

## ДОКТРИНАЛЬНЫЕ ФОРМЫ И ИСТОЧНИКИ ПРАВА

© 2018 г. С. В. Бошно

*Институт государственной службы и управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ, Москва;  
Фонд “Консалтинга и правовой защиты населения”, Москва*

*E-mail: boshno@yandex.ru*

Поступила в редакцию 18.01.2018 г.

Предметом исследования являются доктринальные феномены (наука, мнение ученых, принятые в науке мнения, научные школы) в системе форм и источников права. В истории доктринальные формы исполняли разные роли, возвышаясь до непосредственного регулирования общественных отношений (в Декрете Валентиниана) — это был пик их потенциала. В современных условиях романо-германских государств, основанных на позитивистском мировоззрении, включая Российскую Федерацию, доктрина не является формой права, и источником права она не выступает аксиоматично. Тем не менее в судебной практике приводится много фактов применения доктринальных источников. Оценка этих источников судами дается как положительная, и при этом они ссылаются на доктринальные регуляторы общественных отношений (в статье приводятся примеры Конституционного Суда РФ, ЕСПЧ), так и отрицательная, когда суды отменяют решения, вынесенные на основании трудов по теории права. В статье анализируется роль научных трудов отдельных ученых (например, акад. А.В. Венедиктова), которые заложили фундамент целых правовых институтов. Однако авторство в законодательстве не сохраняется и не может быть учтено в современном законодательном стиле и правилах юридической техники. Наука исследована как фактор правосознания. Через данный информационный поток доктринальные источники участвуют в формировании правового сознания, внутреннего убеждения судей. В статье использованы эмпирические данные социологического опроса судей. Судьи признали возможность применения научных трудов при формировании правовой позиции. На основе данных анкет приводится список авторов, чьи труды судьи считают авторитетными.

В результате анализа разных форм влияния науки на правовое регулирование и правоприменение выработаны предложения о внесении поправок в ст. 6 ГК РФ, дополнив ее пунктом 3 следующего содержания: “При применении законодательства, соглашения сторон и обычая учитывается общий смысл соответствующих правовых предписаний, установленный официальным и научным толкованием, а также юридической доктриной”. Новая редакция Закона позволит легитимно вовлечь научное толкование и доктрину в процесс правоприменения.

**Ключевые слова:** формы права, источники права, юридическая наука, доктрина, доктринальные формы права, нормативные правовые акты, судебная практика, прецедент, авторитет источника права, судебный прецедент, правоприменитель, правоприменение, законодатель, законодательный процесс, правовая система, правовое регулирование, позитивизм, социологический подход к праву, право научных школ, мнение авторитета, научное мнение, эксперт, экспертное заключение, аналогия права, Гражданский кодекс РФ.

DOI: 10.31857/S013207690001508-0

**I.** Вопрос о положении юриспруденции в системе форм и источников права традиционно привлекает внимание исследователей и никогда не терял актуальности. Статус юриспруденции в системе форм и источников права в истории менялся. Не статичны и способы

взаимодействия юридической науки с легальными формами права, в первую очередь с нормативными правовыми актами.

*Исследование статуса науки в данной статье основывается на ранее выработанных нами подходах к пониманию и соотношению источ-*

ников и форм права на основе научной методологии. Данная концепция в наиболее полной форме изложена в докторской диссертации<sup>1</sup> и в концентрированном виде может быть сформулирована следующим образом. **Форма права** — это объективированное надлежащим образом правовое установление, соответствующее принятым в данном обществе представлениям о морали, нравственности, разумности и справедливости, неперсонифицированное, длительно и единообразно воплощающееся в поведении субъектов права, гарантированное к исполнению силой авторитета и (или) государственного принуждения, признанное субъектами права в качестве регулятора общественных отношений. Мы следуем традиции разделения понятий “источник права” и “форма права”. Признавая известную многозначность термина «источник права» (как формальный, идеальный, материальный, легитимационный), для целей данного исследования определим наиболее значимые подходы. Источник права в материальном смысле есть совокупность идей, отношений и процедур, представляющих социальную необходимость, детерминированность и ценность права, предшествующих и опосредующих право в формальном смысле (формы права). Источник права в формальном смысле — это форма его выражения, оболочка, в которой объективируется право, форма права.

Наука может выполнять две функции: выступать источником права или непосредственно регулировать отношения в статусе формы права. Наличие опосредованного влияния науки на законодательство, когда наука выступает источником права, не вызывает сомнений. Однако способы этого влияния и его эффективность детерминированы различными обстоятельствами. Смелая, открытая, авторитетная юридическая наука должна прогнозировать законодательство. Именно это делает ее источником права. Одновременно мы ставим вопрос о возможности непосредственного регулирования общественных отношений научными трудами, т.е. о допустимости признания доктринального права как формы.

Система форм права может быть представлена в схематичной форме следующим образом: 1) правовой обычай; 2) судебный прецедент; 3) нормативный правовой акт; 4) док-

тринальные формы права; 5) корпоративное (локальное) право; 6) религия; 7) договор<sup>2</sup>.

