

О ДОКТРИНЕ КАК ИСТОЧНИКЕ ПРАВА

© 2013 г. Сергей Герасимович Павликов¹

Краткая аннотация: автором статьи обосновывается суждение о том, что теоретический подход, основанный на “многоаспектности” понимания сущности доктрины, все более доминирует над характеристикой ее как источника права: в России доктрина либо не рассматривается как источник права, либо характеризуется как нетрадиционный (“идеальный”, “идеологический”) его источник.

Annotation: the author of the article substantiates the view that theoretical approach, based on the “multi-aspectuality” understanding the essence of the doctrine, all the more dominates the characteristic of her as a source of law in Russia doctrine or is not considered as a source of law, or is characterized as non-traditional (the “perfect”, “ideological”) of its source.

Ключевые слова: доктрина, право, государство, прецедент, суд, источник, теория, наука.

Key words: the doctrine, law, state, precedent, the court, source, theory, science.

На современном историческом этапе можно выделить не так много ситуаций, когда *доктрина* становится *источником права*; в частности, “в настоящее время правовая *доктрина* является обязательной в странах, относящихся к англосаксонской и мусульманской правовым семьям”². Так, например, основным *источником* (внешней формой) мусульманского *права* длительное время была *доктрина*, что “также объективно обусловлено: именно доктрина стала наиболее приемлемой формой, в которой религиозная идея может взаимодействовать с правовым началом”³. Наличие пробелов в *праве* поставило всех мусульманских правоведов перед необходимостью разработки собственной правовой *доктрины*, основой которой стал *иджтихад* – относительно свободное усмотрение, которое применялось при толковании норм Корана или Сунны или при формулировании новых правил поведения в случае их отсутствия в *источниках*⁴. С развитием мусульманской *теории права* *иджтихад* стал обозначать достижение высшей ступени знания, дающей право самостоятельно решать вопросы, обойденные в Коране и Сунне, а *муджтахиды* – лица, обладающие таким правом, “стали законодателями”⁵.

Используется ли *доктрина* в российской правовой системе как *источник права*? Прежде всего необходимо отметить, что и сам вопрос о формах и *источниках права* является дискуссионным в юридической науке. Существуют две основные точки зрения на проблему соотношения этих понятий: а) согласно первой названные понятия являются тождественными; б) согласно второй понятие “*источник права*” более широкое, чем понятие “*форма права*”⁶. На сегодняшний день в *теории* господствует последняя точка зрения. Она аргументируется тем, что если исходить из общепринятого значения слова “*источник*” как всякого начала или основания, корня и причины, исходной точки, то применительно к юридическим явлениям под *источником права* следует понимать: 1) *источник* в материальном смысле (материальные условия жизни общества, формы собственности, интересы и потребности людей и т.п.); 2) *источник* в идеологическом смысле (различные правовые учения и *доктрины*, правосознание и т.д.); 3) *источник* в формально-юридическом смысле, т.е. *форма права*⁷.

Теоретические представления об *источниках права* в формальном (юридическом) смысле базируются на идее *формы права*⁸. Под *источником права* обычно понимают:

мир. 2012. № 1. С. 75, 76; Хохлышева О.О. Мусульманское право. Н. Новгород, 2006. С. 3–181.

⁶ См.: Мазуренко А.П. Российская правотворческая политика: концепция и реальность. М., 2010. С. 82.

⁷ См.: Теория государства и права / Отв. ред. А.В. Малько. М., 2007. С. 159.

⁸ См.: Трудовое право России / Отв. ред. Ю.П. Орловский, А.Ф. Нуртдинова. Изд. 3-е. М., 2010. С. 79.

¹ Доктор юридических наук, профессор.

² См.: Васильев А.А. Правовая доктрина как источник права // Публично-правовые исследования (Электронный журнал). 2012. № 2. С. 38–75; № 3. С. 27–53.

³ Сюкияйнен Л.Р. Мусульманское право: вопросы теории и практики. М., 1986. С. 16.

⁴ См.: Рассказов Л.П., Кангезов М.Р. Мусульманское право как разновидность религиозного права // Общество и право. 2010. № 1. С. 24–26.

⁵ См.: История политических и правовых учений / Под ред. В.С. Нерсисянца. М., 1996. С. 127. См. также: Муфлиханова Д.Р. Эволюция принципа неприменения силы или угрозы силой в мусульманской системе права // Юрид.

- внешнюю *форму права*⁹;
- форму установления и выражения правовых норм¹⁰;
- объективированный в документальном виде акт правотворчества¹¹.

