе Российской Федерации» от 31 декабря 1996 г.// Собрание законодательства Российской Федерации от 6 января 1997 г. N 1 ст. 1

нормативных свойств. Очевидны отличия постановлений Пленума Верховного суда РФ от прецедентов и нормативных правовых актов.

В то же время, в более широком смысле следует отметить, что существуют два основных требования к судебной практике и различным источникам права, которые являются ее частью. Во-первых, суды должны давать правильное толкование конституции и законов, сообразно роли, отведенной им в системе разделения властей. Следующим, более недооцененным, но не менее важным, является требование, чтобы суды были последовательны в своем толковании, не изменяя произвольно занимаемые ими толковательные позиции. Это требование последовательности в толковании и связанности конституционных и верховных судов позициями, которые они сами уже заняли, представляется, с аналогичной точки зрения, неразрывно связанным с самой природой правового государства как состояния правовой определенности, то есть государства предсказуемого права¹⁰⁰².

Место доктрины в иерархии права

Существование различных конкурирующих коллизионных норм всегда будет приводить к сложностям в их комплексной кодификации в едином нормативном акте, который обеспечил бы комплексное решение проблем иерархии права. В этом смысле – как в случае существования закона о нормативных актах, как в Болгарии, так и в случае отсутствия такого закона на национальном уровне, как в России, правовая доктрина играет важную роль в осмыслении и преодолении возникающих коллизий. Начиная с классических норм-сентенций римского права о примате одного закона (*lex*) над другим и заканчивая современными спорами о соотношении национального и наднационального права, правовая доктрина концептуализирует и выстраивает иерархию права, чтобы сформулированные доктринальные позиции впоследствии были приняты в судебной практике и, в конечном итоге, на уровне парламентского или конституционного законодательства.

Таким образом, мы приходим к определенному парадоксу: доктрина стремится к арбитражированию между различными конкурирующими источниками права (а вместе с ними и между их соответствующими позициями авторитета), но сама имеет спорный статус в иерархии этих источников. Это понятно, потому что сама доктрина часто дает разные ответы на одни и те же вопросы – она в принципе свободна и неиерархична. В юридической литературе сложилось три подхода относительно места правовой доктрины в системе источников права¹⁰⁰³.

Во-первых, в отечественной, как впрочем, и зарубежной юридической науке большинством учёных отрицается регулятивная функция правовой доктрины, её способность быть источником права.

Таким образом, возражения противников признания правовой доктрины в качестве источника права сводятся к тому, что в современных государствах произведения учёных или их общее мнение не санкционируются властью в качестве обязательных, а также возможности возникновения противоречий между учёными по тому или иному вопросу.

Аргумент относительно отсутствия санкции государства на применение научных положений не выдерживает критике по той причине, что в Англии, США, странах мусульманского Востока, Китае, Индии, Израиле правовой и религиозно-правовой литературе

1002 Этот тезис подробно развит в исследовании Гройсман, С. Върху статуса на съдебната практика като източник на правото. Годишник на Софийския университет „Св. Кл. Охридски“. Юридически факултет, Том 88, 2022.

1003 См: Васильев А.А. Правовая доктрина как источник права. М.: Проспект, 2021.

официально законодательной властью или судами придана общеобязательность. Кроме того, история Древнего Рима и других государств мира подтверждает использование правовой доктрины в качестве авторитетного руководства для разрешения юридических ситуаций без государственного одобрения. Так, отечественный историк права П.Г. Виноградов, отвергавший возможность оценки науки права в качестве источника права, пишет: «При разборе трудных дел римские магистраты раннего периода совещались относительно юридических норм с понтифексами, а впоследствии стали спрашивать совета у знаменитых юристов. Тяжущиеся стороны точно так же получали частные советы, которые иногда пользовались авторитетом у трибуналов»¹⁰⁰⁴.

Продолжая эту мысль с нашей современной точки зрения, мы можем дополнить, что цель ученых юридических факультетов никогда не выражалась в создании норм, которые были бы обязательными для суда, в силу того, что они были провозглашены юридической наукой. Напротив, ученые «собирают» знания о праве, выводя из них конкретные разрешения, которые, хотя явно не сформулированы законодателем, обнаруживаются в его общих нормах и принципах.

Таким образом, возражения противников признания правовой доктрины в качестве источника права сводятся к тому, что в современных государствах произведения учёных или их общее мнение не санкционируются властью в качестве обязательных. Объяснение этим интерпретациям можно найти в последствиях установления буржуазного права 19 века, созданного в ходе великих кодификаций. Утверждая точность, ясность, полноту, закон государства Нового времени является выражением воли законодательного органа, и допущение доктринального толкования в процессе его применения может исказить эту волю и даже лишить ее роли как важнейшего фактора общественного порядка жизни на пути государственного самоуправления. Независимо от того, кто является сувереном – народ или монарх, профессорам права нет места в его процессе управления, а судьи обязаны следовать его суверенной воле при решении своих дел.

Однако современные правовые системы дают нам возможность получить дополнительный взгляд. Не нарушая требования к верховенству закона, юридическая доктрина может рассматриваться как вспомогательный критерий в его интерпретации. С этой точки зрения соотношение между нормой закона и предлагаемым в доктрине конкретным правилом, с одной стороны, является соотношением текста и интерпретацией этого текста.

С другой стороны, уточняюще-конкретизирующее толкование доктрины имеет подзаконный характер. Он должен применять закон наилучшим образом, оставаясь в рамках, изложенных законом. Отсюда следует, что конфликт в настоящее время может иметь место не с учетом каких-либо требований доктрины «заменить или вытеснить закон», а только с учетом того, можем ли мы вообще говорить о том, что для суда и государственных органов возникает некоторая возможность применять данное доктринальное предложение, таким же нормативным образом, каким они обязаны применять норму закона.

Аргумент о расхождении во взглядах учёных-правоведах, нарушающий принцип формального равенства и единообразия в судебной практике – *non est argumentum* (не является аргументом), поскольку: а) как правило, обязательность приобретает за теми взглядами, которые разделяются всеми или большинством юристов (общепринятые представления в форме принципов, аксиом, конструкций и т.п.) – *communis opinio doctorum* (общее мнение юристов); б) при возникновении разных точек зрения следует руковод-

1004 Виноградов, П.Г. Очерки по теории права / П.Г. Виноградов. - М., 1915. С. 124 – 125.

ствоваться наиболее авторитетной и рассчитывать на здравый смысл и совесть суда, не забывая, что при расхождении правовых норм из писанных источников права или судебных прецедентов суду предоставляется свобода усмотрения (по какой причине тогда отказывают в такой вызванной объективными закономерностями действия права (пробелы в позитивном праве, противоречия между правовыми нормами) свободе усмотрения применительно к мнениям учёных).

Во-вторых, ряд исследователей считает правовую доктрину вспомогательным, вторичным, дополнительным источником права, призванным восполнять пробелы в позитивном праве, устранять неясность и неполноту писанных источников права. Иными словами, правовая доктрина наряду с правовым обычаем и судебной практикой может применяться в случае недостаточности писанных источников права для упорядочения общественных отношений.

Источником права правовую доктрину в России признаёт немногочисленная группа учёных В.В. Сорокин, Р.В., Пузиков, С.В. Бошно, Н.Н. Разумович, Н.Л. Гранат, Т.Н. Нешатаева¹⁰⁰⁵. Ряд правоведов относит доктрины к ведущему источнику права, который находится на вершине пирамиды источников права (В.В. Сорокин, А.А. Васильев).

По нашему мнению (А.А. Васильева), иерархия источников права российского права венчает правовая доктрина, закладывающая концептуальные основы правового порядка, а также правовые принципы, которые рассматриваются как источники его руководящих положений. Этот взгляд демонстрирует взаимосвязь между концептуализацией права (с помощью доктрины), его созданием (законодателем на основе доктринальных концепций) и последующим применением законодательного замысла, опять же интерпретированного через доктринальную призму.

Законодательное регулирование иерархии права как применение достижений доктрины

Особый интерес вызывает опыт Болгарии относительно системы источников права и нормативных правовых актов, в которой Закон о нормативных правовых актах (ЗНА) был принят еще в 1973 г. и подвергся серьезному обновлению в 2007 году в контексте процесса вступления Болгарии в Европейский Союз.¹⁰⁰⁶ Болгарский закон установил иерархию нормативных правовых актов и ряд требований в части порядка разработки и оформления правовых актов. Прежде всего, данный закон четко определил природу и назначение законов и подзаконных актов. Законам уготована роль ведущего и постоянного средства правового регулирования. И только законом может быть предписан порядок принятия тех или иных подзаконных актов органами исполнительной власти.

Отдельное внимание в законе уделяется правилам оформления нормативных правовых актов, планированию правотворческой деятельности, порядку опубликования и действия нормативных правовых актов во времени. Большая часть данных вопросов подробно изложена в Указе № 883 от 24 апреля 1974 года о применении Закона о нормативных актах.

В то же время остается открытым вопрос о санкциях за несоблюдение Закона о нормативных актах. Если болгарский парламент принимает законодательство в нарушение

1005 Разумович, Н.Н. Источники и форма права / Н.Н. Разумович//Советское государство и право. 1988. № 3. С. 21.; Сорокин, В.В. Источники переходного права / В.В. Сорокин//Личность и государство на рубеже веков. - Барнаул.: Алт. гос. ун-т, 2000., С. 76.

1006 Закон о нормативных актах принят в 1973 г.(см.:Държавен вестник. 1973.№27).

ЗНА, такое нарушение не рассматривается Конституционным судом Республики Болгария в качестве основания для признания его неконституционным. На практике не существует никаких санкций за нарушение ЗНА парламентом. Напротив, Верховный административный суд Республики Болгария смог создать судебную практику, согласно которой нарушение правил ЗНА при принятии подзаконного акта является основанием для его отмены. Однако если во втором случае речь идет о противоречии между отмененным нормативным актом и законом, то в первом имеется противоречие между двумя законами равной силы (новым законом и ЗНА). Предложением в этом направлении могло бы стать установление в практике конституционных судов правила, предусматривающего санкции за несоблюдение правил надлежащего законотворчества при выработке парламентского законодательства. Конституционный суд Республики Болгария сылается для этой цели на нарушение принципа правового государства, который прямо содержится в Конституции и включает в себе требования ясного, беспротиворечивого, стабильного и справедливого законодательства (т. н. „формальный аспект“ правового государства). В странах, где существует возможность принятия органических законов, можно было бы придать актам, подобным ЗНА, органический статус и, следовательно, приоритет над обыкновенными парламентскими законами, установив требования к процедуре их принятия.

Несмотря на то, что ЗНА эффективно регулирует иерархию права в Болгарии, с 1970-х годов он не смог охватить ее в полном развитии. С этой точки зрения иерархию права (то есть всех норм в его источниках) можно сравнить с иерархией уставов (нормы которых являются лишь частью, не исчерпывая правовой системы). В этом ключе будет полезно представить читателю текущую модель иерархии права в Болгарии, указав на ее точки соприкосновения с прямым регулированием ЗНА:¹⁰⁰⁷

1) Верховным источником права является Конституция Болгарии, которая функционирует в единстве с решениями Конституционного суда Болгарии о толковании Конституции;¹⁰⁰⁸

2) Сразу же после конституционного уровня регуляции идут акты первичного и вторичного права Европейского союза. В то же время в болгарской юриспруденции имеет место дискуссия относительно приоритета права ЕС в отношении болгарской конституции;

3) Ратифицированные международные договоры, которые были опубликованы и вступили в силу для Республики. Учредительные договоры Европейского Союза также прошли через эту процедуру, но получили более высокий статус среди „обычных“ международных договоров ввиду их интеграционного характера и в силу прямого конституционного положения об участии страны в Союзе (Статья 4(3) Конституции).

Особенности иерархии перечисленных до сих пор источников подлежат регулированию на уровне Европы и ЕС. Упомянутые ниже источники (пункты 4-5) уже являются правовыми актами в понимании ЗНА и регулируются этим законом.

4) Законы и кодексы Болгарии (принимаются законодательной властью и имеют равную юридическую силу);

5) Подзаконные нормативные правовые акты (акты Совета министров, отдельных министров, общинских советов и иных органов публичной власти);

За пределами регулирования ЗНА и его коллизионных норм, следующие источники права остаются предметом фрагментарного регулирования в отдельных законах:

1007 Вълчев Д. Лекции по обща теория на правото. София, Сиела. Ч.1.

1008 Близнашки Г. Конституционно право. София. Т.1. 2020.

6) Обязательные толкования двух верховных судов;

7) Судебная практика по конкретным делам, статус которой официально не определен, но которая фактически имеет убеждающее и аргументирующее значение.;

8) Обычай. ГПК Болгарии указывает на возможность применения обычая в случае отсутствия закона по спорному случаю, но только в частноправовых спорах;

В качестве заключительного элемента болгарской иерархии источников права можно выделить ряд актов и социальных практик, общественная значимость которых возрастает, но правовые последствия которых все еще являются предметом спора:

9) доктрина и *soft law* как косвенные источники права. *Soft law* – формально необязательные правила, но избранные добровольно таковыми субъектами публичного и частного права (акты Венецианской комиссии, Принципы европейского договорного права и т.п.¹⁰⁰⁹

Значительную роль в толковании и применении болгарского права играют принципы права.¹⁰¹⁰

Сравнение различных позиций болгарских и российских авторов показывает, что спор в отношении доктрины как источника права продолжает оставаться актуальным. Если доктрина рассматривается как источник, потому что она создает (помогает вывести и уточнить содержания) правила поведения, то не трудно принять ее в качестве источника. Если через понятия «источника» подчеркиваются способы властного введения обязательных правил, то убежденность в функционировании доктрины как источника колеблется.

В настоящее время в Болгарии состояние «сверхрегуляции» на законодательном уровне в сочетании с наличием огромных массивов судебной практики для интерпретации законов оставляет вопрос о доктрине в качестве юридического источника на заднем плане. Вопросы, касающиеся решения гражданских и уголовных дел, находят свое разрешение в судебной практике. Однако доктрина в значительной степени влияет на рассуждения верховных судов.

Фактическое использование доктрины в качестве источника для выведения правил поведения осмысливается в Болгарии такими категориями как «убедительности»¹⁰¹¹ и «фактической действительности (валидности)».¹⁰¹²

Несмотря на то, что они отличаются от идеи обязательной силы и нормативной валидности, эти категории объясняют, почему суды используют доктрину, хотя у них нет соответствующего юридического обязательства. Хотелось бы отметить, что на практике доктрина оказывается необходимой в качестве вспомогательного средства там, где отсутствует закон, где должны быть преодолены противоречия между различными нормами или там, где должен быть выведен смысл самых абстрактных принципов.

Все это объясняет, почему особенно велика роль диалога между доктриной и практикой в области конституционной юриспруденции. Болгарский Конституционный суд систематически конституирует выдающихся преподавателей в качестве *amici curiae* («друзей суда»), которые дают свои заключения в сложных вопросах интерпретации конституционных принципов. В таком плане не случайно, что в области конституционного

1009 Вълчев Д. За природата на правните принципи, в сб. „Научни четения на тема „Правни норми и правни принципи“, Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, 2018 г.

1010 Стоилов Я. Правните принципи: теория и приложение. София: Сиби, 2018.

1011 Ташев, Р. Обща теория на правото. Основни правни понятия / Р. Ташев. – С.: Сиби, 2010. – С. 114 – 115.

1012 Ташев, Р. Към понятието за правен принцип / Р. Ташев // Съвремено право. – 2001. – №6. – С. 24 – 30.

правосудия также говорится о «конституционной доктрине», которая представляет собой формальное понимание Конституционного суда толкования Конституции.¹⁰¹³

Юридическая доктрина, понимаемая как учение – в конечном счете, о том, как понимать письменные нормы, необходима там, где нормативные тексты оказываются недостаточными. Конституционные судьи создают свое собственное учение о конституции, которое развивается и взаимодействует вместе с теориями (доктринами) учения юристов-ученых о Конституции.

¹⁰¹³ Карагьозова-Финкова, М. Конституционните юрисдикции в новите демокрации от Европейския съюз / М. Карагьозова-Финкова. – С.: Софи-Р, 2009. – С. 363.

Глава 8. Иерархия источников отдельных отраслей права

8.1. Конституционализация как процесс влияния конституционных норм на отраслевое законодательство на примере института административной ответственности

К настоящему времени принцип верховенства права и закона дополнился сравнительно новой составляющей - конституционализмом. Конституционализм означает, прежде всего, сам факт наличия конституции и ее активного влияния на политическую жизнь страны, верховенство и определяющую роль конституции (писаной или неписаной) как основного закона в системе действующего законодательства, опосредованность политических отношений конституционно-правовыми нормами, конституционное признание прав и свобод личности, правового характера взаимоотношений гражданина и государства¹⁰¹⁴.

Понятие «конституционализм» происходит от термина «конституция», но не равнозначно ему и имеет множество интерпретаций в юридической и политической науке. Превагирует мнение, что «конституционализм» впервые появился в американской политико-правовой мысли на рубеже XVII - XIX в. для обозначения верховенства писаной конституции над издаваемыми законами и иными правовыми актами¹⁰¹⁵. Но в дальнейшем этот термин получил более широкое значение и стал применяться для характеристики процессов перехода к демократии, правовому государству, для подчеркивания того факта, что для действительной реализации прав граждан, принципа разделения властей и иных конституционных ценностей не достаточно одного лишь факта принятия конституции.

Конституционализм воспринимается как базирующийся на признании верховенства конституции политико-правовой режим, государственный строй или политическая система,¹⁰¹⁶ то есть как реальный правовой институт, а также как некое учение о конституции и устанавливаемых ею ценностях или система взглядов о конституционном государстве¹⁰¹⁷. Принципы или признаки конституционализма многоплановы в юридической науке, но в целом перекликаются с признаками верховенства права: признание и гарантированность прав человека, разделение властей, народный суверенитет, выборность и ответственность должностных лиц, высшая юридическая сила и стабильность консти-

1014 См.: История буржуазного конституционализма XVII-XVIII вв. / отв. ред. В.С. Нерсисянц. М., 1983. С. 4.

1015 См.: Кравец И. Конституционализм в сравнительном изучении и преподавании // Сравнительное конституционное обозрение. 2009. № 6 (73). С. 73.

1016 См.: Бондарь Н.С. Концепция «живого» (судебного) конституционализма: методология исследования в свете практики конституционного правосудия // Теория и практика российского конституционализма: сборник докладов научно-практической конференции, посвященной 75-летию со дня рождения академика О.Е. Кутафина / отв. ред. В.И. Фадеев. Т. 2. М., 2013. С. 20.

1017 См.: Старостина И.А. Референдум и выборы в системе современного российского конституционализма // Теория и практика российского конституционализма: сборник докладов научно-практической конференции, посвященной 75-летию со дня рождения академика О.Е. Кутафина / Отв. ред. В.И. Фадеев. Т. 2. М., 2013. С. 275; Богданова Н.А. Категория «конституционализм» в науке конституционного права // Российский конституционализм: проблемы и решения. Матер. междунар. конф. М., 1999. С. 137; Добрынин Н.М. О сущности конституционализма и правового государства: необходимое и действительное // Государство и право. 2012. № 7. С. 5-12.

туции¹⁰¹⁸. В силу имеющего место быть расхождения конституционных принципов с действительными правоотношениями предлагается выделять конституционализм как идеал и конституционализм как реальный способ обеспечения верховенства конституции, также обозначаются различные модификации конституционализма (мнимый, подлинный, парламентарный, монархический, республиканский, судебный и т.д.)¹⁰¹⁹. В любом случае теория конституционализма обогащает принцип господства закона, поскольку подчеркивает, что конституция, будучи основным законом страны, призвана обеспечить единство и стабильность всей правовой системы того или иного государства.

Верховенство Конституции РФ в отношении системы действующего законодательства, то есть высшая юридическая сила Конституции РФ выражается в приоритете норм Конституции РФ по отношению к иным нормативным актам. Ранее спорный вопрос о соотношении приоритета международного права и Конституции РФ после принятия поправок к Конституции РФ 2020 г.¹⁰²⁰ можно признать решенным в пользу Основного закона страны. Хотя и до этого на мысль о верховенстве Конституции РФ наводила ее формулировка в ст. 15, закрепляющая приоритет международных договоров буквально перед «законом», а не перед Конституцией, а также правила ратификации международных договоров, устанавливающие возможность имплементации международных документов, противоречащих Конституции РФ только после соответствующих изменений Конституции РФ¹⁰²¹. Еще более очевидной эта позиция становилась с учетом взятого в 2015 г. на себя Конституционным Судом РФ и уже примененного на практике полномочия решать вопрос о невозможности исполнения постановлений Европейского Суда по правам человека в России в случае, если такие постановления основаны на истолковании Конвенции о защите прав человека и основных свобод в интерпретации, противоречащей Конституции РФ¹⁰²². Мнение о приоритете норм Конституции РФ над международными

1018 См.: Ghai Y. Constitutionalism and the Challenge of ethnic Diversity // Hechman J., Nelson R. And Cabatingan L. Global Perspective on the Rule of Law. NY., 2010. P. 280-283; Bellamy R. Political Constitutionalism: a Republican Defence of the Constitutionality of Democracy. New York: Cambridge University Press, 2007. P. 1-12; Дик Ховард А.Е. Конституционализм. // Верховенство права: Сборник: Пер с англ. М., 1992. С. 53-65; Добрынин Н.М. Размышления о российском конституционализме и политико-правовом режиме в государстве: правовая аксиология и авторский взгляд // Государство и право. 2017. № 2. С. 41-52.

1019 См.: Кравец И. Указ соч. С. 76; Бондарь Н.С. Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. М., 2011. С. 21.

1020 Закон РФ о поправке к Конституции РФ от 14 марта 2020 г. N 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти» // Российская газета. 2020. 7 июля.

1021 См.: Федеральный закон от 15 июля 1995 г. № 101-ФЗ (ред. от 12 марта 2014 г.) «О международных договорах РФ» // Российская газета. 1995. 17 июля.

1022 См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 14 июля 2015 г. № 21-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 1 Федерального закона «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней», пунктов 1 и 2 статьи 32 Федерального закона «О международных договорах РФ», частей первой и четвертой статьи 11, пункта 4 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса РФ, частей 1 и 4 статьи 13, пункта 4 части 3 статьи 311 Арбитражного процессуального кодекса РФ, частей 1 и 4 статьи 15, пункта 4 части 1 статьи 350 Кодекса административного судопроизводства РФ и пункта 2 части четвертой статьи 413 Уголовно-процессуального кодекса РФ в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2015. № 4; Постановление Конституционного Суда РФ от 19 апреля 2016 г. № 12-П «По делу о разрешении вопроса о возможности исполнения в соответствии с Конституцией РФ постановления Европейского Суда по правам человека от 4 июля 2013 года по делу «Анчугов и Гладков против России» в связи с запросом Министерства юстиции Российской Федерации» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2016. № 4; Постановление Конституционного Суда РФ от 19 января 2017 г. № 1-П «По делу о разрешении вопроса о возможности исполнения в соответствии с Конституцией Российской Федерации постановления Европейского Суда по правам человека от 31 июля 2014 года по делу «ОАО «Нефтяная компания «ЮКОС» против России» в связи с запросом Министерства юсти-

договорами поддерживается большинством ученых как направленное на поддержание суверенитета государства¹⁰²³.