Объектом данной статьи являются элементы четыре позиции в данной классификации. При этом настоящая работа не является специализированным исследованием доктринальных форм права<sup>3</sup>. В данной работе речь идет именно о научных или околонаучных<sup>4</sup> произведениях, как то: статьи, монографии, учебники, комментарии законодательства. Эти жанры являются внешним выражением научного исследования, его результатом, изложенным в разных формах. Конечно, можно открыть дискуссию о допустимости отнесения к данной категории учебников и комментариев. Для наших целей — можно, так как качественные учебные книги должны писать ученые, имеющие в данной предметной области углубленные знания о своем, частном (в сравнении с общими) научном объекте и желательного — педагогического опыта. Кроме того, именно эти жанры наиболее сильны как фактор формирования правосознания.

Как и на кого влияет наука? Выявление ответа на этот вопрос позволит установить статус науки, ее регулятивный потенциал, возможность прогнозировать законодательство, толковать его и даже выступать в качестве права непосредственно.

Может ли наука выступать формой права? На этот вопрос нет прямого ответа. Бесспорно, учебник уголовного права не заменит уголовный кодекс. Нормы права, содержащиеся в законодательстве, являются основными инструментариями правоприменения. Но при пробеле законодательства, противоречивости норм и других ситуациях, исключающих стандартное правоприменение, все стороны правоотношения (и правоприменитель, и участник оцениваемого правоотношения) вынуждены в поисках необходимой нормы выйти за пределы нормативного формального регулирования. И чем выше уровень правоприменения, тем больше осуществляется нестандарт-

<sup>2</sup> Эта схема в научных исследованиях классификации форм права выглядит значительно сложнее и вариативнее, но приведенный вариант достаточно обобщен.

<sup>3</sup> См. на этот счет: Бошно С.В. Доктринальные и другие нетрадиционные формы права // Журнал рос. права. 2003. № 1. С. 82–91.

<sup>4</sup> В хорошем смысле, например, учебник — жанр не научный, но учебник учебнику — рознь.

<sup>1</sup> См.: Бошно С.В. Форма права: теоретико-правовое исследование: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2005.

ное правоприменение, тем чаще обращаются к доктринальным формам права.

Имеется огромный фактический материал, свидетельствующий об использовании науки в процессе правоприменения как судами, так и сторонами. В судебных документах используют такие термины, как “юридическая доктрина”, “научное толкование права”, но эти содержательные характеристики относятся к статьям, монографиям, учебникам, комментариям и т.п. Эмпирическая база судебной практики нуждается в проработке и последующей легитимации.

Более разработанным является статус науки как источника права. Эта модель предполагает, что законодатель берет поводы для своих инициатив в научных работах. Данный информационный канал пока не отработан. Имеются некоторые результативные примеры, однако это не тенденция и не сложившаяся практика, а случай попадания науки в закон.

Таким образом, возможности для науки быть источником права имеются, но статус формы при отсутствии законодательного оформления маловероятен.

II. Наука стоит в ряду доктринальных форм права, наиболее широкий спектр которых предложен Л.И. Петражицким<sup>5</sup>. Основатель психологической школы разработал несколько классификаций научных работ по разным основаниям. По количеству единомышленников он выделяет право: 1) учений отдельных юристов; 2) групп (школы); 3) множества (принятое в науке мнение). В группу доктринальных форм он относит юридическую экспертизу, разделяя ее на виды по происхождению и степени влияния: 1) по конкретным делам; 2) как нормативный факт для аналогичных дел.

Наука в системе источников и форм права изучалась в дореволюционной юриспруденции<sup>6</sup>. Большое значение имеют работы в области исследования соответствующих теоретико-правовых ка-

тегорий (наука—практика)<sup>7</sup>. Отдельные исследования посвящены непосредственно науке как фактору правотворчества<sup>8</sup>.

Исследования статуса науки как формы или источника права продолжаются<sup>9</sup>. Исследователи сожалеют о том, что авторитет науки не растет, и, соответственно, ее перспективы напрямую регулировать общественные отношения не очевидны.

Зарубежная наука традиционно проявляет значительный интерес к доктринальным формам права<sup>10</sup>. Отношение иностранных исследователей к статусу юридической науки зависит от типа их понимания права и типа правовой системы соответствующего государства. Глубинное противостояние позитивизма и других типов понимания права сказывается на понимании доктрины и в зарубежных публикациях.

Исследования представителей англо-американской правовой науки представлены научным наследием Р. Дворкина. Его работы посвящены доктрине и науке, их положению в системе форм права<sup>11</sup>.

Влияние науки на понимание права и другие формы права исследуется в связи с прецедентами и обычаями судебной деятельности<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> См.: *Чечот Д.М.* К вопросу о критерии истинности выводов юридической науки // Сов. государство и право. 1965. № 2; *Реутов В.П.* Юридическая практика и развитие законодательства: дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1968.

<sup>8</sup> См.: *Сухоруков П.П.* Формы воздействия юридической науки на законотворчество: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1992.