Некоторые авторы (например, В.М. Сырых) выделяют как самостоятельный *источник права* правовую *доктрину*¹². Впрочем, многие исследователи “сужают” это понятие фактически до судебного *прецедента*, хотя, как думается, отождествление этих понятий по меньшей мере не бесспорно. Так, М.В. Баглай полагает, что “принцип разделения властей оказался эффективным в решении по крайней мере одной важной проблемы: признания самостоятельности судебной власти и ее правомочия применять право. Это имеет немалое значение для того, чтобы над высшими государственными органами (парламентом и правительством) стояли не только те законы, которые они сами принимают и исполняют (“статусное право”), но и право, создаваемое *судами*, которое в определенной части изменить законами нельзя. А эта определенная часть как раз и включает основные гарантии охраны прав человека – гарантии, мешающие сползанию общества к режиму личной власти. Вот в чем должна состоять важнейшая роль *суда* в правовом *государстве* и вот почему, по нашему убеждению, следует прямо приравнять судебную *доктрину* к *источникам права*”¹³.

Как пишет М.Н. Марченко, “среди других *источников права* важную, но не определяющую роль играют многочисленные подзаконные акты, обычаи и правовые *доктрины*”¹⁴. По его справедливому мнению, важно избежать неточностей в процессе рассмотрения взаимосвязи и взаимодействия *прецедента с доктриной*; несмотря на то что во многих странах романо-германского *права*, в системах правовых *источников* этих

стран *доктрина* занимает значительное место и играет заметную роль, тем не менее, она, подобно *прецеденту*, формально не признается в качестве *источника права*, а рассматривается лишь как реально существующий и оказывающий влияние на *право* вторичный элемент¹⁵.

В настоящее время в России термин “*доктрина*” используется как в законодательстве¹⁶, так и в правоприменительной практике, в научных трудах¹⁷. По мнению В.Д. Зорькина, “дальнейшее развитие *доктрины* правового социального *государства* и основанной на ней правотворческой и правоприменительной практики должно исходить из трактовки социальных прав не только как неких общих ориентиров для законодателя и правоприменителя, но именно как основных прав, равных по значимости гражданским и политическим правам человека и гражданина”¹⁸.

Как пишет Т.Я. Хабриева, в самом общем виде *доктрину* характеризуют как авторитетное мнение ученых, выраженное в форме принципов, *теорий*, концепций. Это в полной мере относится и к конституционной *доктрине*¹⁹. В теории и практике конституционного *права* концепция разделения властей традиционно связывается с именами Д. Локка и Ш. Монтескье, тезис о верховенстве (суверенитете) парламентов в его завершеном выражении – с именем А. Дайси, идея об особых судах как органах конституционного контроля – с именем Г. Кельзена. Таким образом, речь идет о научных *доктринах* конституционализма, о научной конституционной доктрине, о *доктрине* конституционного *права*²⁰.

Аналогичные высказывания можно обнаружить и в трудах специалистов в других отраслях *права*. Так, А.А. Малиновский пишет, что “уголовно-правовая *доктрина* (в широком смысле слова) является первоисточником уголовного *права*,

⁹ См.: Чиркин В.Е. Закон как источник права в развивающихся странах // В кн.: Государство и право в развивающихся странах. Источники права. М., 1985. С. 5.

¹⁰ См.: Кечекьян С.Ф. О понятии источника права // Ученые записки МГУ. Вып. 116. Кн. 2. М., 1946. С. 4; Мицкевич А.В. Акты высших органов Советского государства. М., 1967. С. 15; Керимов Д.А. Философские проблемы права. М., 1972. С. 218; Зивс С.Л. Источники права. М., 1982. С. 22, 23.

¹¹ См.: Алексеев С.С. Общая теория права. Т. 2. С. 314.

¹² См.: Сырых В.М. Проблемы теории государства и права. М., 2008. С. 252.

¹³ Баглай М.В. Правовое государство: от идеи к практике // Коммунист. 1989. № 6. С. 43.

¹⁴ Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судебское право. М., 2011. С. 99.

¹⁵ См.: там же. С. 140.

¹⁶ См., например: Доктрина информационной безопасности Российской Федерации. Утв. Президентом Российской Федерации 9 сентября 2000 г. // Росс. газ. № 187. 2000. 28 сент.

¹⁷ См., например: Мозолин В.П. Современная доктрина и гражданское законодательство. М., 2008; Прякина Т.М. Конституционная доктрина Российской Федерации. М., 2006.

¹⁸ Зорькин В.Д. Право и правоприменение в Российской Федерации: доктрина и практика. Материалы к докладу на международной конференции “Право и правоприменение в России: междисциплинарные подходы” // Официальный сайт Конституционного Суда Российской Федерации // <http://www.ksrf.ru>

¹⁹ См.: Хабриева Т.Я. Доктринальное значение российской Конституции // Журнал рос. права. 2009. № 2. С. 23.