Существенной новеллой современной юридической практики является возможность прямого действия Конституции РФ. Это свойство Основного закона закреплено в ст. 15 Конституции РФ. Изначально в правовой доктрине оно воспринималось очень расширительно и определялось как возможность непосредственного применения Конституции РФ при решении конкретных дел¹⁰²⁴. Однако вскоре стали возникать вопросы о механизмах его реализации. Все чаще ведется речь о невозможности непосредственного применения конституции гражданами, организациями и сотрудниками правоприменительных органов. Стала превалировать позиция о непосредственном применении Конституции РФ исключительно парламентом и судом¹⁰²⁵. Абстрактный характер конституционных норм затрудняет применение Конституции РФ непосредственно, не способствует этому и ставший уже значительным массив законодательства, конкретно регламентирующий многие сферы общественной жизни. Поэтому случаи отсылки непосредственно к Конституции РФ в судебной практике зачастую носят формальный характер, когда Основной закон упоминается наряду с профильным законодательством для «большой весомости аргументов»¹⁰²⁶.

Длительное время сохранялось расхождение между толкованием высшими судами РФ прямого действия Конституции РФ. Дело в том, что Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. разъясняло судам необходимость в каждом деле оценивать соответствие применяемого ими нормативного акта Конституции РФ и в случае противоречия применять Конституцию РФ непосредственно¹⁰²⁷. Однако в Постановлении Конституционного Суда РФ от 16 июня 1998 г. № 19-П была обоснована исключительность полномочий Конституционного Суд РФ по оценке конституционности законов, а иным судам было рекомендовано обращаться в Конституционный Суд РФ с запросом в случае наличия сомнений в конституционности применяемого акта¹⁰²⁸. Этот спор отчасти предопределен разнообразной зарубежной практикой по защите прямого действия конституции. В странах англо-саксонской правовой семьи существует право каждого ординарного судьи признавать неконституционными те или иные законоположения при рассмотрении конкретных дел. В романо-германской практике подобные вопросы закрепляются ис-

ции РФ» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2017. № 8.

1023 См.: Романовский Г.Б. «Дело Анчугова и Гладкова» и решения Конституционного Суда РФ, органов конституционного контроля зарубежных стран // *Lex russica*. 2017. № 2; Бланкенагель А. «Прощай, Совет Европы!» или «Совет Европы, давай поговорим!»? Комментарий к Постановлению Конституционного Суда России от 19 апреля 2016 г. об исполнимости Постановления ЕСПЧ по делу Анчугова и Гладкова от 4 июля 2013 г. // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 6. С. 27; Невинский В.В. Конституционализация российского права: сущность, пределы // Основы конституционного строя: сборник научных работ / отв. ред. В.В. Комарова, В.А. Лебедев, Н.Б. Пастухова. Т. 2. М., 2018. С. 264.

1024 См.: Венгеров А.Б. Прямое действие Конституции: правовые, социальные, психологические аспекты // *Общественные науки и современность*. 1995. № 5. С. 48.

1025 См.: Головкин Л.В. Конституционализация российского уголовного процесса: между лозунгом и реальностью // *Государство и право*. 2013. № 12. С. 83-94.

1026 См.: Белов С.А. Непосредственное применение судами Конституции в РФ // *Государство и право*. 2014. № 1. С. 45-55.

1027 См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции РФ при осуществлении правосудия» // *Бюллетень Верховного Суда РФ*. 1995. № 2.

1028 См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 16 июня 1998 г. № 19-П «По делу о толковании отдельных положений статей 125, 126 и 127 Конституции РФ» // *Вестник Конституционного Суда РФ*. 1998. № 5.

ключительно за специализированными конституционными судами. Во Франции в связи с этим сформировалась даже так называемая доктрина «закона - экрана», в соответствии с которой закон как бы заслоняет собой конституцию, поэтому пока орган конституционной юстиции не признает его недействующим, он должен подлежать применению¹⁰²⁹. После длительных споров в России по существу возобладала романо-германская позиция: с 2013 г. Верховный Суд РФ исключил из своего Постановления указание на право судей общей юрисдикции оценивать конституционность применяемых законов¹⁰³⁰.

Однако, несмотря на найденный консенсус высших судов, все еще возникают проблемы, связанные с разграничением компетенции различных судов по непосредственному применению Конституции РФ. Так, сложной является ситуация, связанная с невозможностью граждан ставить перед Конституционным Судом РФ вопрос о неконституционности подзаконного нормативного акта или постановления Пленума Верховного Суда РФ в случае отсутствия их взаимосвязи с применяемым законом¹⁰³¹. Дискуссионным остается вопрос о допустимости рядовых судов общей юрисдикции не применять акты, аналогичные признанным Конституционным Судом РФ неконституционными в тех условиях, что орган конституционной юстиции формально признает подобное право только за Верховным Судом РФ¹⁰³². По-разному оцениваются положительные, на наш взгляд, исключительные случаи неприменения судами общей юрисдикции нормативных актов в системном толковании конституционных принципов с действующим законодательством, не признанным неконституционным.

Несмотря на имеющиеся проблемы в применении прямого действия Конституции РФ, это свойство Основного закона страны, в отличие от советского периода, позволяет масштабно осуществлять конституционализацию действующего законодательства. Такой процесс признается многими отечественными учеными¹⁰³³ и трактуется весьма многопланово: и как процесс насыщения всей системы права идеями и ценностями конституции и конституционного права; и как процесс воздействия принципов и норм конституции, конституционного права на принципы и нормы отдельных отраслей права с подчинением последних стратегическим целям конституции; и как процесс повышения юридической силы норм обычных законов путем отнесения их к нормам конституционного законодательства; и как процесс обеспечения правового регулирования устройства жизни отдельного человека, общества и государства посредством реализации содержания официально интерпретированных органом конституционной юстиции принципов конституции, конституционного права. Речь ведется о конституционализации в узком

1029 См.: Головки Л.В. Указ. соч. С. 88-89.

1030 См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 16 апреля 2013 г. № 9 «О внесении изменений в постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 года № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции РФ при осуществлении правосудия» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2013. № 8.

1031 См.: Бондарь Н., Джагарян А. Прямое действие Конституции: генерация и гарантирование конституционным правосудием // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 3 (112). С. 57; Белов С.А. Указ. соч. С. 45-55.

1032 См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 27 января 2004 г. № 1-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений пункта 2 части первой статьи 27, частей первой, второй и четвертой статьи 251, частей второй и третьей статьи 253 Гражданского процессуального кодекса РФ в связи с запросом Правительства РФ» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2004. № 8.

1033 См.: Тихомиров Ю.А. Коллизионное право. М., 2000. С. 249; Крусс В.И. Конституционализация права: основы теории. М. 2016.; Либанова С.Э. Конституционализация норм договорного права (проблемы правоприменения в адвокатской практике) // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2009. № 4 (9). С. 18.

смысле слова – то есть о воздействии норм конституции на иные отрасли права, и о конституционализации в широком смысле слова – влиянии в целом норм конституционного права на правовую систему России. Исследуются цели, принципы, пределы конституционализации¹⁰³⁴. В целом подчеркивается существенная роль в этом процессе Конституционного Суда РФ, а сама конституционализация оценивается как позитивное явление, с чем сложно не согласиться.

Несмотря на имеющиеся в юридической литературе подсчеты недостатков Конституции РФ и на конкретные предложения по ее изменению, более справедливыми представляются аргументы сторонников стабильности Основного закона РФ и признания его масштабного влияния на все отрасли права. В том числе можно с уверенностью утверждать, что Конституция РФ внесла неопределимый вклад в развитие законодательства об административных правонарушениях и практику его применения.

В первую очередь необходимо отметить значение буквального текста Конституции РФ для формирования законодательства об административных правонарушениях. Это касается гуманистической, федеративной, ценностной составляющей конституционно-правовых норм, которые были восприняты при принятии Кодекса РФ об административных правонарушениях¹⁰³⁵ (далее - КоАП РФ) и законов субъектов РФ об административных правонарушениях.

Во-вторых, на современном этапе развития правовой системы России большое влияние на институт административной ответственности оказывают правовые позиции Конституционного Суда РФ, интерпретирующего содержание конституционно-правовых норм под конкретные правоотношения. Таких актов органа конституционного контроля, имеющих по существу значение источников права, принято уже достаточно много. Представляется возможным основные из них подразделить на следующие группы.

1. Правовые позиции, затрагивающие *принципы административной ответственности*.

Например, Конституционный Суд РФ в нескольких своих актах соотнес конституционный принцип презумпции невиновности с принципом презумпции невиновности в административном праве. В этом случае, с одной стороны, орган конституционного контроля расширил возможности его применения в административно-правовой сфере, поскольку в ст. 49 Конституции РФ непосредственно речь идет только о презумпции невиновности применительно к уголовной ответственности. С другой же стороны, Конституционный Суд РФ допустил и определенные изъятия из него в других отраслях права, в том числе в административном. Критерием допустимости освобождения органов государственной власти от доказывания вины является обеспечение возможности для самих субъектов правонарушения подтверждать свою невиновность. Также при законодательном отступлении от принципа презумпции невиновности необходимо учитывать особенности соответствующих отношений и их субъектов, требования неотвратимости ответственности, интересы защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и свобод других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства¹⁰³⁶.

1034 См.: Невинский В.В. Указ. соч. С. 260-266.

1035 См.: Кодекс РФ об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ (ред. от 20 ноября 2022 г.) // Российская газета. 2001. 31 декабря.

1036 Постановление Конституционного Суда РФ от 27 апреля 2001 г. № 7-П «По делу о проверке конституционности ряда положений Таможенного кодекса Российской Федерации в связи с запросом Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области, жалобами открытых акционерных обществ «АвтоВАЗ» и «Комбинат «Се-

Эта правовая позиция имела существенное значение для административной практики правоприменения. В том числе, она повлияла на возможность использования современного эффективного способа фиксации административных правонарушений в автоматическом режиме с применением специальных технических средств. Дело в том, что специальные технические средства не могут юридически опознавать субъекта правонарушения. Поэтому законодатель, осознавая объективную потребность в таком способе фиксации правонарушений, был вынужден закрепить упрощенный порядок привлечения к административной ответственности за правонарушения сначала в области дорожного движения, а затем и в области благоустройства территории. Например, в сфере дорожного движения в случае выявления правонарушений при помощи специальных технических средств, имеющих функции фото- и киносъемки, видеозаписи уполномоченные органы не обязаны доказывать вину собственников (владельцев) транспортных средств при вынесении в отношении них постановлений по делам об административных правонарушениях. Однако собственник (владелец) транспортного средства вправе обжаловать вынесенное в отношении него постановление по делу об административном правонарушении, предоставив доказательства своей невиновности. Конституционный Суд РФ счел такое отступление от принципа презумпции невиновности допустимым¹⁰³⁷.

Важно отметить влияние решений Конституционного Суда РФ и на постановления высших судов РФ, формирующих административную практику правоприменения. Например, в Постановлении Конституционного Суда РФ от 21 января 2010 г. № 1-П подчеркнуто, что исходя из конституционного принципа недопустимости придания обратной силы закону, устанавливающему или отягчающему ответственность, не может иметь обратную силу постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации или постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, содержащее толкование нормы права, вследствие которого ухудшается положение лица, привлеченного или привлекаемого к административной ответственности¹⁰³⁸.

В нескольких актах Конституционного Суда РФ затронут принцип равенства при привлечении к административной ответственности. С одной стороны, Конституционный Суд РФ допускает наличие особых правил привлечения к административной ответственности должностных лиц, выполняющих определенные государственные функции (депутатов, судей, прокуроров и иных лиц)¹⁰³⁹. С другой стороны, Суд жестко стоит на позиции недо-

вероникель», обществ с ограниченной ответственностью «Верность», «Вита – Плюс» и «Невско - Балтийская транспортная компания», товарищества с ограниченной ответственностью «Совместное российско - южноафриканское предприятие «Эконт» и гражданина А.Д. Чулкова» // Собрание законодательства РФ. 2001. № 23. Ст. 2409; Постановление Конституционного Суда РФ от 24 июня 2009 г. № 11-П «По делу о проверке конституционности положений пунктов 2 и 4 статьи 12, статей 22.1 и 23.1 Закона РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» и статей 23, 37 и 51 Федерального закона «О защите конкуренции» в связи с жалобами ОАО «Газэнергосеть» и ОАО «Нижнекамскнефтехим» // Собрание законодательства РФ. 2009. № 28. Ст. 3581.

1037 Определение Конституционного Суда РФ от 25 января 2012 г. № 64-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Еременко Анатолия Евгеньевича на нарушение его конституционных прав частью 3 статьи 1.5 и примечанием к статье 1.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» // СПС «Консультант Плюс»

1038 Постановление Конституционного Суда РФ от 21 января 2010 г. № 1-П «По делу о проверке конституционности положений части 4 статьи 170, пункта 1 статьи 311 и части 1 статьи 312 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами закрытого акционерного общества «Производственное объединение «Берег», открытых акционерных обществ «Карболит», «Завод «Микропровод» и «Научно-производственное предприятие «Респиратор» // Российская газета. 2010. 10 февраля.

1039 Постановление Конституционного Суда РФ от 12 апреля 2002 г. № 9-П «По делу о проверке конституционно-

пустимости превращения административной неприкосновенности чиновников в личные привилегии¹⁰⁴⁰. Под влиянием этих правовых позиций, например, законодатель отказался от административной неприкосновенности депутатов законодательных органов власти субъектов РФ и депутатов представительных органов местного самоуправления.

Во многом благодаря влиянию конституционных норм в интерпретации Конституционного Суда РФ в институте административной ответственности стал активно применяться общеправовой принцип определенности норм права, несмотря на отсутствие конкретной регламентации в КоАП РФ. Конституционный Суд Российской Федерации неоднократно подчеркивал, что нарушения требований определенности, ясности и недвусмысленности законодательного регулирования не обеспечивают единообразного понимания и толкования правовых норм правоприменителями, что приводит к нарушению принципа равенства всех перед законом и верховенства закона. Орган конституционного контроля исходит из того, что самого по себе нарушения требования определенности правовой нормы достаточно для признания такой нормы не соответствующей Конституции РФ¹⁰⁴¹. Этот постулат активно используют арбитражные суды и суды общей юрисдикции при признании норм законов субъектов РФ об административной ответственности недействующими. Например, в 2012 г. Верховный Суд РФ оставил без изменения решение Верховного суда Республики Хакасия, которым была признана недействующей норма Закона Республики Хакасия от 17 декабря 2008 г. № 91-ЗРХ «Об административных правонарушениях», устанавливающая административную ответственность за стоянку или парковку транспортных средств на детских площадках, газонах, участках с зелеными насаждениями, за хранение разукомплектованных (неисправных) транспортных средств в неустановленных для этих целей местах. В суде было установлено, что в Республике Хакасия не имеется закона либо иного нормативного правового акта, регламентирующего стоянку и (или) парковку транспортных средств на территориях общего пользования в пределах населенных пунктов, не относящихся к дорогам. Соответственно, не принято и актов, содержащих запрет на стоянку или парковку транспортных средств, а также хранение разукомплектованных (неисправных) транспортных средств на указанных территориях. Поскольку таких актов не предусмотрено, установление административной ответственности за совершение действий, указанных в законе Республики Хакасия,

сти положений статей 13 и 14 Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина А.П. Быкова, а также запросами Верховного Суда Российской Федерации и Законодательного Собрания Красноярского края» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2002. № 5.

1040 Постановление Конституционного Суда РФ от 12 апреля 2002 г. № 9-П «По делу о проверке конституционности положений статей 13 и 14 Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина А.П. Быкова, а также запросами Верховного Суда Российской Федерации и Законодательного Собрания Красноярского края» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2002. N 5; Определение Конституционного Суда РФ от 15 мая 2007 г. № 371-О-П «Об отказе в принятии к рассмотрению жалоб гражданина Васильева Дмитрия Львовича на нарушение его конституционных прав частями первой и второй статьи 7, частью шестой статьи 162 и статьей 182 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // СПС «Консультант Плюс».

1041 Постановление Конституционного Суда РФ от 17 июня 2004 г. № 12-П «По делу о проверке конституционности пункта 2 статьи 155, пунктов 2 и 3 статьи 156 и абзаца двадцать второго статьи 283 Бюджетного кодекса Российской Федерации в связи с запросами Администрации Санкт-Петербурга, Законодательного Собрания Красноярского края, Красноярского краевого суда и Арбитражного суда Республики Хакасия» // Российская газета. 2004. 25 июля.

является противоречащим принципу правовой определенности и носит неправомерный характер¹⁰⁴².

2. Правовые позиции, регламентирующие соотношение КоАП РФ и законов субъектов РФ как источников регулирования административной ответственности. В действующем КоАП РФ устанавливается, что законодательство об административных правонарушениях состоит из норм КоАП РФ, а также из принимаемых в соответствии с ним законов субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях. Конституционный Суд РФ неоднократно подтверждал правомерность принятия законов субъектов РФ в области административных правонарушений, если они не противоречат федеральным законам, регулирующим те же правоотношения. С посылки Конституционного Суда РФ принято считать, что названные нормы КоАП РФ развивают положения ст. 72 Конституции РФ, относящей административное и административно-процессуальное законодательство к совместному ведению Российской Федерации и ее субъектов. В этом случае термину «административное законодательство» придается широкий смысл, включающий в себя законодательство об административных правонарушениях. При этом Конституционный Суд РФ допускает даже возможность опережающего законодательства субъектов РФ с условием последующего приведения своих актов в соответствие с федеральными законами¹⁰⁴³.

Вместе с тем, не все исследователи согласны с такой трактовкой норм Конституции РФ. Например, А.Б. Агапов ставит под сомнение конституционность издания законов субъектов РФ об административных правонарушениях и административной ответственности, полагая, что они противоречат положениям ч. 3 ст. 55 Конституции РФ об ограничении конституционных прав и свобод лишь федеральным законом¹⁰⁴⁴. По мнению А.П. Шергина, административно-деликтное законодательство не является составной частью административного законодательства, поскольку последнее должно выполнять лишь функцию управленческого регулирования. Соответственно, издание законов субъектов РФ об административной ответственности автор считает противоречащим Конституции РФ¹⁰⁴⁵. Б.В. Россинский также полагает, что принятие законов субъектов РФ об административной ответственности ущемляет конституционные права граждан и противоречит ст. 55 Конституции РФ. Поэтому ученый предлагает регламентировать в законодательстве субъектов РФ лишь административную ответственность юридических и должностных лиц¹⁰⁴⁶.

Думается, что в данном вопросе целесообразнее согласиться с мотивировкой Конституционного Суда РФ и признать допустимым установление административной ответственности законами субъектов РФ, в том числе и для физических лиц. Дело в том, что сам федеративный характер государственности предопределяет возможность широкого нормотворчества субъектов РФ. Соответственно, существует и объективная потребность в охране этих нормативных установлений. Поскольку субъекты РФ не могут предусматри-

1042 Определение Верховного Суда РФ от 22 августа 2012 г. № 55-АПГ12-4 // СПС «Консультант Плюс».

1043 Определение Конституционного Суда РФ от 1 октября 1998 г. № 145-О «По запросу Законодательного Собрания Нижегородской области о проверке конституционности части первой статьи 6 Кодекса РСФСР об административных правонарушениях» // Российская газета. 1998. 9 декабря.

1044 Агапов А.Б. Постатейный комментарий к Кодексу Российской Федерации об административных правонарушениях. М., 2002. С. 67.

1045 Шергин А.П. Проблемы административно-деликтного права // Государство и право. 1994. № 8-9. С. 62.

1046 Россинский Б.В. О разграничении компетенции Российской Федерации и ее субъектов в области укрепления административной ответственности // Журнал российского права. 2001. № 7. С. 6.

вать в своих актах гражданско-правовую или уголовную ответственность, у них должен быть инструментарий административно-правового характера. Иначе правила поведения, установленные в рамках своих полномочий субъектами РФ, не будут исполняться. Это в равной степени касается юридических и физических лиц.

В данной связи ценной является мысль о том, что Конституция РФ не случайно называет в одном ряду в числе предметов совместного ведения административное, административно-процессуальное, трудовое, семейное, жилищное, земельное, водное, лесное законодательство, законодательство о недрах, об охране окружающей среды¹⁰⁴⁷, так как административная ответственность охраняет нормы не только собственно административного, но и других отраслей права.

Вопрос же ограничения конституционных прав граждан законами субъектов РФ об административной ответственности затрагивает более глобальную, рассматриваемую в рамках науки конституционного права, проблему возможности ограничения конституционных прав граждан вообще. При этом специалисты в области конституционного права на основе анализа отечественной и зарубежной доктрины, практики правоприменения, правовых позиций Конституционного Суда РФ отмечают, что правомерное ограничение основных прав граждан может носить первичный (то есть на основе федерального закона с учетом ст. 55 Конституции РФ) и вторичный (подзаконным актом или актом субъекта федерации в качестве развития положений федерального закона) характер¹⁰⁴⁸. Поэтому представляется, что с учетом научных изысканий в области конституционного права и традиционных представлений о предмете административного права, можно рассматривать законодательство об административной ответственности в качестве составной части административного законодательства, а ограничения прав граждан, возникающие при принятии законов субъектов РФ об административной ответственности допустимыми, так как они обусловлены развитием положений, предусмотренных в КоАП РФ.

3. Правовые позиции Конституционного Суда РФ, затрагивающие вопросы наложения административных наказаний.

В Постановлении Конституционного Суда РФ от 25 апреля 2011 г. № 6-П был уточнен адресат применения такого вида административного наказания, как конфискация орудия совершения или предмета административного правонарушения, что повлекло за собой изменение соответствующих норм КоАП РФ. С учетом названного Постановления в настоящее время конфискация орудия совершения или предмета административного правонарушения, принадлежащих на праве собственности лицу, не привлеченному к административной ответственности за данное административное правонарушение и не признанному в судебном порядке виновным в его совершении, не применяется, за исключением административных правонарушений в области таможенного дела¹⁰⁴⁹. Интересно, что до принятия Постановления от 25 апреля 2011 г. № 6-П Конституционный Суд РФ применительно к конфискации орудия или предмета административного правона-

1047 Аникин С.Б. Административно-правовое регулирование совместного ведения России и ее субъектов: понятие и предмет / Под ред. В.М. Манохина // СПС «Консультант Плюс». 2010.

1048 Должиков А.В. Конституционная отсылка к закону и разграничение законодательных полномочий в сфере основных прав // Алтайский вестник государственной и муниципальной службы. 2009. № 4. С. 29-30.

1049 Постановление Конституционного Суда РФ от 25 апреля 2011 г. № 6-П «По делу о проверке конституционности части 1 статьи 3.7 и части 2 статьи 8.28 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью «СтройКомплект» // Российская газета. 2011. 11 мая.