<sup>9</sup> См.: *Шансугов Д.Ю.* Соотношение науки позитивного права и подлинной науки о праве: ещё одна грань кризиса юридической науки // Северо-Кавказский юрид. вестник. 2016. № 1. С. 5–16; *Трофимов В.В.* Объективность науки и теоретические формы знания // Научные ведомости Белгородск. гос. ун-та. Сер. “Философия. Социология. Право”. Т. 39. 2007. № 3 (252). С. 162–165; *Чашин А.Н.* Правовая доктрина: основные формы выражения, аспекты влияния на правотворческую и правоприменительную практику // Современное право. 2017. № 2. С. 5–11; *Осипов М.Ю.* Роль юридической науки в развитии права // Развитие российского права: новые контексты и поиски решения проблем. III Московский юридический форум. X Междунар. науч.-практ. конф. (Кутафинские чтения): материалы конф.: в 4 ч. М., 2016. С. 88–93.

<sup>10</sup> См.: *Shiner R.A.* Legal Institution and Sources of Law. Springer, 2005. P. 210–213; *Silving H.* Sources of law. Buffalo, N.Y., 1968.

<sup>11</sup> См.: *Dworkin R.* A Matter of Principle. Cambridge, 1985.

<sup>12</sup> См.: *Goodhart A.L.* Essays in Jurisprudence and the Common Law. Cambridge, 1931.

<sup>5</sup> См.: *Петражицкий Л.И.* Теория государства и права в связи с теорией нравственности. СПб., 2000. С. 458–484.

<sup>6</sup> См.: *Хвостов В.М.* Общая теория права. М., 1914; *Пухта Г.Ф.* Энциклопедия права. Ярославль. 1872; *Муромцев С.М.* Статьи и речи. Вып. 2. М., 1910; *Гамбаров Ю.А.* Русское гражданское право; *Гримм Д.* К вопросу о понятии и источниках обязательности юридических норм. СПб., 1896.

Суммируя методологические разработки и мнение автора, можно предположить, что наука может: 1) непосредственно регулировать общественные отношения, 2) формировать другие формы права; 3) определять правоприменение посредством формирования правосознания; 4) давать научное толкование права, которое составляет доктрину. Именно эти возможности юридической науки находятся в диапазоне от “источника права” до “форм права”.

III. Наука может выступать регулятором общественных отношений и формой права. Общеизвестными являются исторические примеры признания научных трудов равными закону<sup>13</sup>. Однако это приравнивание весьма условно, так как научные произведения в строгом смысле не создают норму поведения, не формулируют ее. Научное толкование, наука выявляют смысл, дополняют, развивают, разъясняют официальное законодательство в соответствующих эпохе и государству документах.

Современные государства романо-германской правовой системы при позитивистском понимании права не регулируют общественные отношения научными трудами. Однако вопрос о допустимости использования в процессе правоприменения научного толкования имеется и требует своего разрешения. Толкование, включая научное, не создает новое право, но разъясняет, как понимать имеющееся. И в такой форме оно влияет на реализацию законодательства.

Так, Европейский Суд по правам человека в своей практике сталкивается с примерами применения в правосудии отдельных стран учебников, трудов разного типа и вообще общей теории права. Мы из этих фактов получаем исследовательский материал для оценки допустимости прямой отсылки к научным трудам, доктринам как форме права. Именно такой пример дает нам Постановление Европейского Суда по правам человека: 1-я секция, дело “Хансен

(Hansen) против Норвегии” (жалоба № 15319/09) (Страсбург, 2 октября 2014 г.). Пункт 12 Постановления указывает, что «21 января 2008 г. городской суд вынес решение в пользу ответчика (“Экхейм Инвест АС”), признав, что заявитель не имел права на спорное имущество, поскольку компания-ответчик приобрела права у В., и городской суд вынес решение в ее пользу в 2001 году. Городской суд отклонил довод заявителя, основанный на теории права, согласно которому решение суда от 2001 года имело законную силу лишь для сторон разбирательства, и сослался на другой фрагмент в том же учебнике по праву, из которого следовало, что данный вывод применялся лишь к спорам между частным лицом и государственными органами. Требования заявителя не следовали из публично-правовых отношений, и, по мнению городского суда, указанная правовая теория не имела значения для настоящего дела»<sup>14</sup>.

В действующем российском законодательстве наука не признается формой права. Мы можем констатировать данный отрицательный юридический факт на основе анализа кодифицированных законов. В статьях кодексов об источниках соответствующей отрасли законодательства не названы доктрины или иные аналогичные регуляторы научного характера. Статьи об аналогии также не содержат упоминания о научном толковании при отсутствии необходимого законодательного правила поведения.

Отсутствие формальных оснований признания науки формой права — это только факт современного правового пространства. Во-первых, в любой момент можно принять закон и легитимировать книжное право. Во-вторых, отсутствие формальных юридических оснований не означает отсутствия фактического действия. Есть немало примеров действия формы права без разрешения законодателя, а то и в полном противоречии с ним. Сила авторитета регулятора вполне может заменить силу принуждения<sup>15</sup>, а сила привычки заменит официальный статус.

<sup>13</sup> Л.И. Петражицкий со ссылкой на Закон императора Валентиниана (426 г.) указывал, что труды Папиниана, Павла, Ульпиана, Модестина и Гая были приравнены к закону. Если возникали разночтения, то решающее значение имело мнение Папиниана. Позднее (1628 г.) наряду с официальными документами применялись научные труды Гленвила, Брактона, Литтльтона, Кока, Г. Гроция, Литтльтона, Блектон (см.: *Петражицкий Л.И.* Указ. соч. С. 587).