²⁰ См.: там же.

поскольку ее теоретические положения представляют собой руководство для законодателя. Более того, фундаментальные доктринальные основы уголовного права находят свое выражение в виде принципов права и закрепляются в действующем законодательстве²¹. По мнению Н.А. Колоколова, военная доктрина – система официальных взглядов и правовых положений, устанавливающих направление военного строительства, подготовки страны и ее вооруженных сил к войне, способы и формы ее ведения, один из главных инструментов реализации государством своих целей; базовые положения военной доктрины предопределены характером государства, степенью его развития и устремлениями господствующих в стране элит²². И.А. Старостина выделяет избирательно-правовые доктрины как разновидность политико-правовых доктрин и т.п.²³

Аналогичные примеры можно привести и в отношении деятельности органов государственной власти, наднациональных судебных инстанций и т.п. В частности, Европейский Суд по правам человека, призванный контролировать выполнение предписаний Конвенции о защите прав человека и основных свобод, нередко, оставляет решение вопроса о соблюдении ее норм на усмотрение государств; в среде правоведов данный подход Суда получил название “доктрина свободы усмотрения государств”²⁴.

В таком контексте доктрина рассматривается уже не только как учение, научная философская теория, система идей и взглядов, совокупность ведущих положений и принципов, заложенных в основу правового механизма регулирования отдельного вида общественных отношений²⁵. При этом многие авторы отмечают, что правовая доктрина в “ряде стран романо-германской правовой семьи является вторичным источником права”²⁶.

Правовая доктрина оказывает существенное влияние, в частности, на судебное правотворчество²⁷. В.В. Никишин отмечает, что на современном этапе развития “правовой системы стран общего права мнения выдающихся юристов, как таковые, по-прежнему сохраняют свое значение, признаются в качестве источника права в силу того, что содержат необходимые обобщения, анализ правовых норм; кроме того, в национальных правовых системах стали иметь большое значение цельные систематизированные доктрины, в числе которых доктрина обязательности следования прецеденту вышестоящего суда (принцип stare decisis)”²⁸.

Думается, что данная позиция нуждается в определенном уточнении. Безусловно, в Российской Федерации имеет место процесс распространения такого источника, как судебный акт (так называемый судебный прецедент). Однако другой важнейший источник – доктрина фактически полностью игнорируется. Вместе с тем, “право... состоит из определенных принципов и доктрин. Задача истинного юриста заключается в том, чтобы овладеть искусством их четкого применения к различным общественным отношениям... многочисленные принципы и доктрины могут быть индуктивно сведены к достаточно ограниченному количеству базовых принципов и концепций, на которых может быть основано множество других, вторичных правовых принципов и концепций, которые, в свою очередь, являются источниками для дедуцирования конкретных правовых норм при разрешении споров”²⁹.

В этом плане, к примеру, ст. 38.1 Статута Международного уголовного Суда гласит: “Суд, который обязан решать переданные ему споры на основании международного права, применяет: а) международные конвенции, как общие, так и специальные, устанавливающие правила, определенно признанные государствами; б) международный обычай как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы; с) общие принципы права, признанные цивилизованными нациями; d) с оговоркой, указанной в ст. 59, судебные решения и доктрины наиболее квалифицированных специалистов по

²¹ Малиновский А.А. Доктрина как источник уголовного права (Сравнительно-правовые аспекты) // Международное уголовное право и международная юстиция. 2009. № 1. С. 11.

²² См.: Колоколов Н.А. Победа в Великой Отечественной войне 1941–1945 годов и будущее славянских государств: новый взгляд на итоги Второй мировой войны // История государства и права. 2010. № 9. С. 22.

²³ См.: Старостина И.А. Российское избирательное право: доктрина и законодательство // Конституционное и муниципальное право. 2009. № 24. С. 19.

²⁴ См.: Орехов О.С. О некоторых особенностях применения доктрины свободы усмотрения государств Европейским судом по правам человека // Общество и право. 2009. № 2. С. 18.

²⁵ См.: Марченко М.Н. Источники права. М., 2005. С. 605.

²⁶ См.: Никишин В.В. Доктрина и судебный прецедент как источники зарубежного экологического права // Росс. судья. 2011. № 4. С. 30, 31.

²⁷ См.: Нерсисянц В.С., Батлер У. Источники английского права и правовой мысли // История права. Англия и Россия / Рук. авт. колл. В.С. Нерсисянц, У. Батлер. М., 1990. С. 162; Анарова Т.В. Суды и судебный процесс Великобритании: Англия, Уэльс, Шотландия. М., 1996. С. 126.

²⁸ Никишин В.В. Указ. соч. С. 31.