рушения принял Постановление от 14 мая 1999 г. № 8-П¹⁰⁵⁰, из которого правоприменители сделали вывод о возможности применения этого вида наказания к не собственнику орудия или предмета административного правонарушения. Однако в Постановлении от 25 апреля 2011 г. № 6-П Орган конституционного контроля пояснил, что предыдущее постановление касалось только конфискации в таможенной сфере. Этот пример свидетельствует о том, что не всегда бывает уместным широкое понимание «правовых позиций Конституционного Суда РФ».

С употреблением Конституционным Судом РФ глубоко научной терминологии связан еще один курьезный случай. В Постановлении от 30 июля 2001 г. № 13-П Конституционный Суд РФ назвал исполнительский сбор штрафной санкцией, которой присущи признаки административной штрафной санкции: он имеет фиксированное, денежное выражение, взыскивается принудительно, оформляется постановлением уполномоченного должностного лица, взимается в случае совершения правонарушения, а также зачисляется в бюджет и во внебюджетный фонд, средства которых находятся в государственной собственности¹⁰⁵¹. Такое неосторожное высказывание Конституционного Суда РФ имело далеко идущие последствия. В частности, некоторые граждане, из такой аргументации Конституционного Суда РФ заключили, что исполнительский сбор следует рассматривать как административное наказание и, соответственно, применять к его установлению правила наложения административных наказаний, включая срок давности привлечения к административной ответственности. Однако арбитражные суды и суды общей юрисдикции не распространяют на исполнительский сбор правила наложения административных наказаний, ссылаясь на Кодекс РФ об административных правонарушениях, в котором среди административных наказаний не назван исполнительский сбор¹⁰⁵². Вместе с тем, даже в данном случае позиция Конституционного Суда РФ имеет позитивное значение, поскольку правоприменители учитывают его представление об административно-правовой природе исполнительского сбора при установлении срока исполнения такого исполнительского документа как постановление о взыскании исполнительского сбора.

Применительно к административным наказаниям вызывает интерес Определение Конституционного Суда РФ от 13 июля 2006 г. № 195-О. В этом случае Уполномоченный по правам человека в РФ оспаривал конституционность положения ч. 2 ст. 3.9 КоАП РФ, согласно которому административный арест не может применяться к беременным женщинам, женщинам, имеющим детей в возрасте до четырнадцати лет. По мнению Уполномоченного отсутствие в названной статье указания на неприменимость ареста к мужчинам, воспитывающим детей, противоречит принципу гендерного равенства.

1050 Постановление Конституционного Суда РФ от 14 мая 1999 г. N 8-П «По делу о проверке конституционности положений части первой статьи 131 и части первой статьи 380 Таможенного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой закрытого акционерного общества «Сибирское агентство «Экспресс» и гражданина С.И. Тененева, а также жалобой фирмы «Y. & g. Reliable Services, Inc.» // Российская газета. 1999. 1 июня.

1051 См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 30 июля 2001 г. № 13-П «По делу о проверке конституционности положений подпункта 7 пункта 1 статьи 7, пункта 1 статьи 77 и пункта 1 статьи 81 Федерального закона «Об исполнительном производстве» в связи с запросами Арбитражного суда Воронежской области, Арбитражного суда Саратовской области и жалобой открытого акционерного общества «Разрез «Изыхский»» // Собрание законодательства РФ. 2001. № 32. Ст. 3412.

1052 См.: Постановления ФАС Дальневосточного округа от 10.08.2010 N Ф03-5312/2010, ФАС Западно-Сибирского округа от 05.02.2009 N Ф04-353/2009(20049-А67-46), ФАС Поволжского округа от 25.08.2009 по делу N А12-3027/2009, Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 28.09.2010 по делу N А42-3027/2010 // СПС «Консультант Плюс»

Однако Конституционный Суд РФ указал, что такое регулирование, установленное законодателем исходя из необходимости охраны государством здоровья и социального благополучия именно женщины-матери, не может рассматриваться как нарушающее какие-либо конституционные права и свободы иных категорий граждан, не перечисленных в ч. 2 ст. 3.9 КоАП РФ. Вместе с тем, Конституционный Суд РФ подчеркнул, что санкции в особенной части КоАП РФ являются альтернативными, а орган, рассматривающий дело, обязан дать оценку всем обстоятельствам совершенного правонарушения, назначить наказание, исходя из тяжести содеянного, личности виновного и иных обстоятельств, и в силу ч. 2 ст. 4.2 может признать смягчающими обстоятельства, не указанные в КоАП РФ, в том числе такое, как самостоятельное воспитание отцом детей в возрасте до 14 лет¹⁰⁵³.

4. Правовые позиции Конституционного Суда РФ, регламентирующие *производство по делу об административном правонарушении*. Так, Конституционный Суд РФ в своих постановлении прояснил некоторые моменты, связанные с законодательным регулированием административного задержания. Дело в том, что правовое закрепление этой меры обеспечения производства по делу об административном правонарушении достаточно размыто, что предопределяется необходимостью сохранения усмотрения должностного лица в целях более адекватного реагирования на противоправное поведение. Это порождает глубокие научные дискуссии о допустимости применения задержания в тех или иных случаях, о порядке исчисления его срока, о пределах применения принуждения и т.д.

Конституционный Суд РФ внес определенную ясность в понимание законности административного задержания в случае дальнейшего освобождения лица от административной ответственности. В частности, Конституционный Суд РФ исходя из положений Конституции РФ и Конвенции о защите прав человека и основных свобод рассматривает административное задержание как разновидность «лишения свободы» в его конституционно-правовом смысле. По мнению Суда административное задержание является правомерным, если оно, обусловлено характером правонарушения и необходимо для последующего исполнения решения по делу об административном правонарушении. Соответственно, признание ошибочности вынесенного по делу об административном правонарушении судебного акта может не отразиться на оценке законности задержания в качестве предварительной меры по обеспечению производства по данному делу, а доводы о незаконности задержания не должны признаваться достаточными, если они сводятся исключительно к утверждению, что вышестоящая инстанция, проверяя судебный акт, обнаружила ошибки в установлении фактических обстоятельств или применении норм права. Однако задержание во всяком случае не может быть признано обоснованным, если действия, вменяемые задержанному, в момент их совершения не могли расцениваться как правонарушение¹⁰⁵⁴.

1053 Определение Конституционного Суда РФ от 13 июля 2006 г. № 195-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации на нарушение конституционных прав гражданина Ивукова Константина Александровича положением части 2 статьи 3.9 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2006. № 5.

1054 Постановление Конституционного Суда РФ от 16 июня 2009 г. № 9-П «По делу о проверке конституционности ряда положений статей 24.5, 27.1, 27.3, 27.5 и 30.7 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, пункта 1 статьи 1070 и абзаца третьего статьи 1100 Гражданского кодекса Российской Федерации и статьи 60 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан М.Ю. Карелина, В.К. Рожкина и М.В. Филандрога» // Собрание законодательства РФ. 2009. № 27. Ст. 3382.

Принципиальным при осуществлении производства по делу об административном правонарушении является Постановление Конституционного Суда РФ от 13 июля 2010 г. № 15-П о правилах исчисления сроков давности привлечения к административной ответственности. В этом Постановлении признана не соответствующей Конституции РФ ч. 4 ст. 4.5 РФ в той мере, в какой содержащаяся в ней норма позволяла в случае отказа в возбуждении уголовного дела или его прекращения, но при наличии в действиях лица признаков административного правонарушения исчислять срок давности привлечения к административной ответственности со дня принятия решения об отказе в возбуждении уголовного дела или о его прекращении¹⁰⁵⁵. Очевидно, что только такое решение вопроса следует считать правильным, поскольку граждане не должны претерпевать негативные последствия непрофессиональных действий правоохранительных органов.

Для стадии исполнения постановлений по делам об административных правонарушениях важны акты Конституционного Суда РФ о допустимости признания в качестве исполнительных документов не только актов судов, но и актов органов исполнительной власти, а также иных органов. В данном случае правовая неопределенность была связана с тем, что согласно ст. 35 Конституции РФ «Никто не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда»¹⁰⁵⁶. При признании актов органов исполнительной власти и актов иных органов исполнительными документами, их принудительное исполнение осуществляет Федеральная служба судебных приставов – также орган исполнительной власти без непосредственного участия суда. Соответственно при буквальном толковании норм Конституции РФ очевидно нарушение ст. 35 Основного закона РФ.

Так, в 2000 г. в Конституционный Суд РФ обратилась гражданка Н.И. Огнева, ссылаясь на противоречие, по ее мнению, Конституции РФ Федерального закона 1997 г. «Об исполнительном производстве», допускавшего проведение судебным приставом-исполнителем ареста и реализации имущества должника в рамках принудительного исполнения постановления налоговой инспекции по делу об административном правонарушении. Однако, отказывая в данном случае в рассмотрении жалобы Н.И. Огневой, Конституционный Суд РФ указал, что предоставление должностным лицам государственных органов права налагать административные взыскания в виде штрафа и обеспечение их принудительного исполнения судебными приставами-исполнителями не может расцениваться как нарушение конституционных гарантий защиты собственности, закрепленных ст. 35 Конституции РФ, так как в рассматриваемых правоотношениях применяется ст. 46 Конституции РФ, гарантирующая гражданину судебную защиту его прав и свобод, в том числе путем обжалования в суд решений и действий органов государственной власти и должностных лиц¹⁰⁵⁷.

Получается, что в этом случае Конституционный Суд РФ расширительно истолковал нормы ст. 35 Конституции РФ, признав суд потенциальным участником правоотношений, связанных с изъятием имущества граждан в целях принудительного исполнения поста-

1055 Постановление Конституционного Суда РФ от 13 июля 2010 г. № 15-П «По делу о проверке конституционности положений части первой статьи 188 Уголовного кодекса Российской Федерации, части 4 статьи 4.5, части 1 статьи 16.2 и части 2 статьи 27.11 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с жалобами граждан В.В. Баталова, Л.Н. Валуевой, З.Я. Ганиевой, О.А. Красной и И.В. Эпова» // Российская газета. 2010. 23 июля.

1056 Конституция РФ от 12 декабря 1993 г. (ред. от 14 марта 2020 г.) // Российская газета. 2020. 7 июля.

1057 См.: Определение Конституционного Суда РФ от 21 июня 2000 г. № 190-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Огневой Натальи Ивановны на нарушение ее конституционных прав подпунктом 6 пункта 1 статьи 7 Федерального закона «Об исполнительном производстве»» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2000. № 6.

новлений органов исполнительной власти о привлечении к административной ответственности. Такой подход органа конституционной юстиции следует признать правильным, поскольку иное решение вопроса повлекло бы за собой необходимость судебного утверждения всех постановлений органов исполнительной власти по делам об административных правонарушениях и необоснованным тратам финансовых средств государства.

Соответственно в действующем Федеральном законе 2007 г. «Об исполнительном производстве» продолжают указываться в качестве исполнительных документов «акты других органов и должностных лиц по делам об административных правонарушениях»¹⁰⁵⁸. Кстати, на практике большинство среди всех исполнительных документов, поступающих на исполнение в Федеральную службу судебных приставов – это постановления по делам об административных правонарушениях.

5. Акты Конституционного Суда РФ, *определяющие базовые перспективы развития законодательства об административной ответственности.*

Например, Постановление Конституционного Суда РФ от 24 июня 2009 г. № 11-П коснулось такой важной проблемы административного права, как наличие так называемой «квазиадминистративной ответственности», то есть ответственности, имеющей сходные с административной основания и меры, но не регламентируемой нормами КоАП РФ. И хотя в данном Постановлении орган конституционного контроля допустил установление законодателем наряду с административной ответственностью ответственность за нарушение антимонопольного законодательства, все же Конституционный Суд РФ установил жесткие требования к такого рода ответственности. В частности, по мнению суда, закон должен закрепить общие положения о такой ответственности: дать определение правонарушения (определить его состав), провозгласить общие принципы привлечения к ответственности, в частности указать, на ком лежит бремя доказывания виновности привлекаемого к ответственности лица, обстоятельства, исключающие привлечение лица к ответственности, срок давности привлечения к ответственности и (или) срок исковой давности и т.д. Это необходимо для максимального ограничения усмотрения и недопущения произвола правоприменителя¹⁰⁵⁹. Указанное постановление имеет далеко идущие последствия для совершенствования антимонопольного законодательства и повлияло на разграничение административной и антимонопольной ответственности на практике.

«Революционным» можно назвать Постановление Конституционного Суда РФ от 17 января 2013 г. № 1-П 2 «По делу о проверке конституционности положения части 5 статьи 19.8 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью «Маслянский хлебоприемный пункт». Дело в том, что в этом Постановлении Конституционный Суд РФ впервые по отдельной статье КоАП РФ разрешил выходить за пределы санкции и по существу назначать наказание «ниже низшего предела». В частности, положение ч. 5 ст. 19.8 КоАП РФ, предусматривающее возможность привлечения юридического лица к административной ответственности в виде административного штрафа в определенных им пределах -

1058 См.: Федеральный закон от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» // Собрание законодательства РФ. 2007. № 41. Ст. 4849.

1059 Постановление Конституционного Суда РФ от 24 июня 2009 г. № 11-П «По делу о проверке конституционности положений пунктов 2 и 4 статьи 12, статей 22.1 и 23.1 Закона РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» и статей 23, 37 и 51 Федерального закона «О защите конкуренции» в связи с жалобами ОАО «Газэнергосеть» и ОАО «Нижнекамскнефтехим» // Российская газета. 2009. 14 июля.

от трехсот тысяч до пятисот тысяч рублей, признано не соответствующим Конституции РФ, постольку, поскольку установленный этим положением значительный минимальный размер административного штрафа в системе действующего правового регулирования не позволяет во всех случаях в полной мере учесть характер совершенного административного правонарушения, имущественное и финансовое положение юридического лица, а также иные имеющие значение для дела существенные обстоятельства и тем самым - обеспечить назначение справедливого и соразмерного административного наказания¹⁰⁶⁰.

Очевидно, что за этим постановлением должны последовать или иные аналогичные решения по другим статьям КоАП РФ, или кардинальное решение законодателем проблемы чрезмерно завышенных размеров административных штрафов.

Также к названной группе постановлений Конституционного Суда РФ можно отнести акты Суда, в которых устанавливаются межотраслевые взаимосвязи правовых институтов. Применительно к административной ответственности такие правовые позиции содержатся в Постановлении Конституционного Суда РФ от 16 июня 2009 г. № 9-П. В нем орган конституционного контроля обозначил взаимосвязь норм административного, гражданского и уголовного права.

В частности, Суд допустил применение ст. 1070 Гражданского кодекса РФ, предусматривающей возможность возмещения вреда, причиненного незаконными действиями органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда без доказывания вины соответствующего должностного лица, в отношении административного задержания¹⁰⁶¹. В этом же постановлении Конституционный Суд РФ указал на возможность лица, в отношении которого велось производство по делу об административном правонарушении, в случае прекращения производства в связи с истечением сроков давности привлечения к административной ответственности использовать материалы производства по делу об административном правонарушении и иные доказательства для установления в гражданско-правовом производстве факта неправомерности административного задержания.

Таким образом, можно заключить, что как непосредственное влияние норм Конституция РФ на развитие законодательства об административных правонарушениях, так и влияние правовых позиций Конституционного Суда РФ на становление института административной ответственности трудно переоценить. При этом тот факт, что решения Конституционного Суда РФ основываются на глубокой теоретической проработке вопроса, ориентированы на международные стандарты защиты прав человека и учитывают специфику российской практики правоприменения, позволяет органу конституционного контроля не только разрешать конкретные споры, но и намечать перспективы развития института административной ответственности. Рассмотренное влияние конституционных норм на законодательство об административной ответственности является одним из примеров конституционализации отечественных источников права, то есть процесса масштабного воздействия норм Основного закона страны на все отрасли права.

1060 См.: Вестник Конституционного Суда РФ. 2013. № 4.

1061 Постановление Конституционного Суда РФ от 16 июня 2009 г. № 9-П «По делу о проверке конституционности ряда положений статей 24.5, 27.1, 27.3, 27.5 и 30.7 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, пункта 1 статьи 1070 и абзаца третьего статьи 1100 Гражданского кодекса Российской Федерации и статьи 60 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан М.Ю. Карелина, В.К. Рожкина и М.В. Филандрова» // Собрание законодательства РФ. 2009. № 27. Ст. 3382.

8.2. Теоретические проблемы определения круга источников российского уголовного права (о широком и узком подходах)

Вопросу об источниках уголовного права в доктринальной отечественной уголовно-правовой литературе, образно выражаясь, не повезло. Традиционно в учебниках и учебных пособиях вслед за темой «Понятие уголовного права» следует тема «Уголовный закон», и складывается сразу впечатление, будто бы он один источники уголовного права содержательно и формально исчерпывает. Очень удачно эту ситуацию охарактеризовал в специально посвященной источникам уголовного права России докторской диссертации К.В. Ображиев, по мнению которого, «нельзя сказать, что современная уголовно-правовая доктрина полностью избавилась от представлений об уголовном законе как единственном формальном источнике российского уголовного права, однако, по крайней мере, в настоящее время этот тезис поставлен под серьезное сомнение»¹⁰⁶². И далее ученый делает развернутый вывод: «Уголовно-правовая наука недооценивает и не в полной мере использует достижения общетеоретического учения о юридических источниках права и их системе, что служит серьезным препятствием для разработки отраслевой теории формальных источников уголовного права. В частности, надлежащего отраслевого преломления требуют следующие общетеоретические положения: содержание формальных источников права не исчерпывается «классическими» правовыми нормами-правилами, но включает также учредительные и дополнительные нормы права (нормы-принципы, нормы-задачи, нормы-дефиниции, оперативные, коллизионные нормы и др.); юридические источники права могут содержать не только первичные правовые нормы, но и вторичные, конкретизирующие правовые нормы; формальными источниками права признаются не только такие внешние формы выражения правовых норм, которые получили официальное (юридическое) признание в соответствующем качестве, но и те, которые фактически используются в качестве источника применимого права; юридические источники права (в целом и в отраслевом разрезе) образуют систему, в связи с чем рассматривать их следует не по отдельности, а в системном единстве»¹⁰⁶³. Тем не менее, методологическая ситуация отечественной уголовно-правовой науки на сегодняшний день такова, что далеко не все ученые, особенно имевшие отношение к подготовке УК РФ 1996 года, учитывают принятые в общей теории права представления о формально-юридических источниках права, многие продолжают отстаивать «самостийность» и «незалежность» системы источников уголовного права, называя это «особенностями».

Например, Н.А. Лопашенко категорично заявляет: «уголовный закон выступает единственным источником российского уголовного права, уголовно-правовые нормы содержатся только в нем»¹⁰⁶⁴. Невозможно согласиться ни с первой, ни со второй частью этого высказывания, поскольку ни одна норма уголовного права, по меньшей мере, не выражена в уголовном законе целиком. Что характерно, в том же академическом курсе уголовного права, в томе 2, А.И. Бойко высказывает мысль о том, что в отраслевой доктрине набирает силу мнение о необходимости отказа от жёсткой законодательной установки на узкий подход к пониманию источников уголовного права, которое необходимо приветствовать,

1062 Ображиев К.В. Система формальных (юридических) источников российского уголовного права: дисс... д-ра юрид. наук: 12.00.08. М., 2014. С. 4.

1063 Там же. С. 12-13.

1064 См.: Уголовное право. Общая часть. Преступление. Академический курс. В 10 т. Т. IV. Уголовный закон. Законодательная техника / под ред. Н.А. Лопашенко. М.: Юрлитинформ, 2016. С. 152.

«при этом очень показательным и полезно, что основным аргументом данного мыслительного взрыва – видение многогранной зависимости отраслевых запретов от внешней среды функционирования уголовного права в связке с практикой толкования»¹⁰⁶⁵.

В пользу широкого рассмотрения термина «источники уголовного права» говорят достаточно существенные причины как теоретического, так и практического характера. С практической точки зрения ни один правоприменитель в уголовно-правовой сфере при решении уголовно-правовых вопросов не пользуется только уголовным законом, а опирается на обширное смежное законодательство, на подзаконные акты, особенно при применении и толковании бланкетных уголовно-правовых норм, а также на акты Конституционного Суда РФ, разъяснения Пленума Верховного Суда РФ, на обобщения судебной практики, на юридическую доктрину (комментарии), и, наконец, на собственное правосознание. И многое из этого он использует не просто как источник знаний об уголовном праве, но и как формальное основание для принятия юрисдикционного решения. Достаточно вспомнить, что Пленум ВС РФ при квалификации транспортных преступлений, например, требует от судов в приговоре указывать точный пункт Правил дорожного движения (постановление Правительства РФ), который при совершении преступления был виновным нарушен. Таких примеров можно привести массу, кроме того, отсылка к некоторым подзаконным актам имеется прямо в УК РФ. Можно конечно попытаться упрекнуть Верховный Суд РФ в превышении его мандата, впрочем, с тем же успехом можно сформулировать теоретикам уголовного права упрек даже не в ретроградстве, а в слепом преклонении идеологемам и в игнорировании очевидных вещей в угоду своим представлениям о них.

В упомянутом разъяснении Пленума ВС РФ содержится классическое императивное правило, структурно вполне соответствующее норме-предписанию, содержащее указание на необходимость совершения определенных действий и последствия их несовершения. «При рассмотрении дел о преступлениях, предусмотренных статьей 264 УК РФ, судам следует указывать в приговоре, нарушение каких конкретно пунктов Правил дорожного движения или правил эксплуатации транспортного средства повлекло наступление последствий, указанных в статье 264 УК РФ, и в чем конкретно выразилось это нарушение». Исходя из этого правила, в основе приговора по уголовному делу кладется не только статья УК РФ, но и положение подзаконного акта. «Если в обвинительное заключение (обвинительный акт) включены отдельные пункты названных правил, нарушения положений которых не соответствуют установленным в судебном заседании фактическим обстоятельствам дела, суд, исходя из положений статьи 237 УПК РФ, по ходатайству стороны или по собственной инициативе вправе возвратить уголовное дело прокурору для предъявления обвинения с указанием конкретных пунктов правил, нарушения которых повлекло указанные в статье 264 УК РФ последствия, если это не связано с восполнением неполноты произведенного дознания или предварительного следствия». В этой части, помимо указания на необходимость возврата дела в случае неточной квалификации его административно-правовой части, содержится и смысл органического единства положений уголовного закона и восполняющего его бланкетность подзаконного акта¹⁰⁶⁶.

1065 См.: Уголовное право. Общая часть. Преступление. Академический курс. В 10 т. Т. II. Система, источники и структура уголовного права. Принципы уголовного права / под ред. Н.А. Лопашенко. М.: Юрлитинформ, 2016. С. 194 (Автор главы – А.И. Бойко).

1066 О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с нарушением правил дорожного движения и экс-

Есть и достаточно прочные теоретико-философские основания для рассмотрения источников уголовного права не как уголовного закона, а как всей системы, как это принято в других отраслевых юридических учебных дисциплинах. Во-первых, такое основание мы можем получить, когда начинаем вдумываться в смысл понятия «источник уголовного права». Это понятие, взятое в отдельности в содержательных аспектах содержит несколько самостоятельных значений. В теории права, например, в связи с этим говорят о материальном, идеологическом, информационном, историческом и формально-юридическом смыслах термина «источник права». Источник уголовного права, соответственно, не может трактоваться как-то однозначно, всегда нужно учитывать контекст употребления этого понятия, уточнять, что имеется ввиду в том или ином конкретном случае.