<sup>14</sup> Постановление Европейского Суда по правам человека. 1-я секция. Дело “Хансен (Hansen) против Норвегии” (Жалоба № 15319/09) (Страсбург, 2 октября 2014 г.).

<sup>15</sup> Общеизвестен факт противостояния обычного и позитивного права на примере законодательного запрета кровной мести.

Следует иметь в виду, что ссылки в актах права, токования и применения могут содержать точное указание на конкретного ученого или его произведение, научную школу без указания персоналий как доктрина или просто используется идея (тезис, концепция) бесспорного содержания.

Наука может стать формой права несколькими способами: 1) прямое санкционирование законодателем (по типу признания обычая в системе гражданского законодательства); 2) научный труд (идея) за счет единообразного длительного применения будет действовать как обычай (вездесуществующее право); 3) действует напрямую со ссылками на конкретные книги; 4) используется как источник толкования права в процессе правоприменения; 5) выступает в форме правосознания, источником которого была и наука. Этот перечень не претендует на полноту и не связан конкретно с какой-либо страной, территорией или временем. Но отдельные его позиции могут быть применимы к современной Российской Федерации.

Действующее законодательство содержит примеры закрепления идей конкретных людей, естественно, без указания автора. Но иногда мы можем узнать имя ученого — разработчика идеи. Персонифицировать законодательные предписания можно путем сопоставления текста закона и научной работы, а также по свидетельствам (воспоминаниям) очевидцев, упоминаниям исследователей науки. Так, хрестоматийным является пример о закреплении в законодательстве юридических лиц — несобственников. Более 50 лет назад акад. А.В. Венедиктовым была разработана концепция оперативного управления и хозяйственного ведения<sup>16</sup>.

Но все же данный пример — это не научное право. Если предположить, что законодатель вместо статей об оперативном управлении и хозяйственном ведении (гл. 19 ГК РФ) укажет, что в этих случаях надо пользоваться книгой А.В. Венедиктова “Государственная социалистическая собственность”, то только в таком случае мы можем абсолютно точно фиксировать научное право как регулятор общественных отношений. Однако законодатель не практикует такого указания на книги: этот прием

противоречит сложившейся юридической технике. В приведенном примере мы имеем дело с влиянием науки на законодателя. Труды конкретного человека стали источником закона, но не являются формой права. Труды акад. А.В. Венедиктова позволяют установить действительный смысл соответствующего законодательства. При этом они выступают источником толкования законодательства, фактором правосознания.

IV. Наука является элементом правосознания, влияет на принятие юридических решений как мотивация, внутреннее убеждение судей, правовое сознание участников общественных отношений. Нами проводилось анкетирование судей по вопросам о формах права, об основаниях принимаемых решений<sup>17</sup>. Достаточно аккуратно мы внесли в анкету несколько вопросов о роли науки. Результат превзошел все ожидания. Эти вопросы заинтересовали судей, и они откликнулись на наше смелое предложение написать книги, которые они считают абсолютно верными. В результате мы получили уникальный список авторитетов — носителей юридической доктрины по версии действующих судей: С.С. Алексеев, М.И. Брагинский, В.В. Витрянский, Б.Ф. Ерофеев, С.О. Иоффе, Н.М. Коршунов, О.А. Красавчиков, М.И. Кулагин, В.М. Лебедев, И.Б. Новицкий, В.А. Тархов, Ю.К. Толстой, В.Ф. Яковлев,

Приведенные мнения судей о влиятельности конкретных книг и научных авторитетов имеют большое значение для исследования влияния науки. Судьи обладают собственным профессиональным сознанием. Они, вынося судебные документы, основывают их на внутреннем убеждении, а также руководствуются своим пониманием юридического, социального и нравственного содержания правовой системы государства<sup>18</sup>. Судьи также указывают в качестве источника своих решений официальное и научное толкование.

<sup>17</sup> Результаты социологического исследования опубликованы (см.: *Бошно С.В.* Прецедент, закон и доктрина (Опыт социолого-юридического исследования) // Государство и право. 2007. № 4. С. 72–78) и были использованы при написании нашей докторской диссертации (см.: *Бошно С.В.* Форма права: теоретико-правовое исследование: дис. ... д-ра юрид. наук).

<sup>18</sup> См.: Апелляционное постановление Московского городского суда от 1 июня 2016 г. по делу № 10-6574/2016.

<sup>16</sup> См.: *Толстой Ю.К.* Анатолий Васильевич Венедиктов // Право и современные государства. 2017. № 1. С. 47–62.

Соответственно, на основе данных анкетирования можно констатировать, что судьи выносят решения с учетом научных книг.

В. Наука является источником принятия правоприменительных решений. Следует отметить настойчивость участников судебных процессов, которые при неопределенности или пробельности законодательства обращаются к книгам как к источнику норм права. Эти книги разных жанров: зафиксированы ссылки на учебники, монографии, комментарии законодательства и общие отсылки к теории.

Ссылки на разнообразную литературу часто встречаются в документах Конституционного Суда РФ, включая особые мнения судей.