²⁹ Grey T.C. Langdell's Orthodoxy // 45 University of Pittsburgh Law Review. 1983–1984. P. 11–13. Цит. по: Капанетов А.Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М., 2011.

публичному *праву* различных наций в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм”.

Многие авторы, исследуя проблемы судебной практики, усматривают одну из причин судебных ошибок “именно в недостаточно эффективном воздействии (влиянии) правовой *теории* на практику, следствием чего является движение практики методом проб и ошибок, а не на основе уже выявленных *наукой* закономерностей развития правовой системы”³⁰. Между тем, к примеру, “английская *доктрина*, безусловно, признает в качестве своеобразной формы права признанную в *науке права* доктрину”³¹. Известно, что при рассмотрении важных дел суд здесь вправе обосновать решение помимо норм *права* также и суждениями, содержащимися в трудах авторитетных теоретиков *права*³².

В литературе, посвященной анализу *источников* романо-германского *права*, термин “*доктрина*” употребляется в широком смысле, а именно: а) как учение, философско-правовая *теория*; б) как мнения ученых-юристов по тем или иным вопросам, касающимся сущности и содержания различных юридических актов, по вопросам правотворчества и правоприменения; в) как научные труды наиболее авторитетных исследователей в области *государства и права*; г) комментарии различных кодексов, отдельных законов, “аннотированных версий” (моделей) различных нормативных правовых актов”³³.

Не будучи признанной в качестве формального *источника* романо-германского *права*, *доктрина*, как отмечает М.Н. Марченко, в то же время оказывает огромное влияние не только на правоприменителя и “интерпретатора” действующего *права*, но и на законодателя³⁴. К *доктрине* обращаются члены высших и местных законодательных органов при подготовке и обсуждении проектов законов и других нормативных актов. *Доктрина*, зачастую “находится в распоряжении высших судебных инстанций при решении спорных вопросов и при формировании общей нормы судейского *права*. Прямое и весьма значительное

влияние *доктрины* на правотворческий, а вместе с тем и на правоприменительный процесс особенно сказывается в тех случаях, когда имеются пробелы в *праве*, когда *суды* в процессе рассмотрения дел сталкиваются с такими ситуациями, при которых рассматриваемые отношения или вообще не урегулированы с помощью норм *права*, или опосредуются с помощью не вполне ясных, противоречивых норм”³⁵.

Доктрина, как отмечает М.Н. Марченко, vyplняет по отношению к романо-германской правовой семье объективно необходимую для ее развития разностороннюю роль³⁶. Последняя проявляется, в частности, в том, что: “а) именно *доктрина* создает словарь и правовые понятия, которыми пользуется законодатель; б) именно *доктрина*, наряду с другими факторами, оказывает непосредственное воздействие на законодателя, который часто лишь выражает те тенденции, которые установились в *доктрине*, и воспринимает подготовленные ею предложения”³⁷.

Впрочем, некоторые авторы отождествляют *доктрину* и юридическую *науку*. Они пишут, что “*доктрина*, или юридическая *наука*, – это изложение правовых принципов, правил поведения в трактатах, трудах авторитетных представителей юридической *науки* и практики, которым придается общеобязательное значение. *Доктрина* как *источник права* признавалась в Древнем Риме. Римские юристы, авторитет которых был чрезвычайно высок, имели право давать разъяснения, которые были обязательны для *судов*. В период Средневековья такую же роль играли работы глоссаторов. А в XIX в. российский Правительствующий Сенат цитировал в своих актах труды отечественных цивилистов. В настоящее время *доктрина* признается как *источник права* в Англии. Суды при рассмотрении дел ссылаются на трактаты юристов”³⁸. В современном российском законодательстве и в *теории права* в формальном юридическом смысле *доктрина*, как считает, к примеру, М.И. Абдулаев, “не признается *источником права*, а в широком смысле – признается. Комментарии к законодательству ведущих ученых – юристов и практиков, хотя и не являются официальным *источником права*, но используются юристами в правоприменительной практике для разъяснения положений нормативных

³⁰ Железнова Н.Д. Правопонимание и судебная практика: теоретические проблемы взаимодействия. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2001. С. 3.

³¹ Лукьяненко М.Ф. Оценочные понятия гражданского права: разумность, добросовестность, существенность. М., 2010. С. 71.

³² См.: там же.

³³ См.: Introduction to Swiss Law / Ed. by F. Dessemonten, T. Ansay. P. 8; Introduction to Greek Law / Ed. by K. Kerameus, Ph. Kozuyris. P. 15.

³⁴ См.: Марченко М.Н. Указ. соч. С. 141.

³⁵ Там же.

³⁶ См.: там же.

³⁷ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1998. С. 106.