Между тем, именно такое однозначное толкование искомого термина и происходит, когда говорят, что в соответствии со ст. 1 УК РФ, единственным источником уголовного права является уголовный кодекс. Правда, в указанной статье вообще термин «источник» не употребляется, а речь ведется о законодательстве. Зато в ч. 2 этой статьи есть указание на источники самого уголовного кодекса: «Настоящий кодекс основан на Конституции РФ, общепризнанных принципах и нормах международного права». Но о формулировке ст. 1, связанных с ней ст. 3 и 8 УК РФ речь ещё впереди. Пока же нужно уяснить, что сам УК РФ не использует понятие «источник уголовного права», а говорит всего лишь о составе уголовного законодательства.

Во-вторых, при определении понятия «источник уголовного права» нужно учитывать диалектическую взаимосвязь общего, особенного и единичного. В данном вопросе эта взаимосвязь состоит в том, что источник уголовного права является особенным понятием по отношению к понятию «источник права», которое, в свою очередь, по отношению к первому будет выступать понятием общим. Следовательно, содержание понятия «источник уголовного права» должно отражать все общие черты источников права, и добавлять к ним свою специфику. В связи с этим необходимо обратить внимание на понимание источника права в общей теории права.

Общее понятие об источниках права

Отсылка к трактовке источника права в общей теории права может показаться несколько самонадеянной, поскольку там это понятие также является достаточно дискуссионным, хотя и имеет более чем двухтысячелетнюю историю (первым, кто использовал термин «источник права», считается римский историк Тит Ливий, который его применил в отношении Законов XII таблиц). Как указывает Н.В. Разуваев, «приходится констатировать, что в российской юридической науке по-прежнему отсутствует полная ясность в вопросе об источниках права»¹⁰⁶⁷. Более того, в теоретических работах наряду с понятием источника права фигурирует форма права или внешняя форма права, что также порождает ряд вопросов относительно содержания определяемого термина. Опять же, по мнению Н.В. Разуваева, «невозможно без серьезной натяжки отождествлять источники и формы права, хотя бы потому, что даже с точки зрения языка два эти слова имеют совершенно

плуатации транспортных средств, а также с их неправомерным завладением без цели хищения: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 09.12.2008 N 25 // Электронный ресурс. Некоммерческая Интернет-версия СПС Консультант Плюс. Режим доступа: URL: <https://www.consultant.ru>

1067 Разуваев Н.В. Источник права: классическая и постклассическая парадигмы: монография / Н.В. Разуваев, А.Э. Черноков, И.Л. Честнов; под общ. ред. И.Л. Честнова. СПб.: ИВЭСЭП, 2011. С. 98.

разные значения и семантически обозначают разные явления»¹⁰⁶⁸. Проанализируем несколько современных подходов, представленных в теоретико-правовой литературе, чтобы затем перейти непосредственно к определению понятия «источник уголовного права».

М.Н. Марченко рассматривает понятия источника права и формы права, по его мнению «форма права может быть определена как способ (прием, средство) внутренней организации и внешнего выражения права, а точнее – выражения содержащихся в нормах права правил поведения»¹⁰⁶⁹. Применительно же к понятию «источник права» ученый обозначает методологическую предпосылку его анализа, и затем ее придерживается: «Источник права как явление и отражающее его понятие следует рассматривать как традиционно это делается в юридической литературе одновременно с разных сторон и в разных аспектах». К таковым аспектам он относит: 1) этимологическую сторону (источник права как слово/словосочетание); 2) источник права как естественный – географический, климатический, биологический и иной фактор (естественный источник права); 3) источник права как социальный, политический, идеологический, культурологический и иной из подобных факторов (социальный источник права); 4) экономические факторы как источник права (материальный источник права); 5) философский источник права (философские идеи); 6) источник права в формально-юридическом смысле¹⁰⁷⁰.

В.В. Кожевников также проводит разграничение между формой права и источником права. Он говорит о понимании источника права в а) материальном, б) идеальном (идеологическом), в) историческом (гносеологическом) и г) юридическом смысле, отдельно указывает на то, что в д) политическом смысле источником права выступает государство. «Говоря в целом, следует подчеркнуть, что источники и формы права – это качественно самостоятельные понятия, обладающие собственным содержанием. Если форма права указывает на способы официального закрепления и внешнего выражения юридических норм, принятых в том или ином государстве, то источники права – это те социальные факторы, которые обуславливают существование права и его содержание, т.е. понятие источника права связывается с истоками, причиной, детерминированностью, со всем тем, что порождает (формирует) право»¹⁰⁷¹.

Интересны также в свете настоящего исследования приводимые В.В. Кожевниковым свойства формы (источника) права: 1) форма права выступает в качестве способа объективного существования юридических норм; 2) форма права является результатом правотворческой деятельности; 3) имеет официальный характер; 4) вносит в процессы юридического регулирования стабильность, предсказуемость, законность; 5) иерархичность; 6) обязательность; 7) формальная определенность; 8) общеизвестность. И на основе этого ученый формулирует следующее определение: «Форма (источник) права – это, как правило, официальный государственный документ (закон, указ и т.д.), в котором закрепляются нормы права, которые, будучи выраженными в этих актах, приобретают формальную определенность, общеобязательный характер и обеспечиваются мерами государственного принуждения»¹⁰⁷².

1068 Там же. С. 102.

1069 Марченко М.Н. Источники права: учеб. пособие. М.: Проспект, 2009. С. 40.

1070 См.: Там же. С. 45-51.

1071 См.: Кожевников В.В. Теория государства и права: учебник. В 2 ч. Ч. 2. М.: Проспект, 2021. С. 100-102.

1072 См.: Там же. С. 102-103.

В.С. Нерсесянц выделяет понимание источника права в формальном смысле и источника права в материальном смысле. «Под «материальным источником права» при этом имеются ввиду причины образования права, т.е. все то, что, согласно соответствующему подходу, порождает, формулирует позитивное право, - те или иные материальные или духовные факторы, общественные отношения, природа человека, природа вещей, божественный или человеческий разум, воля бога или законодателя и т.д. Под «формальным источником права» имеется ввиду форма внешнего выражения положений (содержания) действующего права»¹⁰⁷³.

Имеет смысл также привести позицию В.В. Сорокина относительно источников переходного права. «Термин «источник права» достаточно условен, но является наиболее удачным для обозначения всех известных способов (писаных и неписаных) выражения норм права. Современная юридическая наука не отождествляет право с писаным законом; ею признаются правовые обычаи, правовая доктрина и правосознание, которые, как правило, лишены формальной определенности. Следовательно, категория «источник права» шире понятия «форма права» и охватывает собой все имеющиеся способы выражения правовых норм, в то время как понятие «форма права» применимо лишь для писаных источников – нормативно-правового акта, правового прецедента, нормативного договора. Практика правового развития в переходный период дает примеры использования самых разнообразных источников права. Утверждение о множественности источников переходного права отвечает идее правового многообразия, однако ещё не проясняет вопроса о месте и роли каждого отдельного источника права в механизме регулирования общественных отношений. В условиях переходного периода проявляется не только тесная взаимосвязь права с другими социальными регуляторами, но нередко и прямое слияние с ними. Во многих сферах общественной жизни действуют правила, сочетающие в себе юридические предписания, требования морали и идеологические установки. В этом смысле переходное право становится многослойным, в особенности в революционные периоды, когда сплошное отрицание прежнего правового опыта ведет к использованию особых средств регулирования»¹⁰⁷⁴. Акцент на множественности, многослойности, многообразии источников права, слиянии права с иными регуляторами в переходный период развития, позволяет дать более точную и тонкую оценку и системе отраслевых источников права.

А.В. Поляков отмечает, после анализа традиционных подходов к понятию источника права, что разрабатываемая им коммуникативная теория права дает основания различать такие понятия, как текстуальный и внетекстуальный источник права. «Под внетекстуальным источником права следует понимать саму intersubъективную деятельность членов общества, в ходе которой реализуются разнообразные человеческие потребности. Именно совместная деятельность порождает феномен права. Типичное и значимое в этой деятельности, основанное на ценностных аспектах как материальной, так и духовной культуры, через обыкновения, волевое императивное установление или договор объективируются в текстах правовой культуры – текстуальных источниках права. Из текстов правовой культуры можно выделить источники права в узком смысле – первичные правовые тексты. Первичные правовые тексты – это такие тексты, которые являются рациональными легитимными первичными основаниями для возникновения у субъектов взаимо-

1073 Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. Учеб. М.: Норма: ИНФРА-М, 1999. С. 399-400.

1074 Сорокин В.В. Общее учение о государстве и праве переходного периода: монография. М.: Юрлитинформ, 2010. С. 338.

обусловленных прав и обязанностей. Последние всегда нормативны. Правовой текст сам является сложной системой, и в нем, помимо прочего, следует различать знаковую форму (означающее) и содержание (означаемое). Текст получит правовое значение только тогда, когда он будет интерпретирован социальным субъектом (обществом) как содержащий в себе определенную норму (правило поведения), конституирующую чьи-либо субъективные права и правовые обязанности и тем самым определяющую коммуникативное правовое поведение членов общества»¹⁰⁷⁵.

Ещё более интересное понимание источника права, в целом соглашаясь с приведенной точкой зрения А.В. Полякова, предлагает И.Л. Честнов, один из основных разработчиков постклассической теории права в России. По его мнению, источник права с позиций постклассического правопонимания необходимо рассматривать в контексте механизма правового регулирования – воспроизводства правовой реальности. «В таком случае источник права представляет собой механизм интериоризации внешних потребностей общества (представлений элиты и референтной группы о потребностях социума) в знаковые формы нормативных представлений (ожиданий – экспектаций) о границах возможного, должного и запрещенного поведения и массовое поведение в соответствии с этими социальными представлениями, закрепленными в знаковой форме нормативных текстов»¹⁰⁷⁶. В другой работе, на основе постклассического (диалого-антропологического) правопонимания, И.Л. Честнов трактует источник права как «то, откуда право проистекает, исток права», интерпретирует это понятие через этапы правообразования и проводит интересное разделение (и соединение) источника субъективного и объективного права. «Источник субъективного права – индивидуальное представление и действие конкретного человека, мотивированного личностными потребностями и интересами, а также конкретной жизненной ситуацией. Это индивидуальное представление и действие при некоторых обстоятельствах может стать «первичным произволом», который, в свою очередь, может трансформироваться в коллективный (массово воспроизводимый и положительно оцениваемый) образ и образец юридически значимой деятельности относительно широких слоев населения. Этот переход индивидуального в коллективное и есть «селективная функция правовой культуры», которая выступает источником объективного права»¹⁰⁷⁷.

Связывает понимание источника права с делением права на субъективное и объективное и Н.Н. Алексеев. Он, по сути, предвосхищает интерпретацию права в диалого-антропологической и коммуникативной концепциях, предлагает свою оригинальную теорию и философию права, опираясь на подходы Э. Гуссерля, Л.И. Петражицкого, П.И. Новгородцева (учеником которых его, зачастую называют, нивелируя самобытность его собственной мысли), но не дублируя и не копируя их, а используя для построения собственной интерпретации правовых явлений и процессов. «Если называть источником права всё то, что способно устанавливать права и обязанности, то нормативные или нормоустановительные факты можно считать *первичными источниками права*. Они служат основанием для образования неограниченного количества норм, постановлений, предписаний и т.д.

1075 Поляков А.В. Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: учебник. 2-е изд., испр. и доп. М.: Проспект, 2016. С. 624.

1076 См.: Честнов И.Л. Постклассическая теория права. Монография. СПб.: Издательский Дом «Алеф-Пресс», 2012. С. 332.

1077 См.: Разуваев Н.В. Источник права: классическая и постклассическая парадигмы: монография / Н.В. Разуваев, А.Э. Черноков, И.Л. Честнов; под общ. ред. И.Л. Честнова. СПб.: ИВЭСЭП, 2011. С. 156-170.

с соответствующими им толкованиями и изъяснениями. Последние во всей их совокупности составляют содержание данного положительного права. В последнем, в свою очередь, следует отличать, с одной стороны, те условные установления, которые, основываясь на нормативных фактах, получают способность устанавливать права и обязанности, иными словами, *вторичные источники права*, - с другой стороны, то, что устанавливается этими источниками в качестве обоснованных правопритязаний и правообязанностей. Высшим понятием для первых в науке о положительном праве считает понятие *объективного права*, - для вторых – понятие *права субъективного*¹⁰⁷⁸. Итак, формы позитивного права (любые) Н.Н. Алексеев определяет в качестве вторичных источников права, рассматривая первичными источниками нормативные или нормоустановительные факты.

Эти факты Н.Н. Алексеев также трактует развернуто, используя категории «объективное-субъективное». «Достаточно допустить, что свойство нормативности есть *объективное свойство некоторых фактов*, а не каприз человеческой психологии, - тотчас же в совокупности различных видов положительного права начнет просвечивать некоторая система. На самом деле, существуют такие факты, которые по внутренней природе своей, по присущему им логосу, обязывают к определенным действиям и требуют их. К ним принадлежат прежде всего те фактические, во времени и в пространстве совершающиеся события, которые являются порождением человеческой деятельности и именуются актами... Невозможно оспаривать, что все они имеют характер чисто фактических событий, и в то же время, по внутреннему смыслу своему, события эти чисто нормативны... Когда совершено обещание или заключено соглашение, обусловленное ими последующее поведение является обязательным не потому, что это соответствует склонностям «индивидуальной или коллективной психики», но потому что так требует внутренняя логика соответствующего акта. Мы имеем здесь дело не с внешней механической связью, не с внешним сцеплением событий, но с внутренним разумом положенных принципов и вытекающих из них следствий... Если я пообещал что-нибудь сделать, эйдетический состав обещания со всеми его последствиями образует целостный состав смысловых связей, независимо от настроения, чувств и различных эмпирических процессов, среди которых протекала реализация этих актов. Названные факты можно назвать «нормоустановительными» или «нормативными» в чисто *объективном* смысле этого слова. Иным характером обладают те виды нормативных фактов, которые не являются самопроизвольными действиями, волеизлияниями или актами, но представляют собой некоторое непроизвольно установившееся состояние или отношение. К ним относятся прежде всего сложившиеся обыкновения, привычки, принятый и заведенный порядок вещей, «старина» и «пошлина»... Повседневный опыт убеждает нас, что привычка способна «обуславливать» наше поведение, однако обусловленность эта имеет не логический, а чисто автоматический характер. Вытекающие из привычки действия обычно обнаруживают не эйдетическую, а механическую необходимость. Нормативная сила привычки вытекает из автоматической способности следовать раз данному образцу, из простой косности или же из соображений наименьшей траты сил, удобства и пользы. Юристы очень часто говорят о нормативной силе фактического, разумея под этим своеобразную способность человеческой психики считать нормальным и должным то, к чему привыкли...

Если такова природа этого вида нормативных фактов, то нормативность их, конечно, не является «объективной»... Мы считаем невозможным оспаривать то, что различные

1078 Алексеев Н.Н. Основы философии права. СПб.: Лань, 1999. С. 165.

исторические институты положительного права в качестве нормативных фактов, на которые они опирались, имели подобные лишенные внутренней логики события и отношения. Реальная система действующего права не складывается никогда из одних логических связей. Фактором ее обыкновенно бывает и чуждый разуму фактический момент. Нормативность фактов означает в таком случае только способность приспособления к той или иной внешней необходимости, - способность соотноситься и считаться с лишенными внутреннего смысла фактическими событиями и отношениями»¹⁰⁷⁹. Итак, особенностью подхода Н. Н. Алексеева к источникам права выступает, во-первых, деление этих источников на первичные и вторичные, где то, что сейчас принято считать формой права, имеет характера вторичного источника, а первичный источник образуют нормативные факты, которые лежат в основе установлений положительного права. Эти нормативные факты, во-вторых, выступают в качестве таковых объективно, т.е. в силу своей внутренней логики, либо субъективно, т.е. в силу их признания таковыми тем или иным правопорядком (т.е. факты, ставшие нормативными либо эйдетическим, либо механическим путем). Ученый, таким образом, смещает акценты в источниках права с формальной стороны на реальную сторону, чем, повторим, предвосхищает во многом и диалого-антропологическое, и коммуникативное правопонимание.

Смысл рассмотрения всех выше предложенных, в т.ч. нестандартных трактовок понятия «источник права» состоит в том, чтобы обосновать позицию о полизначности искомого термина, о его внутренней сложности. Это необходимо учитывать и при определении источника уголовного права, последний, будучи особенным понятием по отношению к общеправовому понятию источника права, должен включать в себя характеристики общего понятия и отражать свою отраслевую юридическую специфику.

На основе приведенных позиций относительно понятия «источник права», существующих в современной отечественной общей теории права, хотелось бы высказать ряд предварительных соображений, или промежуточных выводов. Во-первых, несмотря на дискуссионность содержания искомого понятия, достаточно устойчивые представления относительно источников права, форм права, их соотношения между собой в общей теории права сформировались. При этом эти представления даже в рамках парадигмы (не очень удачно использовать это понятие применительно к юриспруденции, но с учетом отраслевой специфики это всё же возможно) юридического (с элементами социологического) позитивизма исходят из достаточно широкого понимания источников права. Следовательно, такое общее понятие со всеми его общими чертами распространяется и на отраслевое понимание источника права, в т.ч. и уголовно-правовой наукой.

Во-вторых, смысл термина «источник права» зависит от типа правопонимания, которого придерживается исследователь. Зависимость эта связана с многозначностью, а точнее, с омонимичностью слова «право», когда им обозначаются по сути, достаточно отличающиеся друг от друга явления. Речь идет о таких конструктах, как «позитивное право», ««живое» право», «судейское право», «право ученых», «обычное право», «каноническое право», «корпоративное право», «мусульманское право», которые имеют как относительно общие, так и относительно отличающие их друг от друга черты. Тем не менее, в-третьих, нельзя заикливаться термин «источник права» на одном только позитивном праве, поскольку, как это следует из выше приведенных позиций, существует множество явлений, укладывающихся в смысл этого понятия, присущих каждой из выше обозначен-

1079 См.: Алексеев Н.Н. Основы философии права. СПб.: Лань, 1999. С. 151-154.

ных регулятивных систем. Отсюда, в-четвертых, можно предложить следующую общетеоретическую схему источников права, сочетая регулятивные системы с традиционными внешними правовыми формами:

1) *позитивное право* – нормативный правовой акт;

2) «*живое*» *право* – реальные отношения между субъектами по поводу правовых вопросов (возможно использовать термин «правоотношения», но он не совсем точно отражает специфику этого права);

3) *судейское право* – представлено разными историческими и правокультурными формами, для отечественного права его проявлениями выступают а) разъяснения высших судебных инстанций по отдельным категориям вопросов и б) собственно судебная практика как выработанные судами определенного уровня подходы и принципы разрешения тех или иных дел, пока не получившие текстуального обособленного оформления;

4) *право ученых* – не что иное как правовая доктрина, играющая достаточно важную роль в свете особенностей отечественной правовой политики;

5) *обычное право* – порождает правовые обычаи, перетекающие в право позитивное, равно как включает и не санкционированные государством, но вполне себе функционирующие в социуме обычаи;

6) *каноническое (и религиозное вообще) право* на сегодняшний день можно рассматривать, скорее, как систему внутрицерковных предписаний, распространяющихся исключительно на приверженцев той или иной традиционной для России конфессии; тем не менее, его необходимо учитывать, что и делает, например, законодатель, ограждая в УПК РФ священнослужителя от необходимости давать показания относительно сведений, составляющих тайну исповеди (отсылка к светскому характеру государства представляется здесь неуместной, иное породило бы коллизию между религиозным правом и позитивным правом, и нетрудно предположить, какой выбор сделает истинно верующий человек; точно также нельзя игнорировать и право обычное);

7) *корпоративное право* вполне успешно внедряется в отечественную правовую систему не только через локальные нормативные акты (их, по меньшей мере, отчасти необходимо рассматривать в рамках права позитивного), но и через разного рода кодексы профессиональной этики;

8) *право соглашений*, представленное нормативно-правовыми договорами международного и внутригосударственного уровня; договорные начала формируют источники права там, где не вполне уместен положительный правовой метод, например, в области взаимоотношений между ассоциациями профсоюзов и ассоциациями работодателей.

В приведенной системе речь идет о существующих в нашем обществе нормативно-регулятивных системах, имеющих формально определенный характер (что отличает их от морально-этических регулятивных систем). Так или иначе, но и общеправовая картина источников (форм) права, и отраслевые, представляющие здесь «особенное», системы источников права, должны это регулятивное многообразие учитывать.

Источники уголовного права РФ.

Рассмотрим теперь трактовку источников уголовного права. Начнем с представителей широкого подхода, так как именно этот подход вписывается в общеправовое понимание источника права. Среди трудов ученых в области уголовного права, посвященных его источникам, особо хотелось бы отметить работу *О.Н. Бибика* «Источники уголовного права Российской Федерации», который подходит к проблеме с учетом представленных

в теории права позиций относительно источников права, углубляясь в каждую из них, проверяя их на приемлемость и логичность. Не откажешь автору и в следовании диалектической логике общего, особенного и единичного при формировании системы источников уголовного права. Проанализировав существующие в теории права трактовки источника права, он предлагает собственное его видение: «Под источниками права необходимо понимать: 1) в широком смысле слова – факторы, которые оказывают влияние на формирование и реализацию норм права; 2) в узком смысле слова – явления, в которых содержатся нормы права»¹⁰⁸⁰.

Далее ученый приводит классификацию источников права исходя из способа их признания государством: 1) формальные, заранее определяемые в качестве таковых государством, де-юре признаваемые им, соответствующие некоей заранее установленной, требуемой форме; 2) фактические, де-факто признаваемые государством, используемые в практике государственных органов¹⁰⁸¹. Полностью отвечает, на наш взгляд, закономерностям диалектики общего, особенного и единичного и даваемое О.Н. Бибином определение источника уголовного права, которое можно считать основополагающим. «Под источником норм уголовного права необходимо понимать явление правовой действительности, облеченное в определенную форму, признаваемое государством, содержащее уголовно-правовые нормы либо их элементы, которые регулируют уголовно-правовые отношения в Российской Федерации и относятся к ее правовой системе»¹⁰⁸².

Второй, заслуживающей внимания в интересах настоящего исследования, является позиция К.В. Ображиева, нашедшая отражение в его докторской диссертации, посвященной *формальным (юридическим) источникам уголовного права*. Ученый, в частности, отмечает, что при решении вопроса о возможности отнесения того или иного правового акта к числу формальных источников уголовного права необходимо учитывать: предмет правового регулирования содержащихся в нем юридических норм - если они регулируют уголовно-правовые отношения, то правовой акт следует считать источником уголовного права, вне зависимости от места в отраслевом делении; структурную композицию уголовно-правовых норм, в состав которых помимо собственно уголовно-правовых предписаний могут входить нормативные предписания, расположенные за пределами уголовного закона - если уголовно-правовая норма не имеет единой формы выражения, а объективирована в нескольких правовых актах, то каждый из них должен считаться ее юридическим источником¹⁰⁸³. «На этом основании под формальными (юридическими) источниками уголовного права предложено понимать правовые акты, содержащие уголовно-правовые нормы (учредительные, основные, дополнительные; первичные и производные), и (или) нормативные предписания, которые входят в состав уголовно-правовых норм. При этом в зависимости от выполняемых функций необходимо различать: источники собственно уголовно-правовых предписаний; источники бланкетной части уголовно-правовых норм»¹⁰⁸⁴. В данном подходе значимо, на наш взгляд, помимо прочего, разделение источни-

1080 См.: Бибик О.Н. Источники уголовного права Российской Федерации. СПб.: Юридический центр Пресс, 2006. С. 10.

