
LEX



ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ БЮДЖЕТНОЕ
ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ
**РОССИЙСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ
УНИВЕРСИТЕТ ПРАВОСУДИЯ**

В.В. ЕРШОВ

РЕГУЛИРОВАНИЕ ПРАВООТНОШЕНИЙ

Монография

Москва
2020

УДК 340.1
ББК 67
Е 80

Автор
В. В. Ершов, ректор Российского государственного университета правосудия, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, заслуженный юрист Российской Федерации, академик РАЕН

Е 80 **Регулирование правоотношений**: Монография. — М.: РГУП, 2020.

ISBN 978-5-93916-840-3

В монографии анализируются современные универсальные и специальные проблемы национального и международного права, правовые и индивидуальные регуляторы правоотношений. Сделан вывод: право с объективной неизбежностью развивалось и продолжает развиваться по следующим виткам исторической спирали: догосударственному, автономно-государственному и интегративному. Россия, как и многие другие государства, в настоящее время находится на переходном этапе развития права от второго к третьему витку исторической спирали.

Для научных и практических работников, докторантов, аспирантов и студентов; каждого, глубоко и объективно изучающего актуальные вопросы права.

© Ершов В.В., 2020
© Корнев В.Н., Предисловие, 2020
© Российский государственный университет правосудия, 2020

ISBN 978-5-93916-840-3

СОДЕРЖАНИЕ

Предисловие. . . . . I–IV
Введение 7
Глава 1. Анализ права с общенаучных позиций
1.1. Право с позиций теории систем, социального управления и теории информации 19
1.2. Суд в системе органов государственной власти 34
Глава 2. Универсальные проблемы права
2.1. Правопонимание, правотворчество и правореализация 52
2.2. Право и неправо с позиции Г. Гегеля 68
2.3. Право и неправо с позиций Г. Харта и Р. Дворкина 80
2.4. Международное и национальное право. 95
2.5. Источники и формы права. 121
2.6. Парные регуляторы правоотношений 137
2.7. Верховенство права 151
2.8. Правовое государство 171
2.9. Пробелы в праве 183
2.10. Принципы права 196
2.11. Классификация принципов права. 247
2.12. Конкретизация права. 259
2.13. Определенность права. 271
2.14. Право и правосудие как парные правовые категории 301
Глава 3. Индивидуальное регулирование правоотношений
3.1. Дифференциация правового и индивидуального регулирования правоотношений 314
3.2. Природа индивидуального регулирования правоотношений 329
3.3. Виды индивидуального регулирования правоотношений 350
3.4. «Позиции» судов 361
3.5. Индивидуальные (частные) договоры. 374
3.6. «Судебные прецеденты» 384
3.7. «Прецеденты» Европейского Суда по правам человека 404
Глава 4. Специальные современные вопросы российского права
4.1. Правопонимание, правотворчество и правоприменение в России 426
4.2. Конституция России 456

4.3. Российские правовые договоры 471
4.4. Обычаи российского права 484
Глава 5. Специальные актуальные проблемы международного права
5.1. Международная правоспособность индивидов. 496
5.2. Обычаи международного права 508
5.3. «Правовая цивилизация» — парадигма XXI века 522
Заключение. 541
Библиографический список работ профессора В. В. Ершова 546
Указатель имен 553
Указатель терминов. 559

ПРЕДИСЛОВИЕ

Нельзя перейти от старого к новому,
просто добавив новое к уже известному.
И новое нельзя описать в словаре старого,
и наоборот.
Томас Кун

Монографию под названием «Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений» доктор юридических наук, профессор В. В. Ершов опубликовал в 2018 году. Новая монография ученого имеет совершенно иное название: «Регулирование правоотношений». Почему таково название монографии? Концептуальное содержание публикуемого труда существенно изменено. В связи с чем нельзя не отметить ряд новых положений, которые непосредственно «работают» на новое наименование монографического исследования, а также по существу новую трактовку некоторых уже известных по предыдущей монографии положений. Необходимо упомянуть своеобразие методологических подходов автора, на основе которых он исследует проблематику, связанную с регулированием правоотношений, и приходит к ряду обоснованных, обладающих научной новизной и практической значимостью выводов: 1) анализ права и государства с общенаучных позиций; 2) авторская концепция научно обоснованного интегративного понимания права; 3) разграничение права и неправа.