³⁸ Абдулаев М.И. Теория государства и права. М., 2004. С. 117.

правовых актов. Правовая наука имеет большое значение для развития юридической практики, правильного толкования закона, совершенствования законодательства. Опыт мировой правоприменительной практики свидетельствует, что значение и роль правовой науки растут. Многие ее разработки активно внедряются в реализацию права³⁹.

На важное значение доктрины обращали внимание многие исследователи⁴⁰. “В идеократических правовых системах, – пишет С.А. Денисов, – большую роль играют политико-правовые доктрины, содержащиеся в трудах основателей каких-либо политических учений... Такие доктрины могут формулироваться правителями. Правовые доктрины не всегда имеют письменный вид. Они могут оставаться только в сознании людей, устно передаваться правоприменителям и населению. Более того, они могут носить секретный характер, и исследователь только догадывается об их существовании, анализируя поведение правоприменителей”⁴¹. В целом, по мнению этого исследователя, юридическая сила правовой доктрины определяется ее авторитетом в глазах исполнителей и властными полномочиями ее автора или носителя⁴².

Итак, весьма специфическим является отношение российских ученых к доктрине как источнику права. Формально доктрина не признается источником отечественного права. Однако именно она формулирует и развивает принципы права, которые являются основой регулирования тех или иных отношений в ситуации пробела в праве, когда невозможно применить и аналогию закона. В такой ситуации именно принципы права являются его источниками. Можно разделить мнение о том, что “не признавать общеправовые принципы гуманизма, разумности, справедливости, демократизма, юридического равенства в качестве источников российского права означает закрывать глаза на очевидные вещи”⁴³. При этом не важно, получили ли эти принципы нормативное закрепление в действующем законодательстве, как на

том настаивают многие ученые⁴⁴. “В этом случае источниками права, – пишет А.Н. Бабай, – будут нормативные правовые акты. Мы же говорим о самостоятельном существовании доктринальных правовых принципов как источников права”⁴⁵. Поэтому более справедливой представляется точка зрения В.М. Сырых, считающего, что при наличии соответствующих условий правовые принципы “проявляются неизбежно в системе общественных и правовых отношений, независимо от их осознания и закрепления в действующем законодательстве”⁴⁶.

“Еще одним доводом в пользу признания доктрины хотя бы неофициальным источником российского права, – отмечает А.Н. Бабай, – является обращение практически всех юристов-практиков к комментариям к тем или иным федеральным кодексам, иным нормативным актам. И сколько бы ни спорили наши ученые, является ли юридическая наука источником права, практика дает положительный ответ на этот вопрос”⁴⁷.

Автор статьи также убежден в целесообразности развития института доктрины, которая по смысловому содержанию во многом сравнима с принципами, теориями и концепциями. Каждое из этих теоретических построений может приобрести черты доктрины, если будет нести “дополнительную нагрузку” и быть “особым образом” связано с практикой⁴⁸. “Назначение доктрины, – отмечает И.А. Старостина, – заключается в утверждении, распространении и отчасти в навязывании идей, составляющих ее содержание, с целью их применения в практической деятельности. Поэтому доктрина всегда категоричнее, а при определенных условиях – консервативнее принципа и теории. Утверждение доктрины в науке и обращение ее к конституционно-правовой практике происходят разными путями, но прежде всего в силу признания выдвинутых и обоснованных доктриной идей, авторитета их источников и авторов. Доктрина имеет двойственную природу: с одной стороны, это научная теория, а с другой – нетрадиционный

³⁹ Там же.

⁴⁰ См., например: Марченко М.Н. Источники права. М., 2005. С. 605, 731.

⁴¹ Денисов С.А. Источники реального государственного права // Конституционное и муниципальное право. 2011. № 4. С. 2–9.

⁴² См.: там же.

⁴³ Бабай А.Н. Становление и развитие отечественной концепции источников права // История государства и права. 2010. № 14. С. 44–48.

⁴⁴ См.: Явич Л.С. Общая теория права. Л., 1976. С. 149; Шундилов К.В. Механизм правового регулирования. Саратов, 2001. С. 57–59; Суменков С.Ю. Принципы права и исключения в праве: аспекты соотношения // Гос. и право. 2009. № 5. С. 23.

⁴⁵ Бабай А.Н. Указ. соч. С. 46.

⁴⁶ Сырых В.М. Логические основания общей теории права. Т. 1. М., 2004. С. 64.

⁴⁷ Бабай А.Н. Указ. соч. С. 46.

⁴⁸ Старостина И.А. Российское избирательное право: доктрина и законодательство // Конституционное и муниципальное право. 2009. № 24. С. 18–23.

источник права, дополнительное средство для определения содержания правовых норм”⁴⁹.