1081 См.: Там же. С. 19-20.

1082 См.: Там же. С. 44.

1083 См.: Ображиев К.В. Система формальных (юридических) источников российского уголовного права: дисс... д-ра юрид. наук: 12.00.08. М., 2014. С. 13.

1084 Там же. С. 13.

ков уголовного права на источники самих уголовно-правовых норм и на источники их бланкетной части.

Ещё одним сторонником достаточно широкого подхода к пониманию системы источников уголовного права России выступает Ю.Е. Пудовочкин. Прежде всего, он отмечает, что «актуальным потребностям правоприменительной практики и научного познания источников уголовного права в большей степени отвечает подход, основанный на включении в круг юридических источников не только тех форм права, которые легализованы в государстве, но и тех, которые реально применяются, прежде всего в судах, для эффективного, качественного и, в подлинном смысле слова, правового разрешения уголовно-правового конфликта»¹⁰⁸⁵. Ученый, таким образом, поддерживает ранее озвучиваемые позиции О.Н. Бибика и К.В. Ображиева, указывая на необходимость не только формального, но и содержательного анализа источников уголовного права. Ну и в дальнейшем изложении своего взгляда на проблему источников уголовного права, Ю.Е. Пудовочкин в качестве таковых характеризует Конституцию РФ, принципы и нормы международного права, уголовное законодательство (к которому относит УК РФ, и иные законы, содержащие уголовно-правовые предписания; оперативные законы о введении в действие УК РФ и отдельных его предписаний; военно-уголовное законодательство военного времени; постановления ГД ФС РФ об объявлении амнистии), постановления Правительства РФ, а также, с рядом оговорок, судебные решения, в особенности, постановления Пленума ВС РФ¹⁰⁸⁶. В целом, позиция Ю.Е. Пудовочкина выступает достаточно сдержанной, в некоторой степени промежуточной, переходной между широким и узким пониманием источников уголовного права, однако в большей степени, опираясь на знания в области теории права, на логику общего, особенного и единичного, ученый исходит из широкого подхода к источникам уголовного права.

Наконец, обобщенно на понятие и систему источников уголовного права позволяет посмотреть позиция А.Э. Жалинского, представленная в ряде его работ. «Существенным (возможно, основным) признаком источников уголовного права является их *соотносимость с уголовным правом, релевантность к его реализации*. Они должны быть необходимы для принятия различных уголовно-правовых решений, основанных на Конституции РФ и общепризнанных принципах и нормах международного права. Например, с этих позиций приговоры и иные решения уголовно-процессуального характера являются источником уголовного права, поскольку они характеризуют сложившуюся практику по параметрам стабильности, предсказуемости, справедливости и проч. Следующим признаком источников уголовного права является *нормативность содержащейся в них информации*. Это не вполне определенный признак, требующий серьезного анализа. Исходя из начала релевантности источников уголовного права и потребностей уголовно-правового регулирования, т.е. соображений преимущественно прагматического плана, целесообразно понимать под нормативностью источника уголовного права наличие в нем суждений, выраженных в различной форме и обладающих такими свойствами, как авторитетность или действительность, определенность, правовая регулятивность, или возможность применения к неопределенному кругу лиц. Эти суждения могут и не представлять собой полную норму, т.е. полное общеобязательное правило социального поведения, но видоизменять

1085 Пудовочкин Ю.Е. Учение об основах уголовного права: лекции. М.: Юрлитинформ, 2012. С. 181.

1086 См. подробнее: Пудовочкин Ю.Е. Учение об основах уголовного права: лекции. М.: Юрлитинформ, 2012. С. 183-218.

её содержание либо давать основания для определенного ее понимания. Наконец, особо следует выделить признак определенности источника уголовного права. Таким образом, *под источниками уголовного права понимаются все текстуально существующие способы выражения уголовно релевантной информации, содержанием которой действительно или предположительно являются связывающие адресата уголовно-правовые нормативные предписания; это то, в чем выражено уголовное право и формы, в которых оно объективно предоставлено адресату; все, на что в конечном счете опираются уголовно-правовые решения, содержится в источниках уголовного права»¹⁰⁸⁷.*

Данную мысль А.Э. Жалинского можно выразить и несколько иным способом, с опорой на постклассические теории А.В. Полякова и И.Л. Честнова: Под **источником уголовного права в широком смысле** необходимо понимать любые правовые тексты, имеющие официальное признание, которые могут быть положены в основу итогового судебного решения по уголовному делу при разрешении уголовно-правовых вопросов – квалификации совершенного уголовно-наказуемого деяния и определении для лица, его совершившего, уголовно-правовых последствий совершения этого деяния. Здесь имеется ввиду итоговое решение (приговор, постановление) целиком, а не только его резолютивная часть. Акцент также делается на понимание источника уголовного права в широком смысле, в том же духе, что и предлагается А.Э. Жалинским и О.Н. Бибином.

Исходя из вышесказанного на сегодняшний день есть основания говорить о существовании двух подходов к понятию и системе источников уголовного права РФ. Эти подходы описываются, например, Г.А. Есаковым в новейшем учебнике по Общей части уголовного права, подготовленным кафедрой уголовного права НИУ ВШЭ¹⁰⁸⁸. Об этом же, по сути, пишет и Ю.В. Грачева в другом новейшем развернутом учебнике (проблемном курсе для магистрантов и аспирантов) по уголовному праву, в целом также придерживаясь широкого подхода¹⁰⁸⁹. И хотя сторонников широкого подхода к пониманию источников уголовного права в отечественной уголовно-правовой науке становится с каждым годом всё больше, второй подход также рассмотреть необходимо хотя бы потому, что и его придерживаются многие достаточно авторитетные ученые, особенно имеющие то или иное отношение к разработке оригинального текста УК РФ 1996 года.

В узком смысле, в соответствии с ч. 1 ст. 1 УК РФ, единственным источником уголовного права рассматривают УК РФ, поскольку: «Уголовное законодательство состоит из настоящего Кодекса. Новые законы, предусматривающие уголовную ответственность, подлежат включению в настоящий Кодекс».

Надо сказать, комментируя данную позицию, что в обозначенной норме УК РФ речь идет не об источниках уголовного права, а об уголовном законодательстве. Т.е. законодатель ограничивает круг лишь одного источника уголовного права - нормативного правового акта, и лишь одной его разновидности - законодательства, которое тождественно уголовному кодексу. Однако данная статья ничего не говорит ни о подзаконных источниках уголовного права, ни устанавливает никаких запретов на их существование.

1087 См. подробнее: Жалинский А.Э. Избранные труды. В 4 т. Т. 2. Уголовное право / сост. К.А. Барышева, О.Л. Дубовик, И.И. Нагорная, А.А. Попов; отв. ред. О.Л. Дубовик. М.: Изд. дом. ВШЭ, 2015. С. 152-167.

1088 См.: Российское уголовное право. Общая часть: учебник / под ред. Г.А. Есакова. М.: Проспект, 2019. С. 18-23.

1089 См.: Уголовное право Российской Федерации: проблемный курс для магистрантов и аспирантов: в 3 т. Т. 1. Введение в уголовное право / под общ. ред. А.Н. Савенкова; науч. ред. и рук. авт. кол. А.И. Чучаев. М.: Проспект, 2022. С. 115-122.

Часть вторая ст. 1 УК РФ уточняет положение части первой, закрепляя, что УК РФ основан на Конституции РФ и общепризнанных принципах и нормах международного права. В данном случае установлена опровержимая презумпция, поскольку и Конституция РФ, и ФКЗ О конституционном суде РФ, предусматривают порядок обращения в Конституционный Суд РФ с запросом о проверке норм законодательства, в т.ч. положений УК РФ, являющегося обычным федеральным законом, на соответствие положениям Конституции РФ, на конституционность. В случае опровержения, т.е. неоснованности норм УК на Конституции РФ, положения закона утрачивают силу, как бы выключаются из нормативно-правового массива.

Ст. 1 УК РФ нужно рассматривать в системе со ст. 3 УК РФ, устанавливающей принцип законности. И вот эта норма как раз накладывает определенные ограничения, отражающие специфику уголовного права. Часть первая этой статьи указывает, что преступность деяния, его наказуемость и иные уголовно-правовые последствия устанавливаются только УК РФ. Таким образом, поле исключительной предметной компетенции уголовного закона - установление преступности деяния и уголовно-правовых последствий его совершения. И в этой части, в соответствии с ч. 2 ст. 3 запрещается применение уголовного закона по аналогии. В остальном уголовный закон не устанавливает формальных ограничений на систему источников уголовного права. Таким образом, формально-юридических оснований для узкого понимания системы источников уголовного права не имеется.

Узкое понимание источника уголовного права можно назвать также ещё термином **«источник уголовно-правового запрета»**. Системное восприятие ст. 1, 3 и 8 УК РФ как нормативного выражения уголовно-правовой законности и системное их толкование позволяет прийти к выводу о том, что в части установления уголовно-правовых запретов и последствий их нарушения уголовный закон обладает монополией на правотворчество и предметным приоритетом. И в этой части, повторим, действительно уголовный кодекс РФ является единственным источником ее уголовного права. Однако, названные статьи УК обозначают его предметное поле, предмет регулирования уголовного кодекса, но не предметное поле уголовного права в целом. Последнее же определяется как сумма общественных отношений, способных при контакте с правовыми нормами стать уголовно-правовыми (из такой трактовки исходит, например, О. Н. Бибик). К ним можно отнести поведение людей, соблюдающих уголовно-правовой запрет, и общественные отношения, уголовным запретом охраняемые, а также поведение людей, правомерно в соответствии с уголовным законом, причиняющих вред охраняемым этим законом отношениям, и кроме того, деятельность работников специально уполномоченных государственных органов в случае совершения деяния, нарушающего уголовно-правовой запрет. Это предметное поле далеко не в полном объёме урегулировано УК РФ, действуют и иные источники, дополняющие нормы этого закона, уточняющие их содержание, восполняющие бланкетность, разъясняющие оценочные признаки составов преступлений и т.п. И если в части установления преступности и наказуемости уголовно-правовых деяний имеет смысл узкое понимание источников уголовного права, то в части регулирования всех составляющих предмет уголовного права отношений действует широкое понимание источников уголовного права.

Очень интересную критику узкому подходу к определению источников уголовного права дает А.И. Бойко. «Общепринятое и многолетнее понимание «источника (уголовного) права» в отечественной юриспруденции как нормативных правил или их сборников

различного происхождения и статусности несостоятельно, ибо в данном случае подразумевается письменная форма (уголовного) права, используемая в качестве «источника уголовной ответственности». Законодательное ограничение круга источников уголовной ответственности в России только текстом кодекса (ч. 1 ст. 3, ст. 8 УК), что имеет сильное оправдание, в то же время есть пример политической лихости и самомнения, порождающий повышенные обязательства самого парламента по совершенствованию принимаемого им текста уголовного закона, а для криминалистов становятся актуальными задачи тщательной проверки социальной адекватности уголовно-правовых норм через обращение к внешним детерминантам или настоящим источникам отрасли (1), расширения официального круга актов, используемых для уголовного преследования (2) и выработки предельно искусной культуры толкования (3). В «системной необразованности» нашего парламента, действующего по криминализационным поводам, но не основаниям, что подтверждается внесением огромного числа изменений в УК и непрекращающейся критикой его качества со стороны специалистов и обывателей, повинны и представители уголовно-правовой науки, увлекающиеся проблемами только формальных источников уголовного права»¹⁰⁹⁰. Признавая точно подмеченные ученым нюансы, можно увидеть и другие моменты, ставящие под вопрос существование узкого подхода к определению источников уголовного права (и даже источников уголовной ответственности).

Наряду с несоответствием узкого понимания источников уголовного права общему понятию источников права в теории права, хотелось бы отметить следующее. Во-первых, нашедший отражение в ст. 1, 3 и 8 УК РФ подход, согласно которому единственным источником уголовно-правового запрета выступает только уголовный закон, есть не более чем идеологема, продукт убежденности разработчиков УК РФ 1996 года в том, что такое возможно, желательно и существует во всех «развитых» правопорядках. Опуская все возражения относительно вообще понятия о «развитом» правопорядке, отметим, что даже ни одному уголовному праву западного образца не известна полная кодификация. Более того, провозгласив формально монизм источника уголовно-правового запрета, УК РФ далее его нивелирует (и дело тут не в ч. 3 ст. 331 УК РФ, к тому же отмененной федеральным законом от 24 сентября 2022 г. № 365-ФЗ) путем формулирования подавляющего большинства (точнее говоря, всех) уголовно-правовых запретов путем бланкетных норм. То есть основное содержание запрета, его компоненты – признаки состава преступления, их расшифровка – в УК РФ отсутствует, а присутствует в законодательстве, призванном восполнить бланкетность уголовно-правовых норм. В уголовном законе запрет просто называется, а на вопрос, в чём он конкретно состоит, может ответить только вся система источников уголовного права (в широком смысле).

Более того, известна позиция Конституционного Суда РФ, вообще запретившего применять уголовно-правовой запрет в отсутствие восполняющего его бланкетность законодательства. «Требование определенности правовых норм и их согласованности в общей системе правового регулирования, как неоднократно указывал Конституционный Суд Российской Федерации, приобретает особую значимость применительно к уголовному законодательству, являющемуся по своей правовой природе крайним (исключительным) средством, с помощью которого государство реагирует на факты противоправного поведения в целях охраны общественных отношений, если она не может быть обеспечена

¹⁰⁹⁰ Уголовное право. Общая часть. Преступление. Академический курс. В 10 т. Т. II. Система, источники и структура уголовного права. Принципы уголовного права / под ред. Н.А. Лопашенко. М.: Юрлитинформ, 2016. С. 193.

должным образом только с помощью правовых норм иной отраслевой принадлежности; в силу этого любое преступление, а равно наказание за его совершение должны быть четко определены в законе, причем таким образом, чтобы исходя непосредственно из текста соответствующей нормы - в случае необходимости с помощью толкования, данного ей судами, - каждый мог предвидеть уголовно-правовые последствия своих действий (бездействия). Соответственно, уголовная ответственность может считаться законно установленной и отвечающей предписаниям статей 19, 54 и 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации лишь при условии, что она соразмерна характеру и общественной опасности криминализируемого деяния, а его составообразующие признаки, наличие которых в совершенном деянии, будучи основанием уголовной ответственности, позволяет ограничивать его от иных противоправных, а тем более законных деяний, точно и недвусмысленно определены в уголовном законе, непротиворечиво вписывающемся в общую систему правового регулирования. В то же время принцип правовой определенности, обязывающий федерального законодателя формулировать уголовно-правовые предписания с достаточной степенью четкости, позволяющей лицу сообразовывать с ними свое поведение - как дозволенное, так и запрещенное - и предвидеть вызываемые им последствия, не исключает введения в уголовный закон юридических конструкций бланкетного характера, которые для уяснения используемых в нем терминов и понятий требуют обращения к нормативному материалу иных правовых актов. Оценивая подобную модель законодательного регулирования, Конституционный Суд Российской Федерации пришел к следующему выводу: сам по себе бланкетный характер норм не может свидетельствовать об их неконституционности, поскольку регулятивные нормы, непосредственно закрепляющие те или иные правила поведения, не обязательно должны содержаться в том же нормативном правовом акте, что и нормы, предусматривающие юридическую ответственность за их нарушение, а потому оценка степени определенности содержащихся в законе понятий должна осуществляться исходя не только из самого текста закона и используемых в нем формулировок, но и из их места в системе нормативных предписаний, а также с учетом смежных составов правонарушений. При этом конституционность бланкетной конструкции как таковой не ставится под сомнение и в случаях, если нормы, несоблюдение которых влечет уголовную ответственность, установлены подзаконными нормативными правовыми актами. Таким образом, соблюдение требования формальной определенности уголовного закона, вытекающего из Конституции Российской Федерации, в том числе ее статей 1 (часть 1), 4 (часть 2), 6 (часть 2), 15 (часть 2) и 19 (части 1 и 2), и подразумевающего ясное и четкое определение признаков преступления, без чего не может быть достигнуто единообразное понимание и применение соответствующих норм, а значит, и соблюдение общих принципов правового регулирования и правоприменения и равенство всех перед законом, обеспечивается в правовом регулировании как содержанием конкретных нормативных положений, включая нормы Уголовного кодекса Российской Федерации, так и наличием системных и иерархических связей различных нормативных предписаний. Степень же определенности нормативно-правового регулирования, как вытекает из ранее выраженной правовой позиции Конституционного Суда Российской Федерации должна оцениваться путем выявления всей системы взаимосвязей правовых предписаний»¹⁰⁹¹.

1091 По делу о проверке конституционности положения статьи 226.1 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан Республики Казахстан О.Е. Недашковского и С.П. Яковлева: Постановление Конституци-

Эта часть правовой позиции Конституционного Суда РФ определяет в принципе условия конституционности бланкетных предписаний УК РФ, их соответствия конституционным принципам соразмерности и правовой определенности. В другой части орган конституционного контроля РФ указывает, в чем именно была проблема с конституционностью в ст. 226.1 УК РФ, выступившей предметом спора. «Предусмотрев в статье 226.1 УК Российской Федерации уголовно-правовые последствия незаконного перемещения через Государственную границу Российской Федерации с государствами - членами Таможенного союза в рамках ЕврАзЭС сильнодействующих веществ, федеральный законодатель сформулировал диспозицию данной нормы как бланкетную и не установил перечень таких веществ, равно как не определил и критерии законности (незаконности) их трансграничного перемещения. Между тем указание на незаконный характер конкретных деяний в сфере оборота тех или иных предметов, веществ и т.д., характерное для бланкетных диспозиций статей уголовного закона, означает, что юридической предпосылкой применения соответствующих уголовно-правовых норм является несоблюдение установленных в данной сфере правил, притом что юридическим основанием уголовной ответственности - в силу статьи 8 УК Российской Федерации - служит наличие в совершенном деянии всех признаков состава преступления, предусмотренного данным Кодексом. Соответственно, оценка определенности положений статьи 226.1 УК Российской Федерации может быть осуществлена лишь в привязке к положениям нормативных правовых актов, устанавливающих перечень веществ, отнесенных к сильнодействующим, и порядок их перемещения через Государственную границу Российской Федерации с государствами - членами Таможенного союза в рамках ЕврАзЭС, в том числе учитывающий наличие единой таможенной территории и унифицированное таможенное регулирование, включая единые правила декларирования и таможенные режимы. Поскольку в пределах единой таможенной территории Таможенного союза предполагается, по общему правилу, свободное перемещение товаров (работ, услуг), запреты и ограничения в перемещении через Государственную границу Российской Федерации с государствами - членами Таможенного союза в рамках ЕврАзЭС сильнодействующих веществ тем более должны быть выражены недвусмысленным образом, особенно если речь идет об уголовной ответственности. Не конкретизированные ни нормативными правовыми актами ЕврАзЭС в сфере оборота контролируемых веществ, ни изданными в соответствии с ними или другими международно-правовыми обязательствами Российской Федерации, а равно принятыми в целях защиты национальных интересов Российской Федерации федеральными законами либо в установленном такими законами порядке правила трансграничного перемещения физическими лицами сильнодействующих веществ, не являющихся наркотическими средствами, психотропными веществами, их прекурсорами или аналогами, входящих в состав лекарственных средств, в целях их личного использования не позволяют таким лицам осознавать существо ограничений и запретов, предвидеть правовые последствия своего поведения. Таким образом, положение статьи 226.1 УК Российской Федерации, предусматривающее уголовную ответственность за контрабанду сильнодействующих веществ, - при наличии приводящей к его произвольному истолкованию и применению неопределенности правового регулирования порядка и условий перемещения через Государственную границу Российской Федерации с государствами - членами Таможенного

союза в рамках ЕврАзЭС физическими лицами в целях личного использования не являющихся наркотическими средствами, психотропными веществами, их прекурсорами или аналогами сильнодействующих веществ, входящих в состав лекарственных средств, - допускает привлечение к уголовной ответственности за деяние, признаки которого с достаточной степенью четкости не определены законом и не позволяют физическим лицам, ввозящим (вывозящим) такие лекарственные средства в указанных целях, осознавать общественно опасный характер своих действий, предвидеть их уголовно-правовые последствия, что противоречит принципам правовой определенности, равенства и справедливости, а также принципу *nullum crimen, nulla poena sine lege*, а потому не соответствует Конституции Российской Федерации, ее статьям 19 (часть 1), 54 (часть 2) и 55 (часть 3).»¹⁰⁹².

Приведение такого обширного фрагмента правовой позиции КС РФ неслучайно, эта позиция очень характерно иллюстрирует значимость восполняющего бланкетность УК РФ законодательства, в том числе и для установления содержания уголовно-правового запрета. Если доводить рассуждения до логической полноценности, то необходимо не только источники уголовного права, но и источники уголовно-правового запрета определять исключительно в широком смысле. Это, во-вторых, вполне отвечает адекватному восприятию правовой реальности: ни один материально-правовой вопрос в рамках уголовного дела невозможно решить, опираясь только на УК РФ, опять же, в силу бланкетности уголовного права. Наконец, в-третьих, нужно учитывать не только бланкетный, но и оценочный характер терминов, используемых при конструировании уголовно-правовых предписаний. А здесь уже вступает в действие судебское право в лице постановлений Пленума Верховного Суда РФ по категориям дел, а также в лице судебной практики.

О системе источников уголовного права РФ в широком смысле.

Итак, следует признать научно обоснованным именно широкий подход к определению круга источников уголовного права. Исходя из такого подхода, а также опираясь на соотношение источников (форм) права и нормативно-регулятивных систем социума формального характера, можно представить следующую систему источников уголовного права РФ. При этом необходимо учитывать ряд моментов, в частности, установленную Конституцией РФ иерархию нормативных правовых актов по вертикали, предметную иерархию нормативных правовых актов, а также тот факт, что уголовно-правовой запрет, чтобы являться таковым, должен быть в УК РФ хотя бы назван.

1) надзаконные источники уголовного права – его формы, имеющие большую по отношению к УК РФ юридическую силу, которым он не должен противоречить в принципе. К таковым относятся: Конституция РФ; законы РФ о поправках к Конституции РФ, федеральные конституционные законы, императивные положения (*jus cogens*) международного права – общепризнанные принципы и нормы международного права, а также постановления Конституционного Суда РФ, отменяющие действие уголовно-правовых норм в силу их неконституционности (содержащие т.н. негативные правовые позиции КС РФ).