Регулирование правоотношений как предмет научных исследований и практической деятельности правотворческих и правоприменительных и особенно — судебных органов государства значимо потому, что в ряду многообразных общественных отношений, а правоотношения представляют собой разновидность общественных отношений, которые возникают в реальной жизни и подлежат урегулированию социальными нормами, указанные отношения занимают первостепенное место, поскольку являются особо значимыми для личности, общества и государства. Поэтому регулируются нормами и принципами права, а также представляют собой предмет индивидуального регулирования. В связи с этим весь пафос работы подчинен выявлению специфики регулирования именно правоотношений. Особенность структурного построения монографии заключается в том, что материал, входящий в состав ее содержания, логически последовательно разделяется с учетом особенностей исследуемого предмета на несколько взаимосвязанных между собой разделов.

Автор монографии, исходя из представленного анализа права с общенаучных позиций, во-первых, классифицирует все проблемы права

на универсальные, которые представляют собой значимость не только для правовой системы России, но и для других стран; и специальные современные вопросы. В этот перечень проблем он включает правопонимание, правотворчество и правоприменение, теоретические и практические вопросы источников и форм права, пробелы в праве, верховенство права и правовое государство, принципы права, определенность права и некоторые другие. Указанная проблематика находится в центре внимания современной зарубежной юридической науки. Лучшим свидетельством тому является ряд публикаций иностранных ученых[1].

К числу универсальных проблем правовой науки В. В. Ершов вполне оправданно относит вопросы соотношения права и неправа, которые непосредственно касаются теории и практики правотворчества, правоприменения и правопонимания, ибо научное решение указанных вопросов прямо будет способствовать созданию юридических гарантий реализации и защиты правовых интересов граждан и юридических лиц. В этой связи несомненный интерес для читателя представляют размышления автора монографии относительно права и неправа с позиций Гегеля, Харта и Дворкина.

В качестве проблемы права, имеющий универсальный характер, в монографии выделяется тема парности регуляторов правоотношений. В итоге всестороннего философско-правового анализа теоретического и практического материала исследователь приходит к примечательному выводу, согласно которому в результате объективно сложившейся реальности правовое регулирование правоотношений неизбежно подлежит дополнению индивидуальным регулированием. В итоге правовое и индивидуальное регулирование правоотношений теоретически, как справедливо подчеркивает автор, обоснованно рассматривать как парные категории. Этот вывод полностью укладывается в теоретическую конструкцию, разработанную профессором В. В. Ершовым, поскольку, как он считает, правовое регулирование правоотношений как разновидности общественных отношений без индивидуального регулирования (а равно и наоборот), теоретически невозможно, а практически — контрпродуктивно. Этот вывод автора монографии как представляется можно распространить не только на отечественную, но на зарубежную юридическую науку и практику.

[1] См.: *Корнев В. Н.* Принципы права в зарубежной правовой доктрине: природа, назначение и функции // Государство и право. 2016. № 11. С. 59–67; *Alexy R.* Theorie der juristischen Argumentation. 7 aufl. Nachdruck Frankfurf a. M., 2012; *Ruthers Fisher/Birck.* Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre. 10 Aufl. Munchen, 2018; *Unger R. M.* The Critical Legal Studies Movement // Harvard Law Review 96, 1983; *Seelmann Demko.* Rechtsphilosophie. 6 Aufl. Munchen, 2012; *Larenz K.* Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 6 Aufl., Berlin,1991 и др.

Во- вторых, придавая важное значение выявлению специфики и видам индивидуального регулирования правоотношений, автор посвятил этой теме отдельную главу, в которой, исходя из ***различения права и неправа*** он дифференцировал и показал различную природу правового и индивидуального регулирования, выделил и охарактеризовал виды индивидуального регулирования правоотношений и систематизировал индивидуальные регуляторы правоотношений. Обоснованный вывод автора, состоит в том, что объективная необходимость индивидуального регулирования правоотношений вызывается не только абстрактным характером основополагающих (общих) и (или) специальных принципов, но и нормами права, а также и их относительной определенностью. Все эти обстоятельства и обусловливают неразрывную взаимосвязь правового и индивидуального регулирования правоотношений, их существование как парных категорий.