К сожалению, остается лишь согласиться с тем, что *доктрина* в современной России – нетрадиционный *источник права* в отличие, к примеру, от судебного *прецедента*, который перестал таковым являться. Российское право все увереннее эволюционирует как “прецедентное право”, все более активно в правовом регулировании общественных отношений начинают участвовать акты судебной власти. Роль актов Конституционного Суда РФ в правовом регулировании можно назвать доминирующей с учетом юридической силы его постановлений и определений. Согласно ст. 79 Федерального конституционного закона “О Конституционном Суде Российской Федерации” от 21 июля 1994 г. решение этого Суда окончательно и не подлежит обжалованию, вступает в силу немедленно после его провозглашения. Если решением Конституционного Суда РФ нормативный акт признан не соответствующим российской Конституции полностью или частично либо из решения Конституционного Суда вытекает необходимость устранения пробела в правовом регулировании, государственный орган или должностное лицо, принявшие этот нормативный акт, “рассматривают вопрос о принятии нового нормативного акта. До принятия нового нормативного акта непосредственно применяется Конституция Российской Федерации” (ст. 79 Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 г.). Кроме того, позиция Конституционного Суда относительно того, соответствует ли Конституции РФ смысл нормативного правового акта или его отдельного положения, придаваемый им правоприменительной практикой, обязательно подлежит учету правоприменительными органами.

Однако автор убежден, что *доктрина* должна занимать достойное место в правовой системе Российской Федерации. Указанный *источник*, с одной стороны, имеет ограниченное применение, как правило, санкционированное правоприменителем; с другой – аккумулирует фундаментальные правила, создающие общие условия развития правового регулирования⁵⁰.

Небезынтересно, что в юридической науке имеют место утверждения о том, что, провозглашая права и свободы высшей ценностью (ст. 2 Конституции РФ), “субъекты правотворчества

так и не определились с целью, ради которой осуществляются охрана и защита прав, свобод и законных интересов. Возможно, решающее слово здесь должна сказать юридическая доктрина”⁵¹. Как же характеризуется исследователями эта “современная юридическая доктрина”? Нередко она понимается весьма узко, как, например, симбиоз *права* и информационно-коммуникационных технологий, которые позволяют создать особый правовой механизм, основанный на “автоматизированном, полуавтоматическом или даже автоматическом процессах правотворчества и правоприменения”⁵². При этом отмечается, что становление всякой научной *доктрины* характеризуется “стохастическим накоплением информации и постепенным вызреванием проблемы, ведущими к образованию ее ядра, которое окружено оболочкой из многообразных фактов и знаний о них”⁵³.

Некоторые ученые справедливо утверждают, что определенная хаотичность развития российского законодательства в первую очередь связана с тем, что, в отличие от общепринятой мировой практики, зачастую не разработка *доктрины* предшествует принятию закона, а, наоборот, на основе принятого закона формулируется его доктрина⁵⁴. “Если в первые годы или даже десятилетие развития российского законодательства, – пишет В.П. Мозолин, – некоторая поспешность могла оправдываться необходимостью заполнения пробелов новой правовой системы России, то сейчас в любом случае должен наступить период солидного, серьезного осмысления уже сформированных правовых институтов и крайне осторожного отношения к вновь принимаемому законодательству”⁵⁵.

По мнению автора статьи, важное значение приобретают *доктрины*, разрабатываемые представителями различных государств⁵⁶. Так же как и во внутригосударственной правовой системе и

⁴⁹ Там же.

⁵⁰ См.: Шахматов А.А. Режим налогообложения нерезидентов: правовая основа регулирования. М., 2010. С. 61.

⁵¹ Малько А.В., Субочев В.В., Шериев А.М. Права, свободы и законные интересы: проблемы юридического обеспечения. М., 2010. С. 26.

⁵² Голоскоков Л.В. Юридическая доктрина как основа правовой политики // Правовая политика и правовая жизнь. 2004. № 4. С. 38. См. также: Батурина С.В. Правовая доктрина как элемент российской правовой системы // Юристы-Правоведы. 2008. № 4. С. 34.

⁵³ См.: Еременко А.С. Организационно-методологические основания российской доктрины гражданского правоприменения // Гражданское право. 2010. № 4. С. 3–8; 2011. № 2. С. 3–7.

⁵⁴ Мозолин В.П. Современная доктрина и гражданское законодательство. М., 2008. С. 36.

⁵⁵ Там же.

⁵⁶ См.: Мелехин А.В. Теория государства и права. Изд. 2-е // СПС “КонсультантПлюс”. 2009. С. 179.