2) законодательные источники уголовного права – строго говоря, сюда относится только УК РФ – Уголовный кодекс Российской Федерации: федеральный закон от 13 июня 1996 г. N 63-ФЗ (вступил в силу 1 января 1997 г.) (как уже было сказано, с 24 сентября 2022 г.

¹⁰⁹² По делу о проверке конституционности положения статьи 226.1 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан Республики Казахстан О.Е. Недашковского и С.П. Яковлева: Постановление Конституционного Суда РФ от 16.07.2015 N 22-П // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 22.07.2015.

возможность существования отдельного военно-уголовного законодательства больше не предусмотрена). Однако, так сложилось, что ряд актов уровня федерального закона к подзаконным источникам уголовного права отнести нельзя, поскольку они содержат материальные нормы уголовного права о назначении наказания, о составах отдельных деяний и т.п. Это, в частности, УИК РФ - Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации: федеральный закон от 8 января 1997 г. N 1-ФЗ, УПК РФ - Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: федеральный закон от 18 декабря 2001 г. N 174-ФЗ. Кроме того, к источникам одноуровневого с УК РФ порядка можно отнести постановления Конституционного Суда РФ, дающие конституционно-правовое толкование нормам УК РФ (позитивные правовые позиции¹⁰⁹³).

3) подзаконные источники уголовного права – это законодательство и иные формы права, восполняющие бланкетность уголовно-правовых предписаний, или преодолевающие оценочный характер используемых в этих предписаниях терминов. Таковыми необходимо считать:

а) восполняющее законодательство - это законодательство иной отраслевой принадлежности, восполняющее бланкетность норм УК РФ, например, ФЗ Об основах охраны здоровья граждан;

б) восполняющие подзаконные акты - подзаконные акты органов исполнительной власти, включая Правительство РФ, восполняющие бланкетность уголовно-правовых норм, например, Правила дорожного движения, утвержденные постановлением Правительства РФ;

в) постановления Государственной Думы РФ об объявлении амнистии;

г) постановления Пленума Верховного Суда РФ, содержащие официальную позицию высшей судебной инстанции России по уголовным делам, в части особенностей толкования и применения уголовно-правовых норм;

д) судебная практика Верховного Суда РФ и судов субъектов РФ, апелляционных и кассационных судов общей юрисдикции, там, где нет постановлений Пленума; в отличие от последних, представлена не единым актом полунормативного характера, а серией решений по той или иной категории дел, выражающей позицию судов;

е) иные официальные акты, которые могут быть положены в основу итогового решения по уголовному делу, например, локальные нормативные правовые акты, акты органов местного самоуправления и т.п.;

ж) уголовно-правовая доктрина, составляющая ту часть уголовно-правовой науки, которая аккумулирует общепринятые позиции и используется правоприменителями при разрешении уголовных дел;

з) обычное право там, где его использование необходимо для квалификации преступлений при раскрытии отдельных признаков состава, например, при раскрытии в п. е. 1 ч. 2 ст. 105 УК РФ обычая кровной мести, или при определении национального обычая, разрешающего ношение холодного оружия;

и) договор с нормативным содержанием, в случае с уголовным правом таковые прямо не предусмотрены (за исключением международных договоров), но о договоре речь идет,

¹⁰⁹³ Термины «негативная правовая позиция» и «позитивная правовая позиция» Конституционного Суда РФ применительно к уголовно-правовым вопросам вводит В.В. Степченко. См.: Степченко В.В. Решения Конституционного Суда Российской Федерации в уголовном праве: автореф. дисс... канд. юрид. наук: 12.00.08. Москва – 2007. С. 9.

например, при досудебном соглашении о сотрудничестве (последнее является примером внедрения в уголовное право договорных начал);

к) юрисдикционные решения по конкретным делам, принятые в ходе гражданского судопроизводства – речь идет о признании организации террористической, экстремистской, нежелательной на территории РФ, - с момента вступления в силу которого деятельность по организации или участию в такой организации становится уголовно наказуемой.

Приведенная система источников уголовного права России также дискуссионная и проблематичная, как и все другие системы, но, на наш взгляд, соответствует следующим соображениям. Во-первых, отвечает общеправовому понятию источника права, во-вторых, учитывает наличие в социуме разных регулятивных формальных систем, в-третьих, имеет не идеологемный, а реалистический характер, в силу чего охватывает в принципе все официальные (так или иначе, или в силу формального на то указания, или в силу фактического признания) правовые тексты, которые могут быть положены в основу принятия юрисдикционного решения по уголовному делу. Именно последнее утверждение, повторим, выступает ключевым критерием определения круга источников уголовного права.

8.3. Источники гражданского права Республики Беларусь и иных стран СНГ: сравнительный анализ

После распада СССР одной из важнейших проблем в сфере правового регулирования общественных отношений на территории получивших независимость государств, стала проблема формирования современного законодательства, отвечающего уровню развития общественных отношений.

Стал вопрос об эффективном правовом регулировании частноправовых отношений как наиболее широкого круга общественных отношений. Безусловно, основным источником правового регулирования должен был стать Гражданский кодекс, отвечающий всем современным реалиям общественной жизни. Однако для его разработки и принятия требовалось время, что порождало необходимость какое-то время применять на территории бывших советских республик законодательство СССР.

В Республике Беларусь правовой основой для применения на ее территории законодательства СССР стал Закон от 27 февраля 1991 г. № 651-ХІІ «Об основных принципах народовластия в Республике Беларусь»¹⁰⁹⁴, в соответствии со ст. 3 которого в случае отсутствия соответствующих актов законодательства Республики Беларусь, в дальнейшем до их принятия либо иного решения высших органов государственной власти или управления Республики Беларусь в соответствии с их компетенцией на территории Республики Беларусь действует законодательство СССР. Этот Закон стал основанием для применения на территории Республики Беларусь законодательства СССР в той части, в которой оно не противоречит законодательству Республики Беларусь, и обеспечил преодоление возможных пробелов в праве, связанных с еще неразработанными и непринятыми в республике нормативными правовыми актами.

При этом гражданское законодательство Республики Беларусь формировалось под воздействием процессов его гармонизации с аналогичным законодательством стран

1094 Об основных принципах народовластия в Республике Беларусь [Электронный ресурс] : Закон Респ. Беларусь, 27 фев. 1991 г., № 651-ХІІ // ЭТАЛОН. Законодательство Республики Беларусь / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2023.

бывшего СССР, что было обусловлено некогда общей правовой доктриной, довольно схожим законодательством, экономическими, политическими и культурными связями.

Научные подходы к разработке гражданского законодательства и необходимости его гармонизации в странах бывшего СССР были определены 19–20 марта 1994 г. в Санкт-Петербурге в рамках Международной научно-практической конференции «Гражданские кодексы государств Содружества: гармонизация и моделирование». Это обусловлено тем, что в подписанном 8 декабря 1991 года Соглашении о создании Содружества Независимых Государств¹⁰⁹⁵ стороны определили целый ряд важнейших направлений сотрудничества, которые не могли бы быть реализованы без обеспечения единообразных подходов в их правовом регулировании.

По итогам данной конференции было отмечено стремление не допустить различного подхода к построению основ частного права после распада СССР, а также был сделан акцент на том, что важнейшим шагом в направлении гармонизации нового гражданского законодательства должна стать разработка и внедрение новых Гражданских кодексов.

На основании этого по итогам пятого пленарного заседания Межпарламентской Ассамблеи государств-участников Содружества Независимых Государств 29 октября 1994 г. был принят Рекомендательный законодательный акт Содружества Независимых Государств – Модельный Гражданский кодекс государств-участников СНГ¹⁰⁹⁶.

Именно Модельный Гражданский кодекс государств-участников СНГ стал основой для разработки гражданского законодательства абсолютного большинства стран бывшего СССР. Однако, учитывая рекомендательный характер данного акта, отдельные страны при разработке Гражданских кодексов учитывали практику государств, не входивших в состав СССР, что в определенной степени коснулось тех или иных гражданско-правовых институтов, отразилось на разности в подходах к их правовому регулированию. Данное обстоятельство отразилось и на определении системы гражданского законодательства, источниках правового регулирования гражданско-правовых отношений.

В связи с этим, для сравнения системы гражданского законодательства некоторых постсоветских стран с целью определения степени его гармонизации, целесообразно провести такое сравнение по трем направлениям:

- структура гражданского законодательства;
- источники регулирования гражданско-правовых отношений;
- соотношение норм гражданского и международного права.

Прежде чем давать характеристику источникам гражданско-правового регулирования отношений, необходимо охарактеризовать структуру (систему) гражданского законодательства.

Здесь следует отметить, что среди всех стран бывшего СССР, лишь в Гражданском кодексе Республики Беларусь¹⁰⁹⁷ содержится легальное определение гражданского законо-

1095 Соглашении о создании Содружества Независимых Государств [Электронный ресурс] : Совет глав государств СНГ, 8 дек. 1991 г. // Исполнительный комитет СНГ. – Режим доступа: <https://cis.minsk.by/page/176>. – Дата доступа: 13.01.2023.

1096 Модельный Гражданский кодекс для государств - участников СНГ (часть первая) [Электронный ресурс] : принят постановлением Межпарламентской Ассамблеи государств - участников СНГ, 29 окт. 1994 г. // Информационно-правовой портал Гарант.ру. – Режим доступа: <https://base.garant.ru/2566930/#friends>. – Дата доступа: 13.01.2023.

1097 Гражданский кодекс Республики Беларусь [Электронный ресурс] : принят Палатой представителей 28 окт. 1998 г.; одобр. Советом Респ. 19 нояб. 1998 г. // ЭТАЛОН. Законодательство Республики Беларусь / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2023.

дательства. Так, в соответствии со ст. 3 Гражданского кодекса Республики Беларусь гражданское законодательство – система нормативных правовых актов, которая включает в себя содержащие нормы гражданского права:

- законодательные акты (Конституция Республики Беларусь, настоящий Кодекс и законы Республики Беларусь, декреты и указы Президента Республики Беларусь);
- распоряжения Президента Республики Беларусь;
- постановления Правительства Республики Беларусь, изданные в соответствии с законодательными актами;
- акты Конституционного Суда Республики Беларусь, Верховного Суда Республики Беларусь и Национального банка Республики Беларусь, изданные в пределах их компетенции по регулированию гражданских отношений, установленной Конституцией Республики Беларусь и принятыми в соответствии с ней иными законодательными актами;
- акты министерств, иных республиканских органов государственного управления, местных органов управления и самоуправления, изданные в случаях и пределах, предусмотренных законодательными актами, распоряжениями Президента Республики Беларусь и постановлениями Правительства Республики Беларусь.

Следует отметить, что определения гражданского законодательства не содержит и сам Модельный Гражданский кодекс государств-участников СНГ. Решение о закреплении данного определения в Гражданском кодексе Республики Беларусь со стороны законодателя представляется вполне оправданным, так как закрепление легального термина «гражданское законодательство» в базовом документе, содержащем нормы гражданского права, значительно упрощает понимание его содержания и позволяет избежать различного его толкования в доктрине гражданского права.

Не менее значимыми как для практики, так и для теории гражданского права, представляются содержащиеся в ст. 3 Гражданского кодекса Республики Беларусь нормы, закрепляющие акты судебных органов в качестве элементов системы нормативных правовых актов, регулирующих гражданские правоотношения. Так, к системе нормативных правовых актов, которые содержат нормы гражданского права, относятся акты Конституционного Суда Республики Беларусь и Верховного Суда Республики Беларусь. Данный факт можно расценивать как решение существующего на протяжении длительного времени спора среди белорусских цивилистов относительно признания судебной практики в качестве источника гражданского законодательства. Исходя из содержания ст. 3 Гражданского кодекса можно сделать вывод, что в Республике Беларусь данный спор разрешился в пользу тех, кто отстаивает позицию о необходимости отнесения судебной практики к числу источников гражданского законодательства.

Для сравнения, Гражданские кодексы Российской Федерации, Республики Казахстан, Туркменистана и других постсоветских стран не содержат норму о включении актов судебных органов в систему гражданского законодательства. В связи с этим Гражданский кодекс Республики Беларусь в части закрепления системы гражданского законодательства представляет собой основу для определения места судебной практики в системе источников регулирования гражданских правоотношений и ее важности как регулятора таких отношений. Представляется возможным констатировать тот факт, что с принятием Гражданского кодекса законодатель Республики Беларусь признал важность и значимость судебной практики для регулирования гражданских правоотношений, не смотря на то, что для правовой системы как Республики Беларусь, так и в целом континентальной пра-

вовой системы, к которой Республика Беларусь и принадлежит, не характерно признание судебной практики в качестве источника права. Безусловно, можно дискутировать по поводу того, являются ли акты Конституционного Суда Республики Беларусь и Верховного Суда Республики Беларусь источниками права, или речь можно вести лишь об источнике законодательства, суть и значение актов органов судебной власти для регулирования гражданских правоотношений это не меняет.

На наш взгляд, проблемой в Республике Беларусь на сегодняшний день остается то, что, не смотря на закрепление в Гражданском кодексе актов Конституционного Суда и Верховного Суда в качестве источников гражданского законодательства, в ст. 1 Закона Республики Беларусь от 17 июля 2018 г. № 130-З «О нормативных правовых актах»¹⁰⁹⁸ закреплена норма, в соответствии с которой данный Закон не распространяется на акты Конституционного Суда Республики Беларусь и Верховного Суда Республики Беларусь, тем самым не определяя статус данных актов и не закрепляя легальную возможность отнесения их к нормативным правовым.

При этом в п. 2 ст. 17 Закона Республики Беларусь от 17 июля 2018 г. № 130-З «О нормативных правовых актах» закреплено, что Верховный Суд Республики Беларусь принимает нормативные правовые акты в форме постановлений Пленума Верховного Суда Республики Беларусь в пределах компетенции, установленной Конституцией Республики Беларусь, Кодексом Республики Беларусь о судостроительстве и статусе судей и иными законодательными актами, а также Регламентом Пленума Верховного Суда Республики Беларусь. Таким образом, Закон, не распространяя свое действие на акты Верховного Суда, указывает на их нормативный правовой характер. Такое расхождение между нормами Гражданского кодекса Республики Беларусь, определяющими акты органов судебной власти в качестве источников гражданского законодательства, и нормами Закона Республики Беларусь от 17 июля 2018 г. № 130-З «О нормативных правовых актах», не определяющими акты Конституционного Суда Республики Беларусь и Верховного Суда Республики Беларусь в качестве нормативных правовых, порождает правовую неопределенность с точки зрения возможности отнесения судебной практики к источникам гражданского законодательства.

Относительно того, возможно ли отнесение актов указанных судов к судебной практике, следует обратить внимание на компетенцию Верховного Суда Республики Беларусь, отраженную в ст. 58 Кодекса Республики Беларусь о судостроительстве и статусе судей¹⁰⁹⁹. Пленум Верховного Суда Республики Беларусь рассматривает материалы обобщения судебной практики, судебной статистики и дает в порядке судебного толкования судам общей юрисдикции разъяснения по вопросам применения законодательства. Таким образом, хоть постановление Пленум Верховного Суда Республики Беларусь имеет своей целью разъяснение нижестоящим судам вопросов применения законодательства, не стоит исключать из поля зрения то обстоятельство, что все эти разъяснения формируются сугубо на обобщении материалов судебной практики и статистики.

1098 О нормативных правовых актах [Электронный ресурс] : Закон Респ. Беларусь, 19 июля 2018 г., № 130-З // ЭТАЛОН. Законодательство Республики Беларусь / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2023.

1099 Кодекс Республики Беларусь о судостроительстве и статусе судей [Электронный ресурс] : принят Палатой представителей 31 мая 2006 г.: одобр. Советом Респ. 16 июня 2006 г. // ЭТАЛОН. Законодательство Республики Беларусь / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2023.

Относительно системы гражданского законодательства следует отметить, что со вступление в силу изменений Конституции Республики Беларусь¹¹⁰⁰, принятых на республиканском референдуме 27 февраля 2022 года, к полномочиям Президента относится издание указов и распоряжений, а такой вид нормативного акта как декрет в новой редакции Конституции не предусмотрен. В связи с этим, при внесении изменений в Гражданский кодекс Республики Беларусь, перечень нормативных правовых актов, входящих в систему гражданского законодательства, будет скорректирован.

К числу источников гражданского права в теории цивилистики принято относить обычаи делового оборота, как сложившиеся и широко применяемые в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе. Подобная норма закреплена и в ст. 5 Модельного Гражданского кодекса стран СНГ. При этом следует отметить, что обычаи делового оборота хоть и признаются источником гражданского права, имеют второстепенное по сравнению, как с нормативными правовыми актами, так и договором, значение, и в случае противоречия обязательным для участников гражданского правоотношения положениям законодательства или договора, не применяются.

Проведенный сравнительный анализ показал, что заимствование данной нормы из Модельного Гражданского кодекса стран СНГ произошло не всеми государствами-участниками СНГ. Так, например, нормы об отнесении обычаев делового оборота к источникам регулирования гражданских правоотношений содержатся в Гражданских кодексах Российской Федерации, Республики Казахстан, Туркменистана и др. При этом в Гражданском кодексе Республики Беларусь обычаи не названы в качестве источников гражданского права.

Следует отметить, что законодатели некоторых стран не заимствовали нормы об обычаях делового оборота в точно таком же виде, как они сформулированы в Модельном Гражданском кодексе стран СНГ, а внесли в них определенные изменения и дополнения. Например, в Гражданском кодексе Туркменистана¹¹⁰¹ нормы об обычаях делового оборота воспроизведены дословно, как они сформулированы в Модельном Гражданском кодексе стран СНГ. В свою очередь в Гражданском кодексе Республики Казахстан¹¹⁰² содержится норма, в соответствии с которой гражданские отношения могут регулироваться обычаями, в том числе обычаями делового оборота, если они не противоречат гражданскому законодательству, действующему на территории Республики Казахстан. Таким образом, в законодательстве Республики Казахстан расширена сфера применения обычая, при которой в качестве источника регулирования гражданских отношений признаются обычаи в целом, а не только обычаи делового оборота, распространяющие свое действие преимущественно на предпринимательские отношения. Кроме того, из приведенной нормы следует, что обычаи не должны противоречить лишь нормам гражданского законодательства Республики Казахстан, что позволяет поставить данные обычаи в один ряд с договорами, как регуляторами гражданско-правовых отношений, с точки зрения их юридической силы.

1100 Конституция Республики Беларусь [Электронный ресурс] : с изм. и доп., принятыми на респ. референдумах 24 нояб. 1996 г., 17 окт. 2004 г. и 27 февр. 2022 г. // ЭТАЛОН. Законодательство Республики Беларусь / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2023.

1101 Гражданский кодекс Туркменистана [Электронный ресурс] : Закон от 17 июля 1998 г № 294-I // Юрист. – Режим доступа: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31295232&doc_id2=31295232#pos=8;-98&pos2=367;-96. – Дата доступа: 13.01.2023.

1102 Гражданский кодекс Республики Казахстан [Электронный ресурс] : принят Парламентом Республики Казахстан 1 июля 1999 г. // Юрист. – Режим доступа: http://adilet.zan.kz/rus/docs/K990000409_. – Дата доступа: 30.07.2019.

Расширена по сравнению с нормой Модельного Гражданского кодекса стран СНГ сфера применения обычая и в Гражданском кодексе Российской Федерации¹¹⁰³, в соответствии со ст. 5 которого обычаем признается не предусмотренное законодательством правило поведения, сложившееся как в предпринимательской, так и иной деятельности.

Как отмечалось выше, специальной нормы, закрепляющей обычай в качестве регулятора гражданских отношений, Гражданский кодекс Республики Беларусь не содержит. При этом обычай также является регулятором гражданских правоотношений в Республике Беларусь, так как правила о его применении хоть и разрозненно, но содержатся в целом ряде норм Гражданского кодекса («обычные условия гражданского оборота» в ст. 14, «местный обычай» в ст. 222, «обычно предъявляемые требования» в ст. 290 и др.).

Сравнительный анализ источников гражданского законодательства государств-участников СНГ также позволил выявить разные подходы к определению общепризнанных принципов и норм международного права, а так же международных договоров в качестве регуляторов гражданских правоотношений.

Так, например, указание на международные принципы и нормы международного права, а также на международные договоры в качестве актов гражданского законодательства содержится в Гражданском кодексе Республики Беларусь.

Статья 6 Гражданского кодекса Республики Беларусь устанавливает, что «Республика Беларусь признает приоритет общепризнанных принципов международного права и обеспечивает соответствие им гражданского законодательства. Нормы гражданского права, содержащиеся в международных договорах Республики Беларусь, вступивших в силу, являются частью действующего на территории Республики Беларусь гражданского законодательства, подлежат непосредственному применению, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для применения таких норм требуется издание внутригосударственного акта, и имеют силу того правового акта, которым выражено согласие Республики Беларусь на обязательность для нее соответствующего международного договора».

Для сравнения, в ст. 3 Гражданского кодекса Республики Казахстан закреплено: «Если международным договором, ратифицированным Республикой Казахстан, установлены иные правила, чем те, которые содержатся в гражданском законодательстве Республики Казахстан, применяются правила указанного договора. Международные договоры, ратифицированные Республикой Казахстан, к гражданским отношениям применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание закона».

На признание общепризнанных принципов и норм международного права, международных договоров в качестве составной части правовой системы указывает и ст. 7 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Разность подходов в вопросе соотношения гражданского законодательства и норм международного права в упомянутых странах заключается в том, что такое понятие как «общепризнанные принципы международного права» закреплено не во всех Гражданских кодексах, а также не установлен их приоритет по отношению к гражданскому законодательству. Общность подходов заключается в признании большей юридической силы у международных договоров по отношению к национальному гражданскому законода-

1103 Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть 1 [Электронный ресурс] : принят Гос. Думой 21 окт. 1994 г. // Консультант Плюс: Версия Проф. Технология 3000 / ООО «ЮрСпектр». – М., 2023.

тельству. При этом на необходимость обязательной ратификации международного договора для придания ему юридической силы также указывают нормы не всех стран.

Подводя итоги сравнительного анализа источников гражданского законодательства государств-участников СНГ, можно отметить, что, несмотря на то, что разработка нового гражданского законодательства в этих странах происходила с учетом единства исторических корней гражданского права и тенденций его развития, общности исходных понятий, институтов и терминологии, а также в большинстве случаев на основе модельного гражданского законодательства, разработанного в рамках СНГ, процессы совершенствования гражданского законодательства шли в этих странах по-разному, что нашло свое отражение в способах закрепления источников гражданского законодательства в текстах Гражданских кодексов.

Заключение

Анализ построения иерархии источников права в различных правовых системах позволяет сделать несколько принципиальных обобщений. Несмотря на значительные различия правовых систем России, Болгарии, Беларуси, Казахстана и Армении (обусловленные культурно-историческими причинами и собственно правовыми традициями) можно отметить несколько схожих закономерностей.

Во-первых, национальные правовые системы стремятся к формализации ступенчатой системы источников права и прежде всего нормативных правовых актов, затрагивая вопросы соотношения источников права не только по юридической силе, но с точки зрения иных принципов соотношения. Так, в законе Республике Армения о нормативных правовых актах устанавливается порядок разрешения коллизий нормативных правовых актов равной юридической силы: по времени принятия, по соотношению общей и специальной нормы права.