Обосновав природу и парность регуляторов правоотношений, В. В. Ершов обращается к достаточно подробной классификации видов индивидуального регулирования, которую он дает, исходя из различных оснований. В случае отсутствия спора — по субъектам индивидуального регулирования правоотношений он выделяет: 1) индивидуальное саморегулирование, например, совершение односторонних сделок; 2) договорное регулирование. В случае возникновения спора между лицами индивидуальное регулирование правоотношений достигается посредством обращения к иным управомоченным лицам и (или) органам с целью последующей выработки и утверждения добровольного соглашения. В случае рассмотрения спора управомоченным органом и отказа спорящих лиц от выработки и утверждения в дальнейшем добровольного соглашения имеет место принятие обязательного решения властным органом, например, судом. Тем самым осуществляется 1) индивидуальное медиативное регулирование; 2) индивидуальное регулирование органов, управомоченных принимать обязательное решение, например, индивидуальное судебное регулирование.

С точки зрения собственно содержания процессов индивидуального регулирования правоотношений автор считает возможным выделение следующих его видов: 1) толкование принципов и норм права; 2) преодоление коллизий между принципами и (или) нормами права, содержащимися в формах внутригосударственного и (или) международного права, реализуемых в государстве; 3) применение факультативных, альтернативных, относительно определенных, диспозитивных и т. д. норм права; 4) применение генеральных клаузул (оговорок) и управомочивающих норм права; 5) преодоление пробелов в отдельных формах национального и (или) международного права.

Систему индивидуальных регуляторов правоотношений составляют, как указывается в монографии, «позиции» судов, индивидуальные

(частные) договоры, «судебные прецеденты», «прецеденты» Европейского Суда по правам человека. В этой части своего исследования В. В. Ершов методологически руководствуется прежде всего разграничением права и неправа, поэтому все перечисленные индивидуальные регуляторы правоотношений автор монографии не относит к праву. Этот вывод представляется вполне обоснованным, т. к. перечисленные индивидуальные регуляторы правоотношений не являются результатом правотворческой деятельности управомоченных органов государства, органов местного самоуправления и должностных лиц.

Третью группу положений, содержащихся в монографии, образуют специальные современные вопросы российского права. В этой части исследования автор формулирует два фундаментальных вывода, положенных в основу представленного анализа специальных проблем современного российского права. В связи с этим он подвергает критике юридический позитивизм, а также научно дискуссионную концепцию интегративного правопонимания. По убеждению В. В. Ершова они не способствует выработке адекватных и необходимых ответов на современные фундаментальные теоретические и практические вопросы. Только научно обоснованная концепция интегративного правопонимания, как отмечает ученый позволяет эффективно разрешать многочисленные актуальные теоретические и практические вопросы, возникающие как в правотворчестве, так и правоприменении.

Концепция научно обоснованного интегративного правопонимания успешно используется В. В. Ершовым также при анализе специальных актуальных проблем международного права, рассматриваемых в пятой главе монографии. В этом контексте весьма примечательным и смелым является суждение автора монографии, основанное на анализе закономерностей развития права, о том, что разработанная им концепция интегративного правопонимания способна выполнить универсальную, мировую роль ограничителя складывающейся и противоречивой по своей сущности «правовой цивилизации».

Очередная монография профессора В. В. Ершова — ценный вклад в развитие юридической науки. Она представляет несомненный интерес, как для ученых, преподавателей так и для практикующих юристов. Исследование будет полезно для студентов, обучающихся в юридических вузах и на юридических факультетах университетов, а также всем тем, кто интересуется состоянием современной юриспруденции.

Доктор юридических наук, профессор
В. Н. Корнев

ВВЕДЕНИЕ

В 2018 г. была издана моя монография «Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений». Длительные размышления в последующие годы, с одной стороны, убедили меня в теоретической и практической обоснованности ее основных положений и выводов. Вместе с тем, привели к идее о необходимости развития и дополнения многих параграфов, написанию новых параграфов, а по существу — другой работы. В монографии, которая получила название «Регулирование правоотношений», уточняется терминология — «регулирование правоотношений — как разновидности общественных отношений; выделяются правовые и индивидуальные регуляторы правоотношений».

Вслед за многими учеными-юристами мною сделан и собственный аналогичный вывод: творческая деятельность — бесконечный интеллектуальный процесс глубокого переосмысления и непрерывного «погружения» в право. Кроме того, появились новые специальные работы, вызвавшие необходимость их дополнительного анализа. Наконец, в мире, в связи с пришедшим к нам в 2019 г. коронавирусом, возникла новая социальная и правовая реальность. Надеюсь, многие здравомыслящие научные работники убедились в том, что все государства имеют общие проблемы, требующие углубленного анализа и выработки универсальных правовых и индивидуальных регуляторов правоотношений.