Конституционный Суд РФ с его особым статусом и предметом рассматриваемых им дел тяготеет к доктрине и науке. В этот орган обращаются в связи с исчерпанностью возможностей формально-юридического нормативного регулирования. Именно поэтому ему, в отличие от других судов, органично ссылаться на научные источники.

Например, судья Конституционного Суда Г.А. Гаджиев аргументирует свое особое мнение<sup>19</sup> учебниками<sup>20</sup>. Со ссылкой на литературу он излагает соотношение главной вещи и принадлежащей применительно для земельного участка и мелиоративной системы. Развивая свою аргументацию, проф. Г.А. Гаджиев в своей судебной деятельности ссылается на зарубежное законодательство и научную литературу<sup>21</sup>.

Судья Конституционного Суда РФ С.Д. Князев, не соглашаясь с Определением

Конституционного Суда<sup>22</sup>, критикует юридическую литературу, где дается положительная оценка привлечения к ответственности собственника транспортного средства, который передал управление своим автомобилем другому водителю, а совершенное правонарушение зафиксировано автоматическими средствами<sup>23</sup>. С.Д. Князев аргументирует свои доводы ссылкой на труды известного российского административиста, профессора Казанского университета начала прошлого века В.В. Ивановского<sup>24</sup>. Соответственно, судья Конституционного Суда противопоставляет доктрину административного права и недостаточно аргументированные тезисы современных исследователей.

Решение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ<sup>25</sup> опирается на суждение ученых<sup>26</sup>, которое, по мнению суда, является общепризнанным в доктрине и судебной арбитражной практике. Из такого подхода постоянно исходил МКАС и ранее при разрешении аналогичных споров<sup>27</sup>. Достоверность и допустимость указанных книжных предписаний МКАС доказывает тем, что эти соответствующие доктрине и судебной арбитражной практике положения нашли отражение и

<sup>19</sup> См.: Определение Конституционного Суда РФ от 24 сентября 2013 г. № 1341-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы закрытого акционерного общества «АгроТехРесурс» на нарушение конституционных прав и свобод статьей 135 Гражданского кодекса Российской Федерации».

<sup>20</sup> См.: Российское гражданское право: учеб.: в 2 т. / отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., стереотип. Т. 1. Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права. М., 2011.

<sup>21</sup> См.: Kozhushko L; Mandziuk O. Transformation of Property Relations in Agricultural Land-reclamation in Ukraine as a Way to the Development of Innovation Activity in this Field // Proceedings of the International Scientific Conference: Rural De. Vol. 4. 2009. Issue 1; Schleyer C. Economic and Ecological Transformation Processes in East German Water Management Regimes: The Role of Property Rights and Governance Structures // CEESA Discussion Paper. 2002. № 9.

<sup>22</sup> См.: Определение Конституционного Суда РФ от 17 июля 2012 г. № 1286-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью «Коммерческий банк» на нарушение конституционных прав и свобод частью 1 статьи 2.6.1 и частью 2 статьи 12.9 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях».

<sup>23</sup> См.: Россинский Б.В. О необходимости изменения редакции статей Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, регламентирующих назначение административных наказаний собственникам (владельцам) транспортных средств // Законы России: опыт, анализ, практика. 2011. № 1. С. 89.

<sup>24</sup> См.: Ивановский В.В. Учебник административного права (Полицейское право. Право внутреннего управления). Казань, 1911. С. 132.

<sup>25</sup> Например, Решение МКАС при ТПП РФ от 09.06.2004 по делу № 125/2000 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>26</sup> В Решении дана ссылка на такие работы, как: Луц Л.А. Курс международного частного права. Общая часть. М., 1973. С. 220; Богуславский М.М. Международное частное право: учеб. 3-е изд., перераб. и доп. М., 1998. С. 125.

<sup>27</sup> См., напр.: Практика Международного коммерческого арбитражного суда: науч.-практ. комментарий. М., 1997. С. 9–12; Арбитражная практика за 1996–1997 гг. М., 1998. С. 162, 163, 169–171, 234–239; Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 1999–2000 гг. М., 2002. С. 67–72, 141–147 // СПС «КонсультантПлюс».

в части третьей ГК РФ (ст. 1202), введенной в действие с 1 марта 2002 г.

Ссылки в судебных документах делаются не только на юридическую литературу, но и на медицинскую<sup>28</sup>. Соответственно, научные источники могут принадлежать к любой отрасли науки в части предмета судебного разбирательства, а правовое регулирование — только по юридическим книгам.

Таким образом, косвенным признанием юридической науки формой права являются отсылки к этим источникам в юридической практике. Сложность оценки такого соотношения форм права осложняется также тем, что сама юридическая (судебная) практика не является официальной формой права, однако мы ссылаемся на нее, доказывая возможность признания формой права другого феномена — юридической науки. Эта легитимизация многоступенчата.