Во-вторых, нормативно регламентируется в представленных правовых системах иерархия нормативных правовых актов и фрагментарно затрагивается система и иерархия источников права. Можно утверждать, что иерархия источников права преимущественно определяется на доктринальном уровне и поддерживается правоприменительной практикой.

В-третьих, на понимание системы и значения тех или иных источников права влияет господствующий тип правопонимания и юридические традиции. Сужение круга источников права до формальных источников права есть выражение господства юридического позитивизма. Напротив, установка на отказ от монополии государства на создание норм права (социологическая школа, естественно-правовая доктрина, коммуникативная концепция права и др.) влечет за собой расширение спектра источников права за счет правового обычая, правовой доктрины, принципов права, судейского права и др.

В-четвертых, в указанных правовых системах в сферу формализации включены вопросы соотношения источников национального и международного права и отчасти юридического значения актов органов конституционного контроля и высших судебных инстанций. Практически во всех государствах актам Конституционного суда придается значение источника права или в крайнем случае акта обязательного толкования конституционных норм. Более сложным остается вопрос о значении актов иных высших судебных инстанций. Более распространенной точкой зрения выступает трактовка актов высших судов в качестве акта толкования права и их производности от нормативного правового акта. Закон Республики Казахстан о нормативных правовых актах прямо установлена роль актов Верховного суда республики в качестве акта разъяснения норм права. Однако, достаточно убедительно выглядят позиции тех правоведов, которые отмечают нормативный характер актов высших судов и подтверждают их источниковый характер авторитетом таких актов в судебной практике.

В-пятых, правовой обычай рассматривается в качестве вторичного источника права – в дополнение к нормативным правовым актам и в той части, в которой законодательство

позволяет ссылаться на те или иные обычаи (гражданское, семейное, предпринимательское право, международное частное право). При этом недооценивается роль правового обычая в качестве общественного источника права, который может фактически господствовать в тех или иных областях жизни, подменяя слабые и мертвые законы (теневое право). К особого рода правовым обычаям можно отнести фактическое признание юридической силы актов высших судебных инстанций при разрешении юридических споров.

В-шестых, в меньшей степени в правовых системах затрагивается статус правовой доктрины, несмотря на ее фундирующую роль в правотворчестве и правореализации, её значении в воздействии на профессиональное правосознание.

Представленный труд с очевидностью предполагает настойчивую необходимость разработки и принятия в Российской Федерации федерального закона, который бы определил систему и соотношение источников права, ввел четкие коллизионные правила, возложил ответственность за качество и эффективность правотворческой деятельности.

Приложение. Концепция проекта федерального закона «Об источниках права Российской Федерации»

1. Актуальность законопроекта

Проблема субординации и взаимодействия источников национального права носит универсальный характер и касается всех правовых систем мира. По вопросу соотношения источников права в правовых системах мира действуют устоявшиеся судебные обычаи и доктринальные концепции. В правовых системах стран мира, как правило, отсутствуют общепринятые для юридической практики подходы в решении вопроса о соотношении по юридической силе нормативных правовых актов, нормативных правовых договоров, судебной практики, судебного прецедента, правового обычая, правовой доктрины, принципов права, религиозных текстов и норм международного права.

Среди частных юридически значимых задач по вопросам иерархии источников права можно назвать:

- проблема соотношения различных видов законов (кодексов, уставов, основ законодательства, обычных законов);
- соотношение национальной Конституции, решений органов конституционной юстиции и норм международного права, актов наднациональных юрисдикционных органов с учетом доктрины Конституционного суда РФ;
- соотношение нормативного правового акта и правового обычая (в соответствии с концепциями субсидиарного применения, приоритета обычая над законом и пр.);
- место правовой доктрины, принципов права в правовом регулировании, порядок учета общего мнения юристов в правоприменении;
- роль судебной практики в национальных правовых системах;
- проблема предметной (горизонтальной) иерархии нормативных правовых актов;
- природа и формальное закрепление коллизионных правил в части иерархических и предметных коллизий.

Приходится констатировать, что в Российской Федерации до сих пор нормативно не установлена не только иерархия источников права, но и иерархия нормативных правовых актов. Все попытки разработки и принятия закона о законах в Российской Федерации не увенчались успехом. При этом, подобные акты разработаны и успешно применяются в ряде государств мира, включая Болгарию, Армению, Беларусь, Казахстан, Киргизию, Таджикистан и др.

Фактически вопросы системы как нормативных правовых актов, так и источников права в Российской Федерации находят обоснование в доктрине и судебной практике. Но, отсутствие единства правоведов и практиков по вопросу иерархии источников права создает неопределенность и противоречивость правоприменительной практики при выборе соответствующих источников для разрешения юридических дел.

2. Предмет законопроекта

Предметом регулирования законопроекта выступают общественные отношения, возникающие в сфере выбора правоприменительными органами того или иного источника права в случае возникновения коллизии между ними. Законопроектом предлагается установить систему источников российского права и определить правила разрешения коллизии между ними.

3. Структура законопроекта

Композиция законопроекта:

Общие положения, в которых раскрываются предмет, цели законопроекта

Глава 1. Система источников российского права, в котором предлагается определить круг источников российского права и дать им краткую характеристику

К источникам российского права предлагается отнести: нормативный правовой акт, нормативный правовой договор, постановления Конституционного суда Российской Федерации, нормативные постановления Верховного суда Российской Федерации, акты международного права, правовой обычай, правовую доктрину

Глава 2. Иерархия источников права и коллизионные правила

Полагаем, что иерархия источников российского права может быть представлена в следующем виде:

- 1) правовая доктрина, которая определяет смысл и дух остальных источников права;
 - 2) Конституция Российской Федерации;
 - 3) постановления Конституционного суда Российской Федерации;
 - 4) акты международного права, признанные в установленном порядке Российской Федерацией в качестве обязательных для исполнения;
 - 5) иные нормативные правовые акты;
 - 6) нормативные постановления Верховного суда Российской Федерации;
 - 7) правовые обычаи
- Заключительные и переходные положения

Библиографический список

4. Anichkin E. S. Constitutionally-legal policy as base type of legal policy of Russia // International Journal of Environmental and Science Education. 2016. Vol. 11. no. 10.
5. Anzilotti D. Corso di diritto internazionale. Vol. I. Roma, 1928. P. 43, 63, 64; Тункин Г.И. Теория международного права. Под ред. проф. Л.Н. Шестакова. М., 2000.
6. Dabin, J. Theorie generale du droit. Dalloz, 1969, p. 22 and f.; Rubier, P. Theorie generale du droit. Sirey, 1951, № 2.
7. De Burca, G. (2011) "The ECJ and the international legal order", в G. De Burca & J.H.H.Weiler, The Worlds of European Constitutionalism, Cambridge: Cambridge University Press.
8. Isaac, G. & Blanquer, M. (2012). Droit générale de l'Union européenne, 10 изд., Paris : Sirey.
9. Jacqué, J.-P. (2018). Droit institutionnel de l'Union européenne, op.cit., пар.884 и сл.; Graig, P. & De Burca, Gr. (2015), EU Law, op.cit.
10. Krastev I. From Politics to Protest // Journal of Democracy. 2014. Vol. 25. N24.
11. Poncelet, Ch, & De Sadeleer, Ch. (2014), Contestations des actes des institutions de l'Union européenne à l'épreuve de la Convention d'Aarhus, Rev. trim. dr. eur.
12. Sakwa R. Russia's Identity: Between the 'Domestic' and the 'International' // Europe-Asia Studies. 2011. Vol. 63. Issue 6: Elites and Identities in Post-Soviet Space.
13. Seelman K. Rechtsphilosophie. München: Verlag C.H. Beck, 2007.
14. Simon, D. (2015), La Communauté de droit, в F.Sudre & F.Labayle, Réalité et perspectives du droit communautaires, Havre : ANTHEMIS.
15. Simon, D.(2001). Le système juridique communautaire, 3 изд, Paris : PUF.
16. Simon, D. (2012). Invocabilité et primauté : petite expérience de déconstruction, в M Benlolo-Carobot, U. Candaş & E. Cujo (Eds), Union européenne et droit international : Mélanges en l'honneur de Patrick Daillier, Paris : Pedone.
17. Triepel Volkerrecht und Landesrecht. S. 32; Тункин Г.И. Теория международного права. Под ред. проф. Л.Н. Шестакова. М., 2000.
18. Umnova-Konyukhova I.A. Constitutional futurology and constitutional futurism in the context of global changes // Gosudarstvo i Pravo. 2021. №5.
19. Virally, M. La pensée juridique (L.G.D.J.), 1960, p. 149. – Цит. по Бержел, Ж.-Л. Обща теория на правото. С.: КА"Л-КА" ООД, 1993.
20. Weiss A. Widersprüche im Recht. München: Herbert Utz Verlag, 2010.
21. Александров Н.Г. Понятие источника права // Ученые труды ВИЮН. 1946. Вып. VIII.
22. Алексеев Н.Н. Основы философии права. СПб.: Лань, 1999.
23. Алексеев С.С. Общие теоретические проблемы системы советского права. М.: Государственное издательство юридической литературы, 1961.
24. Алексеев С.С. Теория права. Москва, 1994.
25. Амирова М.А. Международные судебные учреждения и внутреннее право Российской Федерации. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2012.

26. Аничкин Е. С. Конституционная модернизация России 2020 года: точечные поправки или ревизия Основного закона? // Вестник Казахского гуманитарно-юридического инновационного университета. 2020. №2 (46).
27. Аничкин Е. С. Особенности правоприменения в международном частном праве // Известия Алтайского государственного университета. 2011. №2/1 (70).
28. Аннерс Э. История европейского права. М.: «Наука», 1996.
29. Арзамасов Ю. Г. Ведомственный нормотворческий процесс в Российской Федерации: Дис. ... докт. юрид. наук. – М., 2004.
30. Арзамасов Ю. Г. Теория и практика ведомственного нормотворчества в России: Монография. – М., Юрлитинформ, 2013. С. 320.
31. Ашимбаев М. С. Политический транзит в Казахстане в контексте процессов глобальной демократии: Автореф. канд.полит.наук 23.00.02. – Алматы: Институт философии и политологии Министерства образования и науки РК. – 2001.
32. Аюпова З. К., Кусаинов Д. У. Актуальные проблемы теории государства и права: Учебное пособие. – Алматы: Экономика, 2020.
33. Безгин, В. Б. Правовые обычаи и правосудие русских крестьян второй половины XIX – начала XX века./ Тамбов. - 2012.
34. Белов С. А. Непосредственное применение судами Конституции в РФ // Государство и право. 2014. № 1.
35. Бибик О. Н. Источники уголовного права Российской Федерации. СПб.: Юридический центр Пресс, 2006.
36. Бойко С. В., Коннов Р. А. Понятие правотворчества // Coologium-journal. - 2019. - № 15 (39).
37. Бондарь Н. С. Концепция «живого» (судебного) конституционализма: методология исследования в свете практики конституционного правосудия // Теория и практика российского конституционализма: сборник докладов научно-практической конференции, посвященной 75-летию со дня рождения академика О. Е. Кутафина / отв. ред. В. И. Фадеев. Т. 2. М., 2013.
38. Бондарь Н., Джагарян А. Прямое действие Конституции: генерация и гарантирование конституционным правосудием // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 3 (112).
39. Бошно С. В. Закон о нормативных правовых актах: прошлое, настоящее и перспективы // Право и современные государства. 2015. № 2.
40. Бошно, С. В. Доктринальные и другие нетрадиционные источники формы права / С. В. Бошно // Журнал российского права. – 2003. – № 1.
41. Бялэцкий А. К. О значении международного права и его материалов. Варшава, 1872.
42. Ван Хук М. Право как коммуникация // Российский ежегодник теории права. Вып. 1. СПб, 2009.
43. Васев И. Н. Коллизионное правовое регулирование: учебно-практическое пособие. М.: Юрлитинформ, 2016.
44. Васильев А. А. — Мусульманская правовая доктрина как источник права: исторические аспекты // Право и политика. – 2009. – № 4.
45. Васильев А. А. Правовая доктрина как источник права. М.: Проспект, 2021.
46. Васильев А. А., Гройсман С. Правовая доктрина как источник права в России и Болгарии: сравнительные аспекты // Государство и право. – 2022. – № 7.

47. Венгеров А.Б. Прямое действие Конституции: правовые, социальные, психологические аспекты // *Общественные науки и современность*. 1995. № 5.
48. Власенко Н.А. Коллизионные нормы в советском праве. Иркутск: Издательство Иркутского университета, 1984. 99 с.
49. Вълчев Д. За природата на правните принципи, в сб. „Научни четения на тема „Правни норми и правни принципи“, Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, 2018.
50. Вълчев Д. Лекции по обща теория на правото. София, Сиела.
51. Гамбарян А.С., Даллакян Л.Г. Коллизионные нормы и их конкуренция. М.: 2019.
52. Гасанова Д.П. Юридическая природа и значение постановлений Пленума Верховного Суда РФ в правовой системе России // *Научная дискуссия современной молодежи: экономика и право: сборник статей международной научно-практической конференции*. Пенза, 2016.
53. Геннинг К.П. Понятие и сущность административного регламента // *Вестник Омской юридической академии*. 2012. № 2 (19).
54. Гильмуллин А.Р. О связи правопонимания с политикой и экономикой // *Lex russica*. — 2021. — Т. 74. — № 8.
55. Головкин Л.В. Конституционализация российского уголовного процесса: между лозунгом и реальностью // *Государство и право*. 2013. № 12.
56. Гранат, Н.Л. Источники права / Н.Л. Гранат // *Юрист*. — 1998. — № 9.
57. Гройсман, С. Право и власт. От неограничената държава до постмодерното върховенство на правата, С., Сиела, 2020.
58. Гурова Т.В. Актуальные проблемы теории источников права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2000. 24 с.
59. Даниелян Г. Правовое значение решений органов ЕАЭС в отечественной правовой системе // *Материалы конференции профессорско-преподавательского состава юридического факультета ЕГУ*. Ер.: 2016.
60. Дворкин Р. Империя права / Перс с англ. С. Моисеева; под науч. ред. С. Коваля, А. Павлова. М.: Издательство Института Гайдара, 2020.
61. Диков, Л. Курс по българско гражданско право, т. I. Обща част. / Л. Диков. — С.: Печатница П. К. Овчаров, 1940.
62. Дмитриев Д.Д. Принцип равенства в уголовном праве России // *Северо-Кавказский юридический вестник*. — 2021 г. — №3.
63. Должиков А.В. Конституционная отсылка к закону и разграничение законодательных полномочий в сфере основных прав // *Алтайский вестник государственной и муниципальной службы*. 2009. № 4.
64. Европейское право. Учебник для вузов / Под общ. ред. проф. Л.М. Энтина. — М.: Норма, 2011.
65. Евстратов Е.А. Принципы права в социальном государстве // *Вестник Омского университета*. Серия «Право». - 2016. - № 2.
66. Евстратов Е.А. Принципы права в социальном государстве // *Вестник Омского университета*. Серия «Право». - 2016. - № 2.
67. Енгибарян Р.В. Конституционное развитие в современном мире. Основные тенденции. М.: Норма, 2010. С. 39-40; Сравнительное конституционное право / отв. ред. В.Е. Чиркин. М.: Международные отношения, 2002. С. 33; Lerner H., Lupovici A. Constitution-making and International Relations Theories // *International Studies Perspectives*. 2019. Vol. 20. Issue 4.

68. Еременко Ю.П. О предмете юридической науки // Личность и власть (конституционные вопросы): межвуз. сб. научных работ. Ростов-н/Дону. 1995.
69. Ершов В.В. Судебное правоприменение (теоретические и практические проблемы). М., 1991.
70. Жалинский А.Э. Избранные труды. В 4 т. Т. 2. Уголовное право / сост. К.А. Барышева, О.Л. Дубовик, И.И. Нагорная, А.А. Попов; отв. ред. О.Л. Дубовик. М.: Изд. дом. ВШЭ, 2015.
71. Жижек С. Событие. Философское путешествие по концепту. М.: РИПОЛ классик, 2018.
72. Жофре-Спинози К., Давид Р. Основные системы современности. 2009. М., Международные отношения. 456 с.
73. Зиманов С., Әсеров Н. «Жеті жарғы» жайлы\\ Проблемы казахского обычного права - Алма-Ата: Наука. 1989.
74. Ибрагимов Н. Ибн Баттута и его путешествие по Средней Азии.-М., 1988.
75. Иванов А.А. Теория государства и права: учеб. пос. М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2009.
76. Илларионов, Н.С. Значение обычного права в народном суде./ Н.С. Илларионов./ Харьков. - 1893. - Типография «Южного края».
77. Ильин Ю.Д. Международное публичное право. Лекции. М., 2004. С. 21.
78. Ильин, И.А. О сущности правосознания. Собрание сочинений. Т. IV. Москва: Русская книга, 1994. С. 149.
79. Илюхина В.А. Доктринальные принципы права: понятие специфика //Актуальные проблемы государства и права -2021.-№ 17.
80. Иногамова-Хегай Л.В. Концептуальные основы конкуренции уголовно-правовых норм. М.: НОРМА, 2015. 288 с.
81. Интернационализация конституционного права: современные тенденции: монография / под ред. Н.В. Варламовой и Т.А. Васильевой. М.: ИГП РАН, 2017.
82. Исмаилов Н.О. Взаимосвязь права и нравственности в контексте справедливости // Вестник Адыгейского государственного университета. Серия 1: Регионоведение: философия, история, социология, юриспруденция, политология, культурология. - 2014. - № 1.
83. Исмаилов Н.О. Справедливость: концептуальные основы и актуальные проблемы: монография. Москва: НИИ ИЭП, 2016.
84. История буржуазного конституционализма XVII-XVIII вв. / отв. ред. В.С. Нерсесянц. М., 1983. С.
85. Казанский П. Введение в курс международного права. Одесса, 1901.
86. Казьмин И.Ф., Поленина С.В. «Закон о законах»: проблемы издания и содержания// Советское государство и право. 1989. № 12.
87. Каламкарян, Р.А. Место доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций в источниковой базе современного международного права / Р.А. Каламкарян // Государство и право. – 2006. – № 4.
88. Калачов, Н. Об отношении юридических обычаев к законодательству./ Н. Калачов./ СПб. – 1877. – Типография В. Киришбаума. – С. 9. См.: Зарудный, М.И. Законы и жизнь. Итоги исследования крестьянских судов./ М.И. Зарудный./ СПб. - Типография Второго Отделения Собственной Е.И. В. Канцелярии. - 1874.
89. Калинин, А.Ю., Комаров, С.А. Форма (источник) права как категория в теории государства и права. / А.Ю. Калинин, С.А. Комаров. //Правоведение. 2000. № 6.

90. Калюжнов Е.Ю. Теоретико-правовые основания правил техники локального нормотворчества: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2015.
91. Камаровский Л.А. Основные вопросы науки международного права. М., 1992.
92. Капустин М.Н. Международное право: Конспект лекций. Ярославль, 1873.
93. Карагъзова-Финкова, М. Конституционните юрисдикции в новите демокрации от Европейския съюз / М. Карагъзова-Финкова. – С.: Софи-Р, 2009.
94. Карагъзова-Финкова, М. Конституционните юрисдикции в новите демокрации от Европейския съюз / М. Карагъзова-Финкова. – С.: Софи-Р, 2009.
95. Карбоние, Ж. Гражданско право. Въведение. С.: Лик, 1999.
96. Кассирер Э. Философия Просвещения. М.: «РОССПЭН», 2004.
97. Кастельс М. Власть коммуникации / пер. с англ. Н.М. Тылевич; под науч. ред. А.И. Черных. М., 2016.
98. Кашанина Т.В. Корпоративное (внутрифирменное) право. М.: Норма, 2005.
99. Кожевников В.В. Теория государства и права: учебник. В 2 ч. Ч. 2. М.: Проспект, 2021.
100. Колев, Т. Теория на правото. С.: Сиела, 2015.
101. Коркунов, Н.М. Лекции по общей теории права / Коркунов Н.М. – Спб.: Юридический центр Пресс, 2004.
102. Кравец И. Конституционализм в сравнительном изучении и преподавании // Сравнительное конституционное обозрение. 2009. № 6 (73).
103. Кравец И.А. Российский конституционализм: проблемы становления, развития и осуществления. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. С. 249-253; Комментарий к Конституции Российской Федерации. В 2-х томах. Том 1 / под ред. Б. Визера. М.: Инфотропик Медиа, 2018.
104. Купелянц Г. Разрешение противоречий между вступившими в силу ранее и позже правовыми нормами в РА // Законность. – Ер., 2007. №39ю
105. Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. М., 2002.
106. Лесив Б.В. Правовой реализм: доктрина Оливера Холмса о судебном правотворчестве. Автореферат дис... к.ю.н. М., 2022.
107. Лесив Б.В. Реалистическая философия права О. Холмса: истоки, содержание и интерпретация // Философия права. Очерки: монография / под общ. ред. Е.А. Фроловой. М.: Проспект, 2022.
108. Лившиц Р.З. Теория права. – М.: БЕК, 2004.
109. Лукьянова Е.А. Указное право как российский политический феномен // Журнал российского права. – 2011. – № 10.
110. Лукьянова Е.Н. Конституционные риски: учебно-методическое пособие. М.: Кучково поле, 2015. С. 149-165; Бондарь Н.С. Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. М.: Норма: ИНФРА-М, 2011. С. 191-197.
111. Марғұлан Ә.Х. Қасым ханның қасқа жолы// ҚСЭ. - Алма-Ата, 1975.-Т.6. 689с.
112. Маркосян Т., Сантросян А. Проблемы применения нормативных правовых актов органов Евразийского экономического союза в Республике Армения // Научный Арцах. 2021. № 1 (8).
113. Марченко, М.Н. Источники права: учебное пособие / Марченко М.Н. – М.: Проспект, 2005. – 760 с.
114. Милкова, Д. Юридическите актове в социалистическото право. Понятие и система. С.: Наука и изкуство, 1984.