международно-правовом регулировании, в правовой основе объединений государств *доктрина* является своего рода “вспомогательным” *источником*⁵⁷. Исследователи отмечают, что официальная (административная) *доктрина* разрабатывается на уровне уполномоченных органов объединений и имеет различные формы: письма, комментарии, иные документы⁵⁸. Последние исходят от компетентных органов, но, как правило, не являются официальным толкованием законодательства и международных соглашений (за исключением, например, актов толкования, которые уполномочены издавать судебные органы и которые имеют обязательную силу). Так, в рамках Европейского Союза основополагающие положения официальной *доктрины* разрабатываются и оформляются в форме мнений или рекомендаций Комиссии, которые в соответствии с положениями ст. 189 Римского договора не носят обязательного характера. Кроме того, значимым источником доктринальных положений являются издаваемые специальными рабочими органами интеграционных объединений (в том числе создаваемые *ad hoc* для решения определенных задач) пояснения к различным нормативным документам, обеспечивающие их единообразное применение⁵⁹.

Итак, в юридической литературе весьма часто используется термин “доктрина”⁶⁰. Под *доктриной* принято понимать систему идей и взглядов, формирующих целостное представление о предмете, и явлений⁶¹. Например, конституционная *доктрина* – это “систематизированная совокупность основополагающих взглядов и нормативных формул, устанавливающих стратегические перспективы конституционного развития России”, и т.д.⁶² Как думается, правы авторы, которые пишут, что “нельзя не отметить обозначившуюся в последние десятилетия тенденцию к уменьшению значимости *доктрины* как *источника пра-*

ва”⁶³. Юридическая *доктрина* по своей природе относится к категории нетипичных *источников права*, “но в данный момент времени руководители аппарата власти не видят оснований для опоры на нее. Правовая концепция государственной политики, тщательно разработанная лучшими умами Российского государства, могла бы помимо вклада в развитие отечественной *науки* сдвинуть чашу весов к поиску баланса между интересами социальных групп и *государства*, что в конечном итоге является залогом стабильности в современном обществе”⁶⁴.

Следует обратить внимание на то, что в отечественной *теории права* проблема нетрадиционных (“идеальных”, “идеологических” и т.п.) *источников права* все еще нуждается в разработке⁶⁵. Так, Р.А. Ромашов под идеальными *источниками права* понимает “идеи, взгляды, *теории*, в которых отражается сущность социально-правового регулирования и которые оказывают серьезное влияние на правотворческую и правоприменительную деятельность”⁶⁶. К идеальным *источникам права* он относит правосознание, правовую *доктрину*, правовую культуру и т.п. По словам В.М. Баранова, “под *источником права* в идеальном (идеологическом) смысле понимают правовое сознание. Речь идет о концепциях, идеях, *теориях*, чувствах, представлениях людей о действующем и желаемом *праве*, о юридической деятельности, под воздействием которых создается, изменяется и действует *право*. Господствующая правовая идеология, ведущие национальные идеи – главный источник формирования *права*”⁶⁷. В.Л. Кулапов считает, что “общественные потребности должны быть осознаны и скорректированы законодателем в соответствии с уровнем его правосознания и политической организации. На его позицию могут оказать влияние особенности международной и внутривнутриполитической обстановки, некоторые иные факторы. Все эти обстоятельства в своей совокупности составляют *источник права* в идеальном смысле”⁶⁸. По мнению В.А. Рудковского, “для

⁵⁷ См.: Шахматев А.А. Указ. соч. С. 102.

⁵⁸ См.: там же.

⁵⁹ См.: там же.

⁶⁰ См.: Мазуренко А.П. Российская правотворческая политика: концепция и реальность. М., 2010. С. 91.

⁶¹ См.: Марченко М.Н. Вторичные источники романо-германского права: прецедент, доктрина // Вестник МГУ. Сер. 11 “Право”. 2000. № 4. С. 62, 63; Рыбаков О.Ю., Плешаков А.П. Социальная государственность и основные направления конституционно-правовой политики в России // Правовая политика и правовая жизнь. 2001. № 3. С. 6; Марченко М.Н. Является ли правовая система России составной частью романо-германской правовой семьи? // Правовая политика и правовая жизнь. 2001. № 1. С. 72.

⁶² Пряхина Т.М. Конституционная доктрина как фактор оптимизации правовой политики современной России // Правовая политика и правовая жизнь. 2001. № 1. С. 33.

⁶³ Проблемы теории государства и права / Под ред. В.М. Сырых. М., 2008. С. 254.

⁶⁴ Шуняева А.Е. Справедливость в доктрине конституционной экономики // Конституционное и муниципальное право. 2009. № 11. С. 29.

⁶⁵ См. подробнее: Кузьмин А.В., Паишевич М.Ю. Правотворческая воля в структуре идеальных источников права // История государства и права. 2008. № 9. С. 22.