**VI.** Высказывается и отрицательная оценка науки в процессе правоприменения. Если говорить о тенденциях в оценке науки как формы права, то придется констатировать в целом главенство негативного отношения. Официальное законодательство также на стороне категорического запрета. Так, книги не отнесены к формам права. Можно еще упростить ситуацию, придав ей крайний вариант позитивизма: если в законе о нормативных правовых актах нет такой формы — значит, ее нет. В конкретных судебных решениях указывается, что комментарии, монографии, статьи и учебники не являются источниками права и в силу ст. 10 ГПК РСФСР и, соответственно, они не могут применяться судом непосредственно в качестве обоснования судебного решения<sup>29</sup>. И, тем не менее, примеры ссылок сторон и судов на научные источники не прекращаются.

Так, например, в конкретном правоприменительном акте дается краткое содержание кассационной жалобы, в которой заявитель ссылается на авторов учебника “Рынок ценных бумаг” и постатейного комментария к

закону “О защите прав потребителей”. Заявители привлекают указанные литературные источники, так как между нормами законодательства имеются противоречия и не решен однозначно вопрос о том, какие из альтернативных норм необходимо принимать. Однако суд указал, что аргумент стороны о том, что “отношения по облигационному займу должны регулироваться Законом “О защите прав потребителей”, несостоятелен и не может служить основанием к отмене решения суда, поскольку мнения авторов учебника не являются правовыми нормами, но лишь позициями авторов и носят характер теоретического рассуждения по вопросу правового регулирования облигационного займа”<sup>30</sup>. Однако очевидна неопределенность, противоречивость норм законодательства. Решение примет судья, но он уже ориентирован на научные позиции и может согласиться с одной из них. Однако в итоговом судебном документе не будет упоминания об этом эпизоде внутреннего принятия решения. Можно толковать этот пример как участие науки в формировании правосознания.

Массив научного творчества очень велик и неоднороден по качеству и авторитетности. В потоке же научного творчества находятся и доктринальные работы, методологический уровень которых выделяет их из множества книг, статей и т.п. Именно в этой связи вызывает недоумение, когда судьи отказывают в признании аргументом правовой позиции практически бесспорных авторитетов юридической науки. Так, например, факт игнорирования судом учебника по теории государства и права проф. С.С. Алексеева зафиксирован в Определении Верховного Суда РФ от 29 мая 2001 г. по делу № 83-Г01-08<sup>31</sup>.

Имеются в эмпирическом массиве судебной практики и анекдотические случаи. Мы имеем дело, в котором позиция заявителя основывалась на экспертизе филолога, кандидата наук (на ч. 1 ст. 161 ГК РФ<sup>32</sup>).

Филологический анализ указанной статьи показал, что сделка на сумму более

<sup>28</sup> См.: Апелляционное определение Московского городского суда от 10 ноября 2016 г. по делу № 33-33045/2016 основано на определении “дефекта оказания медицинской помощи” по учебнику Стеценко “Медицинское право” (СПб., 2004) // СПС “КонсультантПлюс”.

<sup>29</sup> См.: Определение Верховного Суда РФ от 29 мая 2001 г. по делу № 83-Г01-08 // Там же.

<sup>30</sup> См.: Определение Московского городского суда от 14 декабря 2011 г. по делу № 33-41218 // Там же.

<sup>31</sup> См.: СПС “КонсультантПлюс”.

<sup>32</sup> См.: Решение Верховного Суда РФ от 5 августа 1998 г. № ГКПИ98-356 // Там же.

10 МРОТ<sup>33</sup> совершается в устной форме, а менее 10 МРОТ — в письменной, т.е., по мнению филолога, чем меньше сумма следки, тем более сложной и защищенной является ее форма. Очевидна практическая абсурдность этого вывода для целей упорядочения общественных отношений. Однако с точки зрения филологии именно этот смысл следует из словесной конструкции, включая последовательность слов, знаков препинания ч. 1 ст. 161 ГК РФ.

Примечательно, что Суд указал: согласиться с заключением экспертизы он не может и дал собственный филологический анализ<sup>34</sup>. Отметим, что эксперт — это человек, обладающий специальными знаниями, а у суда специальных знаний в области филологии нет.

Видится, что вывод эксперта не соответствует цели, ради которой принята указанная норма: защитить стороны в крупных сделках и упростить незначительные сделки. Допускаем, что филолог сделал правильные выводы, с точки зрения своей науки, но в заключении не учтено то обстоятельство, что Гражданский кодекс — это не просто текст, но юридическая модель поведения.

Вместе с тем филолог не в ответе за законодателя, который в свое время игнорировал правила русского языка и придал неправильную языковую конструкцию статье Гражданского кодекса. В этой проблеме есть два аспекта: профессиональный (в данном случае — филологический) и социальный (как научный вывод скажется на общественных отношениях).

<sup>33</sup> *Примечание.* Приведенный пример судебной практики состоялся в 1998 г. на основании действовавшей в тот период редакции Гражданского кодекса РФ. В 2013 г. в ст. 161 ГК РФ были внесены изменения Федеральным законом от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ. В результате действующая редакция статьи выглядит следующим образом: «должны совершаться в простой письменной форме, за исключением сделок, требующих нотариального удостоверения: <...> 2) сделки граждан между собой на сумму, превышающую десять тысяч рублей, а в случаях, предусмотренных законом, — независимо от суммы сделки».