115. Минникес И.В. Нетипичные источники в конституционном праве // Конституционное и муниципальное право. 2021. №9.
116. Моңгол-қазақ толь\моңғолша-қазақша сөздік.-Улан-батыр - Өлгий, 1984.
117. Мусульманское право / Под ред. М.А. Сарсембаева. – Алматы: Данекер, 2009.
118. Мухамадеев А.Р. О некоторых особенностях развития обычного права волжских болгар.// Чувашский гуманитарный вестник. - 2016. - №11.
119. Назарян. В. Конституция РА: в комментариях и примечаниях. Ер. 1995.
120. Насыров Р.В. Человек как самоценность. М.: «Юрлитинформ», 2011.
121. Научни четения на тема «Предвидимост на правото». Сборник доклади от научната конференция, организирана от катедра «Теория и история на държавата и правото» и катедра «Наказателноправни науки» на Юридическия факултет на СУ «Св. Климент Охридски», проведена в София на 12 май 2021 г. / Съставители проф. Янаки Стоилов, доц. Ралица Илкова, гл. ас. Дилян Начев, гл. ас. Красимир Манов. София, 2022.
122. Невинский В.В. Место решений Конституционного Суда Российской Федерации в системе источников конституционного права. Избранные труды. М.: Норма, 2021.
123. Невинский В.В. Конституционализация российского права: сущность, пределы // Основы конституционного строя: сборник научных работ / отв. ред. В.В. Комарова, В.А. Лебедев, Н.Б. Пастухова. Т. 2. М., 2018.
124. Неновски Н. Преемственность в праве / пер. с болгар. – М., 1977.
125. Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. Учеб. М.: Норма: ИНФРА-М, 1999.
126. Нешатаева, Т.Н. К вопросу об источниках права – судебном прецеденте и доктрине / Т.Н. Нешатаева // Вестник Высшего Арбитражного Суда. – 2000. – № 5.
127. Ображиев К.В. Система формальных (юридических) источников российского уголовного права: дисс... д-ра юрид. наук: 12.00.08. М., 2014.
128. Обычное право русской крестьянской общины (XIX - начало XX в.) / И.Н. Васев, К.А. Синкин, А.А. Васильев. – Москва : Издательство «Юрлитинформ», 2019. – 328 с.
129. Оганнисян Г. Общая юриспруденция и юридическая методология. Ер., 2020.
130. Оль П.А. Правопонимание: от плюрализма к двуединству: монография. СПб.: Юридический центр Пресс, 2005.
131. Остин Д. Определение области юриспруденции. Lloyd D. Freeman M. Introduction to Jurisprudence. L., 1979. Цит по: Антология мировой правовой мысли. М., 1999. С. 401.
132. Остроух, А.Н. Всероссийская научная конференция «Источники (формы) права: вопросы теории и истории». / А.Н. Остроух. //Правоведение. 2002. № 4.
133. Отныне имеем в виду фундаментальные принципы армянской государственности и общенациональные цели, закрепленные в Декларации.
134. Өзбекұлы С., Қопабаев Ө. Мемлекет және құқық теориясы: Оқулық. - Алматы: Жеті жарғы, 2006. 264с.
135. Павлова, М. Гражданско право. Обща част, 2. изд., С.: Софи-Р, 2002.
136. Пахман, С.В. Обычное гражданское право в России./ С.В. Пахман./ М. – Зерцало. – 2003.
137. Петражицкий, Л.И. Теория государства и права в связи с теорией нравственности / Л.И. Петражицкий. – СПб.: Лань, 2000.
138. Петров А.А., Шафиров В.М. Предметная иерархия нормативных правовых актов / М.: Проспект, 2014.
139. Петрова Л.В. О естественном и позитивном праве // Государство и право. – 1995. – № 2.

140. Познышев С.В. Элементарный учебник русского уголовного процесса. Москва, 1913.
141. Поленина С.В. Лазарев Б.М., Лившиц Р.З., Козлов А.Е., Глушко Е.К. Инициативный проект федерального закона о законах и иных нормативно-правовых актах РФ//Государство и право. 1995. № 3.
142. Правовая система России в условиях глобализации и региональной интеграции: теория и практика. – М.: Формула права, 2016.
143. Пряхина Т.М. Конституционная доктрина современной России: дис. ... д-ра. юрид. наук. Саратов, 2004.
144. Пудовочкин Ю.Е. Учение об основах уголовного права: лекции. М.: Юрлитинформ, 2012.
145. Пухта, Г.Ф. Энциклопедия права / Г.Ф. Пухта // Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. III. Европа. Америка: XVII – XX вв. – М.: Мысль, 1999.
146. Радев, Д. Обща теория на правото. Второ издание. С.: ЛИК, 2008.
147. Радько Т.Н. Теория государства и права: учебник для вузов. М.: Академический проект, 2005.
148. Разуваев Н.В. Источник права: классическая и постклассическая парадигмы: монография / Н.В. Разуваев, А.Э. Черноков, И.Л. Честнов; под общ. ред. И.Л. Честнова. СПб.: ИВЭСЭП, 2011.
149. Регельсбергер Ф. Общее учение о праве. М.: Типография Т-ва И.Д. Сытина, 1897.
150. Рузанова В.Д. Формы взаимодействия норм семейного и гражданского права в регулировании имущественных отношений между супругами // Актуальные проблемы российского права. 2017. № 5.
151. Русчев, И. Нормативните актове – източник на частното право / И. Русчев. – С.: Албатрос, 2008.
152. Садовников А.В. Действие принципов уголовного процессуального права на стадиях уголовного судопроизводства //Новый юридический вестник. –2021. – № 9.
153. Саидов А.Х. Антропология права. – Ташкент: Национальный центр Республики Узбекистан по правам человека, 2017.
154. Саидов А.Х. Право собственности. – Ташкент: Национальный центр по правам человека, 2017.
155. Сахаутдинов Д.Ф. Статут в английской системе общего права: доктрина и практика / Правовое государство теория и практика. 2019, № 2 (56).
156. Сборник доклади от научната конференция, организирана от катедра «Теория и история на държавата и правото» и катедра «Наказателноправни науки» на Юридическия факултет на СУ «Св. Климент Охридски», проведена в София на 12 май 2021 г. / Съставители проф. Янаки Стоилов, доц. Ралица Илкова, гл. ас. Дилян Начев, гл. ас. Красимир Манов. София, 2022.
157. Свидерский В.И., Зотов Р.А. Новые философские аспекты элементарно – структурных отношений. – Л.: ЛГУ, 1970.
158. Сейд-Ахметов М. Люфты правотворческой деятельности // Фемида. – 2018.– № 2.
159. Семов, Ат. Неприлагане на правото на ЕС поради зачитане на националната идентичност, Lex.bg, 16.11.2020, т. 3.2.1. с выставки, Онлайн-доступ: <https://news.lex.bg/неприлагане-на-правото-на-ес-поради-за/>
160. Семпсон Новая анатомия Британии. М.: «Прогресс», 1975.
161. Сергеевич, В.И. Лекции и исследования по древней истории русского права./ В.И. Сергеевич./ СПб. – Типография Стасюлевича. – 1910.

162. Симонова М.М. Содержание и значение принципов права в общественных отношениях //Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. - 2017. - № 1. - С. 31-32.
163. Синюков, В.Н. Российская правовая система. Введение в общую теорию./ В.Н. Синюков./ 2-е изд., доп. – М. – Норма. – 2013.
164. Сирота Е.Г. Акты поднормативного регулирования корпоративных отношений в хозяйственных обществах: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2004; Медная Ю.В. Поднормативное правовое регулирование общественных отношений: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2008.
165. Словохотов Л.А. Народный суд обычного права киргиз Малой орды\\ Труды Оренбургской ученой архивной комиссии. Оренбург, 1905 Вып. XV.
166. Соловьев В.С. Оправдание добра. Нравственная философия: Сочинения в 2 т. Т.1. М.: Мысль, 1990.
167. Соловьева Т.В. К вопросу о нормативности Постановлений Пленума Верховного Суда РФ // Законность и правопорядок в российском обществе. 2010. № 1
168. Сорокин В.В. Общее учение о государстве и праве переходного периода: монография. М.: Юрлитинформ, 2010.
169. Сорокин, В.В. Концепция эволюционных преобразований правовых систем в переходный период. / В.В. Сорокин. - Барнаул.: Алт-й гос. ун-т, 2002. С. 450.; Васильев А.А. Правовая доктрина как источник права. М.: Проспект, 2021.
170. Сорокин, В.В. Правовая система переходного периода / В.В. Сорокин. – М., 2003.
171. Социальная эпистемология: идеи, методы, программы / Под ред. И. Т. Касавина. М., 2010.
172. Спиридонов Л.И. Теория государства и права. Курс лекций. СПб.: СПбВШ МВД России, 1995.
173. Сталев Ж. Нормативната сила на фактическото – София, 1997.
174. Сталев Ж. Сравнительный метод в социалистической правовой науке // Сравнительное правоведение: сборник статей. – М., 1978. – С. 15-53.
175. Сталев, Ж. Нормативната сила на фактическото. С.: УИ „Св. Кл. Охридски“, 1997.
176. Степченко В.В. Решения Конституционного Суда Российской Федерации в уголовном праве: автореф. дисс... канд. юрид. наук: 12.00.08. Москва – 2007.
177. Стоилов Я. Правните принципи: теория и приложение. София: Сиби, 2018.
178. Стоилов, Я. Йерархия и конкуренция между съвременните правни системи. – В: Quo Vadis Justitia? Сборник доклади. Съставители Я. Стоилов, Е. Фролова, С. Гройсман. С.: УИ „Св. Кл. Охридски“, 2020.
179. Страшун А.Б. Федеральное конституционное право России. М., 1996.
180. Судебная практика в современной правовой системе России: монография / Т.Я. Хабриева, В.В. Лазарев, А.В. Габов и др.; под ред. Т.Я. Хабриевой, В.В. Лазарева; Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. М.: Проспект, 2020.
181. Сулейменов М.К. // Правовая реформа в Казахстане. – 2018. – № 4.
182. Сулейменов М., Книппер Ю. Устранение противоречий при толковании и применении Гражданского законодательства // Юридическая газета. – 2019.
183. Султанов Т.И. Кочевые племена Приаралья в XV-XVII вв.-М.,1982.134с.

184. Суслов В.А. Герменевтический аспект законодательного толкования // Правоведение. - 1997. - № 1.
185. Сырых В.М. Логические основания общей теории права: в 2-х т. Т. 1. Элементный состав. М.: Юридическая литература, 2004.
186. Сюкияйнен, Л.Р. Мусульманское право. Вопросы теории и практики / Л.Р. Сюкияйнен. – М.: Наука, 1986.
187. Табанов С.А. Салыстырмалы құқықтану негіздері. – Алматы: Жеті жарғы, 2003. – 464 стр.
188. Таджер, В. Гражданско право на НРБ. Обща част. Дял I. С.: Наука и искусство, 1972, с. 58.
189. Таджер, В. Гражданско право на НРБ. Обща част. Дял I. С.: Наука и искусство, 1972
190. Така Вълчев, Д. Демокрацията като децентрализирано нормосъздаване. – Съвременно право, 2000/№ 4.
191. Тарановский, Ф.В. История русского права./ Ф.В. Тарановский./ Под ред. и с пред. В.А. Томсинова. – М. – Зерцало. – 2004.
192. Тарасенко В.В. Презумпции и фикции в уголовном правотворчестве и в разъяснениях Верховного Суда Российской Федерации // Вестник ВГУ. Серия: Право. 2015. № 3.
193. Тарасов А.В. Административные регламенты и поведение мониторинга их исполнения // Организационно-правовые проблемы борьбы с коррупцией в современных условиях развития общества. – СПб., 2010.
194. Ташев, Р. Към понятието за правен принцип / Р. Ташев // Съвременно право. – 2001. – № 6. – С. 24 – 30.
195. Ташев, Р. Новите източници на българското право. С.: ЛИК, 1996.
196. Ташев, Р. Обща теория на правото. Основни правни понятия. 4-то издание. С.: Сиби, 2010.
197. Тиунов О.И. Общеизвестные принципы и нормы международного права: понятие и их роль в решениях Конституционного Суда РФ // Общеизвестные принципы и нормы международного права, международные договоры в практике конституционного правосудия: Мат. Всерос. совещ. (Москва, 24 декабря, 2002 года). М., 2004. С. 62-66.
198. Тихомиров А.Д. Юридическая компаративистика: философские, теоретические и методологические проблемы. Киев, 2005.
199. Тихомиров Ю.А. Правовое пространство: равновесие и отклонения // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 4. С. 4-17.
200. Тихомиров Ю.А. Система конституционного законодательства // Законодательство и экономика. 1998. № 6.
201. Тихомиров, Ю.А. Закон о нормативных правовых актах - актуальная повестка дня / Ю.А. Тихомиров, Т.Н. Рахманина, А.Г. Хабибулин // Журнал российского права. – 2006. – № 5(113). – С. 88 – 93.
202. Тихонравов Ю.В. Основы философии права. Учебное пособие. М.: Вестник, 1997.
203. Тодоров, А.А. О доктрине права // Крымский Академический вестник. - 2019. - № 9.
204. Толстик В.А. Иерархия источников российского права: монография. Нижний Новгород, 2002.
205. Толыбеков С.Е. Кочевое общество казахов в XVII-XX веков. Алма-Ата, 1971. 379 с.
206. Тонков Е.Н. Толкование права как способ его принудительной легитимации // Легитимность права: коллективная монография / под общ. ред. Е.Н. Тонкова, И.Л. Честнова. СПб.: Алетейя, 2019.
207. Торбов, Ц. Обща теория на правото. С.: Юриспрес, УИ „Св. Кл. Охридски“, 2002.

208. Традиционное государство и право: монография / Под ред. докт. юрид. наук А.А. Васильева, канд. ист. наук Ю.А. Зеленина. – М.: Юлитинформ, 2020.
209. Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. СПб.: Изд-во «Лань», 1998. 224 с.
210. Уголовное право Российской Федерации: проблемный курс для магистрантов и аспирантов: в 3 т. Т. 1. Введение в уголовное право / под общ. ред. А.Н Савенкова; науч. ред. и рук. авт. кол. А.И. Чучаев. М.: Проспект, 2022. С. 115-122.
211. Уголовное право. Общая часть. Преступление. Академический курс. В 10 т. Т. IV. Уголовный закон. Законодательная техника / под ред. Н.А. Лопашенко. М.: Юрлитинформ, 2016.
212. Уголовное право. Общая часть. Преступление. Академический курс. В 10 т. Т. II. Система, источники и структура уголовного права. Принципы уголовного права / под ред. Н.А. Лопашенко. М.: Юрлитинформ, 2016.
213. Уолкер, Р. Английская судебная система / Р. Уолкер. – М.: Юрид. лит, 1980. – С. 190 – 193.
214. Уолкер, Р. Английская судебная система / Р. Уолкер. – М.: Юрид. лит, 1980.
215. Фадеев В.И. Муниципальное право / под ред. О.Е. Кутафина. – М.: Юрист, 2014. – 168 с.
216. Феномен научного права: коллективная монография / Под ред. А.А. Васильева. Барнаул: АЗБУКА, 2021.
217. Философский энциклопедический словарь. М., 1998. С. 489.
218. фон Иеринг, Р. Дух римского права на различных ступенях его развития. Перевод с 3-го исправленного немецкого издания./ Р. фон Иеринг./ СПб. – Типография В. Безобразова и Ко. – 1875.
219. Фуко М. Надзирать и наказывать. Рождение тюрьмы. М.: Ад Маргинем Пресс, 2015.
220. Фукуяма Ф. Великий разрыв. – М.: Издательство АСТ, 2004. – 474 с.
221. Фукуяма Ф. Сильное государство: Управление и мировой порядок в XXI веке. М.: «АСТ: АСТ МОСКВА:ХРАНИТЕЛЬ», 2006.
222. Хабермас Ю. Будущее человеческой природы : пер. с нем. М. : Весь мир, 2002.
223. Хабермас Ю. Моральное сознание и коммуникативное действие / пер. с нем. под ред. Д.В. Складнева. СПб.: Наука, 2000.
224. Хабермас Ю. Будущее человеческой природы : пер. с нем. М. : Весь мир, 2002.
225. Хабриева Т.Я., Ноздрачев А.Ф., Тихомиров Ю.А. Административная реформа: проблемы и решения // Ад- министривная реформа в России. М., 2006.
226. Хвостов, В.М. Общая теория права. Элементарный очерк / В.М. Хвостов. – М.: типография Вильде, 1914..
227. Хомяков, А.С. По поводу Гумбольдта. Всемирная задача России./ Хомяков А.С./ М. - Институт русской цивилизации. - 2008.
228. Царьков И.И. Развитие правопонимания в европейской традиции права. СПб., 2006.
229. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. 2000. М., Международные отношения. 480 с.
230. Цитович, П.П. Исходные моменты в истории русского права наследования./ П.П. Цитович./ Харьков. – 1870. – Университетская типография.
231. Цонев, В. Теория на източниците на социалистическото право. С.: Наука и изкуство, 1973.
232. Черданцев А.Ф. Специализация и структура норм права // Правоведение. 1970. № 1. С. 41–49.
233. Черданцев, А.Ф. Толкование закона и договора. / А.Ф. Черданцев. - М., 2003.

234. Честнов И.Л. Сидоренкова М.К. Источник права как механизм правообразования (на примере института *reine forte et dure* в средневековой Англии) // Вестник МГПУ. Серия «Юридические науки». 2011. № 1.
235. Честнов И.Л. Институционализация правопорядка постклассическая интерпретация // Правопорядок: элементы общей теории: монография / под общ. ред. М.А. Беляева, В.В. Денисенко, А.И. Клименко. М.: Проспект, 2020.
236. Честнов И.Л. Конструирование социально и правовой реальности // Конструирование девиантности. Монография / Под ред. Я.И. Гилинского. СПб., 2011;
237. Честнов И.Л. Методология сравнительного правоведения // Голубева Л.А., Черноков А.Э., Честнов И.Л. Сравнительное правоведение: учебник для высших учебных заведений. Гатчина: Изд-во ГИЭФПТ, 2020.
238. Честнов И.Л. Постклассическая теория права. Монография. СПб.: Издательский Дом «Алеф-Пресс», 2012.
239. Чиркин В.Е. Конституционное право зарубежных стран. М., 1999. С. 27; Фридмен Л. Введение в американское право. М., 1993.
240. Чулошников А.П. Очерки по истории казах-киргизского народа. - Оренбург, 1924.
241. Шапахқызы У. 1640 жылғы Монғол-Ойрат заңы: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. - Алматы, 2001. - 30 стр.
242. Шебанов А.Ф. Форма советского права. М.: Юрид. лит., 1968. 216 с.
243. Шебанов, А.Ф. Форма советского права. / А.Ф. Шебанов. - М.: Юридическая литература, 1968. С. 39; Зивс, Л.С. Источники права. / Л.С. Зивс. - М., 1981.
244. Шергин А.П. Проблемы административно-деликтного права // Государство и право. 1994. № 8-9.
245. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Учебное пособие (по изданию 1910-1912 гг.) Том. 1. Вып. 1 М., 1995.
246. Шершень Т.В. Основные начала семейного законодательства России // Вестник Омского университета. - Серия «Право». - 2008. - № 4.
247. Штурцев Ю.Ю. Принципы права и закономерности: соотношение и взаимосвязь // Инновационная наука. - 2015. - № 5.
248. Шумилов В.М. Международное право: учеб. М., 2008.
249. Эбзеев Б.С. Человек, народ, государство в конституционном строе Российской Федерации. М., 2005.
250. Эммер де Ваттель Право народов. М., 1960.
251. Этимологический словарь тюркских языков. - М., 1989.
252. Юридическая наука в современном мире: Россия и Болгария./ под общ. ред. Е.А. Фроловой. - Москва. - Проспект. - 2020. - 584с.
253. Ямпольская Ц.А. О правовых актах Совета народного хозяйства // Сов. государство и право. 1960. № 11.
254. Стоилов Я. Принципы права. М.: Проспект, 2022.
255. Янев Я. Функции правил социалистического общежития при применении правовых норм. - София, 1977;
256. Янев Я. Правила социалистического общежития. Их функции при применении правовых норм / пер. с болгар. - М., 1980.

Оглавление

Авторский коллектив	3
Введение	6
Глава I. Источники права: теоретико-методологические аспекты.....	11
1.1. Теоретико-методологические основания источников права	11
1.2. Теоретико-методологические основания исследования источника и форм права в контексте компаративистики.....	19
1.3. Соотношение источника права и формы права	33
1.5. Источник права в трактовке Николая Григорьевича Александрова	39
1.6. Вклад болгарской юридической науки в развитие теории источников права	43
Глава II. Система и классификация источников права: сравнительно-правовые аспекты.....	50
2.1. Официальные и неофициальные источники современного права.....	50
2.2. Система и классификация источников права.....	57
2.3. Акты систематизация законодательства в системе источников права	70
2.4. Неофициальные источники права.....	82
Глава III. Неформальные источники права: система, виды и значение	95
3.1. Неформальные источники права.....	95
3.2. Философско-правовые доминанты обычного права: антрополого-правовой подход	98
3.3. Предназначение обычного права: историко-правовой аспект	111
3.4. Система источников обычного права казахов.....	119
3.5. Изучение источников обычного права кыргызов	132
3.6. О понимании принципов права в России и Болгарии	139
3.7. Доктрина как источник современного российского права	153
3.8. Правовая доктрина как источник права в России и Болгарии: сравнительный анализ	161
Глава IV. Нормативный правовой акт в системе источников права	172
4.1. Закон (нормативный правовой акт) как наиболее искусственный и этатистский источник права (история и современность).....	172
4.2. Локальный нормативно-правовой акт как источник права: юридическая природа и критерии качества	185
4.3. Понятие административных регламентов федеральных органов исполнительной власти	191
Глава V. Акты судебных органов как источник права.....	199
5.1. Роль постановлений Пленума Верховного Суда РФ в правовой системе России	199
5.2. О роли Конституционного Суда Республики Болгария при осуществлении контроля на соответствие Конституции.....	203

5.3. Решения Конституционного Суда Российской Федерации как источник права (на примере правовых позиций о соотношении национального и международного права)	207
5.4. Связь решений Конституционного Суда России с доктриной правопонимания.....	222
Глава VI. Акты международного права как источник права	226
6.1. Источники международного права.....	226
6.2. Возможность ссылки на международные соглашения Европейского Союза при проведении проверки на действительность в соответствии со статьей 263 дфес	243
Глава VII. Иерархия источников права и коллизионное право	263
7.1. Иерархия права и юридическое толкование	263
7.2. Коллизионное право в Республике Армения.....	274
7.3. Правовой анализ закона Республики Казахстан «О правовых актах»	298
7.4. Обзор законов о нормативно-правовых актах стран СНГ.....	306
7.5. Правило о специально предназначенной норме в системе иных коллизионных правил.....	310
7.6. Иерархия источников права России: анализ законодательства и доктрины через сравнительноправовую призму болгарского права	325
Глава 8. Иерархия источников отдельных отраслей права.....	339
8.1. Конституционализация как процесс влияния конституционных норм на отраслевое законодательство на примере института административной ответственности	339
8.2. Теоретические проблемы определения круга источников российского уголовного права (о широком и узком подходах).....	353
8.3. Источники гражданского права Республики Беларусь и иных стран СНГ: сравнительный анализ	371
Заключение.....	378
Приложение. Концепция проекта федерального закона «Об источниках права Российской Федерации»	380
Библиографический список.....	382

Иерархия и координация источников права: теоретические и сравнительные аспекты

Монография

Опубликовано в авторской редакции
Подготовка оригинал-макета, дизайн обложки *Ю. В. Луценко*

Издательство Алтайского государственного университета
Издательская лицензия ЛР 020261 от 14.01.1997.

Подписано в печать 27.02.2023.
Дата выхода издания в свет 06.03.2023.
Формат бумаги 60×84 1/8. Усл.-печ. л. 46,03.
Гарнитура PT Serif. Бумага офсетная. Печать цифровая.
Тираж 100 экз. Заказ № 127

Отпечатано в типографии Алтайского государственного университета:
656049, Алтайский край, г. Барнаул, ул. Димитрова, 66