⁶⁶ См.: Ромашов Р.А. Источники права // Теория государства и права. СПб., 2005. С. 215.

⁶⁷ Баранов В.М. Формы права // Теория государства и права / Под ред. А.С. Мордовца, В.Н. Синюкова. М., 2005. С. 217.

⁶⁸ Кулапов В.Л. Формы права // Теория государства и права. Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. М., 1997. С. 329, 330.

того чтобы экономические и иные потребности и интересы получили свое официальное выражение в виде определенных правовых предписаний, они должны быть предварительно осознаны в качестве юридически значимых и требующих правового регулирования явлений. В этом смысле и говорят, что необходимым идеальным (идеологическим) *источником права* является правосознание, взятое в единстве его идейно-психологических и волевых качеств⁶⁹.

Заметим также, что некоторые ученые рассматривают, в частности, международное *право* как *“право ученых”*. В науке они совершенно обоснованно усматривают роль не только “фиксатора”, но также и создателя его норм⁷⁰. Так, Ш. Кальво писал, что “*наука может быть сочтена источником международного права, если, конечно, такой труд принадлежит признанному авторитету*”⁷¹. В отечественной *науке* сторонником доктринального *источника международного права* был Ф.Ф. Мартенс; он писал, что “*наука международного права, бесспорно, принадлежат к числу источников международного права*”⁷². Впрочем, имеет место мнение о том, что “*в условиях, когда практика государств является все более доступной, а решения международных организаций и международных судов являются доступными в результате опубликования различных документов, роль доктрины как средства установления, наличия или отсутствия, а также их толкование имеет тенденцию к уменьшению*”⁷³.

В целом на основании изложенного материала автор статьи полагает возможным обосновать следующие выводы и суждения. В юридическом сообществе достаточно активно и в различных смысловых значениях используется термин “*доктрина*”. Под ней, как правило, понимаются учение, научная *теория*, система идей и взглядов, совокупность положений и принципов, на которых

базируется механизм правового регулирования тех или иных общественных отношений. Такой теоретический подход, основанный на “многоаспектности” понимания сущности доктрины, все более доминирует над характеристикой ее как *источника права*. В Российской Федерации *доктрина* либо не рассматривается как *источник права*, либо характеризуется как нетрадиционный (“идеальный”, “идеологический”) его *источник*.

Такое умаление ценности *доктрины* как важнейшего, традиционно используемого в юридической практике *источника права* обуславливает негативные последствия для российской правовой системы. Прежде всего они связаны с “плановым” и, нередко, явно поспешным принятием Государственной Думой Федерального Собрания РФ многочисленных законов. Многие из них заведомо не могут быть реализованы и в этом плане критически оцениваются юристами и, главное, населением России. Непоследовательность и недостатки развития законодательства Российской Федерации связаны с тем, что не разработка учений, взглядов, научных позиций обуславливает формирование *доктрины*, а напротив, “поточное” законодательство обуславливает формирование так называемых *доктрин* их применения.

Лидирующая роль в этом процессе принадлежит Конституционному Суду, который формирует обязательные для правоприменителя правовые позиции. Они нередко ошибочно характеризуются как *доктрины*. Акты и выраженные в них правовые позиции этого Суда представляют собой иной *источник права* – так называемый судебный *прецедент*, хотя с учетом его формирования “высшей”, а не “низовой” судебной инстанцией корректнее охарактеризовать его как “акт судебной власти”. Несколько иной характер имеют особые мнения судей, в том числе судей Конституционного Суда РФ, Европейского Суда по правам человека, которые наиболее наглядно демонстрируют взаимосвязь *прецедента* и *доктрины*. В них выражается уже не официальная позиция суда, а мнение конкретного лица, который может не являться представителем научного сообщества, что подтверждает суждение о специфичности как понятий “юридическая наука”, “доктрина”, так и таких нетрадиционных *источников права*, как *прецедент* и *доктрина*.

⁶⁹ См.: Рудковский В.А. Формы (источники) права // Теория государства и права / Под ред. П.В. Анисимова. М., 2005. С. 137.

⁷⁰ См.: Самхарадзе Д.Г. Источники современного международного права // Международное публичное и частное право. 2006. № 5. С. 11.

⁷¹ Calvo Ch. Le droit international theorique et pratique. T. 1. Paris – Berlin, 1887. См. также: Bluntschli J. Das moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten. Nordinger, 1872. S. 7.

⁷² Мартенс Ф.Ф. Современное международное право цивилизованных народов. Т. 1. СПб., 1904. С. 195.

⁷³ Самхарадзе Д.Г. Указ. соч. С. 11.