<sup>34</sup> По мнению Суда, «п. 1 и п. 2 ст. 161 ГК РФ грамматически связаны с фразой “должны совершаться в простой письменной форме”, а не с фразой “за исключением сделок, требующих нотариального удостоверения”. Слово “сделки” в этом бессоюзном сложном предложении является подлежащим и управляет глаголом “должны”, который вместе с глаголом “совершаться” является в этом предложении сказуемым» (см.: Решение Верховного суда РФ от 05.08.1998 г. № ГКПИ98-356 // СПС “КонсультантПлюс”).

Оценивая сложившуюся ситуацию по возможности всесторонне, надо учитывать, что все проекты законов проходят лингвистическую экспертизу, к результатам которой законодатель не всегда чуток. Но судья, принимая решение по конкретному делу, не может сформировать такое понимание законодательства, которое нарушит логику гражданско-правовых отношений, и, как следствие, допустить хаос в общественных отношениях.

Как показали последующие события, влияние науки и судебной практики на ст. 161 ГК РФ посредством рассмотренного примера не произошло, так как при внесении поправок в эту статью так и не были учтены выводы филолога о неудачной словесной форме статьи. В статье заменили способ исчисления суммы сделки с указания в МРОТ на точную сумму, но связи между словами и последовательность изложения остались прежними. Напомним, что сам Верховный Суд РФ обладает правом законодательной инициативы. Однако, выявив недостаток в законодательстве в форме неопределенности, Суд ограничился собственными средствами: дал толкование правоприменения и не стал вносить соответствующий законопроект.

Толкование Верховного Суда РФ в рассматриваемом деле оказалось куда шире и точнее с точки зрения практической потребности, но полностью противоречит филологии. Как представляется, целесообразность и цели правового регулирования победили научные филологические выводы, а текст сохранил на долгие годы совершенно недопустимые дефекты.

Имеются примеры, когда ученые чрезмерно услужливо относятся к решениям власти и готовы объяснить любое из них. Фактическое единство содержания науки и законодательства может быть не только результатом влияния науки на законодателя, но и следствием цензуры, отсутствия академических свобод, доминирования политического заказа. В отдельные исторические периоды следование науки идеологическому заказу достигает апогея. Волюнтаризм законодателя в сочетании с общегосударственным нигилизмом, сильнейшее влияние идеологии на научные исследования в значительной степени предопределили неоднозначное развитие учения о формах права.

Примеры влияния политического заказа на науку можно найти, например, в истории гражданского законодательства. В сложных



исторических условиях, особенно в переломные периоды развития гражданского законодательства, конъюнктурность действий отдельных ученых проявилась с невиданной силой<sup>35</sup>. Так, следуя политическому заказу, в начале 50-х годов XX в. ангажированные властью ученые объясняли тенденцию унификации гражданского законодательства в общесоюзном масштабе, закрепленную Конституцией СССР 1936 г., общностью социально-экономической и политической основ союзных республик, все большим сближением социалистических наций, необходимостью устранения неоправданных различий в законодательстве союзных республик. После принятия закона от 11 февраля 1957 г., отнесшего гражданское законодательство к исключительному ведению республик, отношение к этой ранее наметившейся в законодательстве тенденции круто изменилось. В юридической литературе установилось поразительное единодушие в том, что эти “централистские” тенденции не были оправданы, что они означали нарушение принципов демократического централизма в области государственно-правового строительства. Политически ангажированные ученые доказывали, что единственно правильным разграничением компетенции Союза ССР и союзных республик в области гражданского законодательства было то, которое закреплено в законе от 11 февраля 1957 г.<sup>36</sup> В целом процесс кодификации, как и процесс развития гражданского законодательства, отражал идеологические задачи, от чего страдала сущность этой отрасли права.

Науке вредит единодушие, особенно под политическим давлением. В таких пресс-условиях ученому остается только восхвалять имеющееся законодательство, объявлять его совершенством. В теории права такой тип сознания известен как правовой фетишизм.

Но и само по себе многообразие мнений не является доказательством академического плюрализма и тем более гарантией качества исследований.

К числу недостатков юридической науки как источника права относят именно много-

образии мнений ученых<sup>37</sup>. Действительно, нормативное регулирование требует, чтобы одно правило выступало универсальным всеобщим мерилем поведения. Но, возвращаясь к классификации форм права Л.И. Петражицкого, отметим, что путь формирования убедительности и однозначности научных форм определен следующим образом: один — группа (школа) — сложившееся мнение. Итог в этой последовательности: вездесущее (бесспорное, авторитетное) право.

Невысокое качество работ также обуславливает недоверие к науке как источнику права. Отбор материала для исследования зачастую осуществляется случайно. Господствующим методом юридических публикаций фактически является специально-юридический, который стал в действительности комментаторским. Второй доминирующий метод — исторический — фактически переродился в описательный. Сравнительно-правовой метод представлен как включение в текст упоминаний о нечитанных иностранных законах и книгах, отобранных совершенно случайно — по факту наличия в библиотеке. Зачастую научные статьи — это рассказ, суждения автора на какую-то тему. Он может толковать источники права, иногда приводить примеры из судебной практики. Используемые данные собраны хаотично, без методики их отбора, нерепрезентативны, что снижает их уровень до иллюстраций при рассуждениях автора.

К недостаткам науки относят отсутствие связи с правоприменением и правотворчеством, недостаточную обоснованность предложений по совершенствованию законодательства, невозможность реализовать предложения. Законодатель не информирован о научной доктрине, предложения не апробируются, не предлагаются для внедрения. Бывают вопиющие случаи, когда профессора используют непроверенные, устаревшие данные. Ущерб от подобных публикаций может мультиплицироваться, так как неподготовленные читатели будут некритично использовать эти недостоверные материалы, что как вирус распространится и сделает ничтожными последующие работы, написанные на несостоятельном фундаменте.

<sup>35</sup> См.: Толстой Ю.К. Кодификация гражданского законодательства: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1970.

<sup>36</sup> См.: Златопольский Д.Л. СССР — федеративное государство. М., 1967. С. 222, 223; Шафир М.А. Компетенция СССР и союзной республики. С. 68, 97, 99, 100, 155, 122.

<sup>37</sup> См.: Гримм Д. К вопросу о понятии и источниках обязательности юридических норм. СПб., 1896. С. 26.

\*\*\*

Перспективы в развитии юридической науки видятся в сотрудничестве с другими науками, в мультидисциплинарных исследованиях.

Большие ресурсы имеются в расширении социологических методов исследования для юридических целей. Ценность такого сотрудничества для общественных отношений трудно переоценить, так как соединятся в едином научном процессе знания о социальной природе и ценности правового регулирования как инструмента достижения общественного блага. В ином случае формальное законодательство изучается как самодостаточная система: закон ради закона.

Авторитет науки, этичность научного сообщества, гражданская позиция ученого не регулируются законодательством. Вместе с тем достижение наукой более высоких качественных характеристик, а ученым — нравственных свойств — поможет науке продвинуться по пути от источника к форме права.

Рассмотренные варианты взаимодействия доктрины с официальными формами права, влияние науки на законодательство и возможности выполнения наукой роли формы права могут быть продолжены. Соответственно, могут предлагаться разные варианты повышения статуса доктринальных феноменов в системе источников и форм права. Не претендуя на решение этого вопроса окончательно, мы предлагаем сделать шаг в направлении повышения влияния толкования и доктрины в процессе правоприменения. Предлагаем вариант законодательной модели легитимации доктринальных форм и источников российского права путем дополнения ст. 6 ГК РФ пунктом 3 следующего содержания: “При применении законодательства, соглашения сторон и обычая учитывается общий смысл соответствующих правовых предписаний, установленный официальным и научным толкованием, а также юридической доктриной”. Новая редакция закона позволит легитимно вовлечь толкования и доктрину в процесс правоприменения.

## DOCTRINAL FORMS AND SOURCES OF LAW

© 2018 S. V. Boshno

*Institute of Public Administration and Civil Service  
at the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration  
of the Russian Federation (IPACS RANEPa), Moscow;  
Consulting and Legal Protection of People Foundation, Moscow*

*E-mail: boshno@yandex.ru*

Received 18.01.2018

The subject of research is doctrinal phenomena (science, scholarly opinions, opinions recognised in science, scientific schools) in the system of forms and sources of law. Historically doctrinal forms play different roles, having ascended once to the role of exercising direct control over social relations (in Emperor Valentinian's Laws), which presented the peak of their potential. In the modern context in Romano-Germanic states, including the Russian Federation, where positivism serves as the governing ideology, the doctrine does not present a form of law; besides, it is laid down as an axiom that the doctrine does not present a source of law. Nevertheless, judicial practice supplies many cases of applying doctrinal sources. Herewith, courts can give either a positive valuation of such sources, while making reference to doctrinal regulators of social relations (the article cites examples from practice of the Constitutional Court of the Russian Federation and the European Court of Human Rights), or negative valuation when judges discharge court decisions, delivered with reference to theory of law. The author examines the impact of scholarly works published by certain scientists (for example, the academician A.V. Venediktov), who laid the foundation of new legal institutions. However, legislation does not preserve authorship, thus modern legislative style and legal engineering principles do not recognise authorial views. The present article examines science as a legal awareness factor. By means of this informational flow, doctrinal sources affect formation of judges' legal conscience and beliefs. The article uses empiric evidence of the survey that involved judges' opinion poll. The judges admitted that scholarly works could contribute to forming their legal views. The article contains the list of authors whose works, according to the polling data, the judges acknowledged as reputed sources.

Having analysed different forms, in which science influences legal regulation and law enforcement, the author works out a proposal to make amendments into Article 6 of the Civil Code of the Russian Federation by complementing it with Para 3, which would read as follows: "When applying legislation, cov-enants of the parties and custom there shall be taken into consideration general sense of relevant legal regulations, determined by statutory and doctrinal interpretation as well as by a juridical doctrine". This new version of the law will make it legitimate to engage doctrinal interpretation and the doctrine in the course of law enforcement.

**Key words:** forms of law, sources of law, legal science, doctrine, doctrinal forms of law, statutory and regulatory enactments, court practice, precedent, reputation of the source of law, legal precedent, law enforcement official law enforcement, legislator, law-making process, legal system, legal regulation, positivism, sociological approach to law, law of scholar schools, an authority's opinion, scientific opinion, expert, expert opinion, analogy of law, Civil Code of the Russian Federation.