К сожалению, тема «правовое регулирование правоотношений» не пользуется необходимым вниманием научных работников. В то же время, отдельные специалисты в той или иной мере обращаются к вопросам правового регулирования[1]. Например, А. В. Поляков уже в XXI в. весьма неопределенно писал: правовое регулирование есть разновидность социального регулирования, представляющего собой «...целенаправленное воздействие на поведение

[1] См., например: *Явич Л. С.* Советское право — регулятор общественных отношений в СССР. М., 1957; *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права. Серия «Классика российской цивилистики». М., 1988; *Алексеев С. С.* Право: азбука — теория — философия: опыт комплексного исследования. М., 1999.

людей, подчиняющее его определенному образцу»[1]. В дальнейшем автор сделал попытку (по-моему, неудачную) уточнить приведенное понятие: правовое регулирование понимается как «целенаправленное текстуальное (информационно-целостное) правовое воздействие на субъекты правовой коммуникации, вызывающее их ответное поведение адекватное воздействующему тексту»[2].

Ю. Ю. Нефедова с позиции научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания, синтезирующей онтологически разнородные социальные явления — право и неправо, пришла, думаю, к теоретически спорному и практически контрпродуктивному выводу: «...правовое регулирование...не заключается только в совокупности правовых норм. В процессе правового регулирования функционируют и правовые явления другого, отличного от правовых норм, порядка: правовая политика, правовая деятельность, правосознание, правовая культура»[3].

Д. С. Гвоздецкий также в парадигме научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания, синтезирующей право и неправо, выработал другую, полагаю, спорную точку зрения: «Правовая позиция Конституционного Суда при отсутствии нормативного (законодательного) регулирования тех или иных правоотношений создает образец правовой нормы, которая до момента устранения пробела в законодательном порядке выполняет роль правила, обязательного для соблюдения, а в последующем может быть трансформирована в нормативных правовой акт, т. е. **правовой вакуум заполняется правовой позицией Конституционного Суда, которая обязательна для применения...**»[4] (выделено мною. — *В. Е.*). Вместе с тем, Конституционный Суд Российской Федерации — правоприменительный, а не правотворческий орган (ст. 125 Конституции России). Следовательно, при таком правовом регулировании он не правомочен вырабатывать нормы права, «обязательные для применения», которые могли бы заполнить «правовой вакуум».

---

[1] *Поляков А. В.* Общая теория права: Курс лекций. СПб., 2001. С. 610.

[2] Там же. С. 611.

[3] *Нефедова Ю. Ю.* Понятие и виды правовых регуляторов гражданских отношений и место среди них общепризнанных принципов и норм международного права // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2013. Вып. 4 (22). С. 219.

[4] *Гвоздецкий Д. С.* Реализация судебными инстанциями правовой позиции Конституционного Суда Российской Федерации как регулятора спорных правоотношений // Право и государство. 2019. № 2. С. 65.

Возникает вопрос: если правовой регулятор — «все объективное право»[1], что же является «объективным правом»? На мой взгляд, в парадигме научно обоснованной концепции интегративного правопонимания право объективируется в принципах и нормах права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве. Хотелось бы также подчеркнуть: с общенаучных позиций, считаю, более обосновано применять понятие «система права», а не «система средств правового регулирования» или «система правовых регуляторов»[2].

В том числе невозможно согласиться с Ю. Ю. Нефедовой, полагающей: **«Правовые регуляторы могут иметь нормативный или индивидуальный характер** (выделено мною. — *В. Е.*). Нормативные правовые регуляторы общественных отношений — это нормы права, содержащиеся в различных источниках права: от нормативного-правового акта до правового обычая. Гражданские отношения оформляются и индивидуально-правовыми регуляторами, самыми распространенными из которых является гражданско-правовой договор»[3].

Во Введении хотелось тезисно изложить свою позицию по многим проблемам, лишь затронутым Ю. Ю. Нефедовой. Во-первых, объективно существуют два вида регуляторов правоотношений — правовые и индивидуальные. Во-вторых, правовое регулирование правоотношений не ограничивается «нормативными регуляторами» и «нормами права». В-третьих, принципы и нормы права, регулирующие правоотношения, содержатся в формах как национального, так и международного права, а не в «источниках права». В-четвертых, существуют иные формы национального и международного права кроме «нормативно-правовых актов и обычаев». В-пятых, в сфере гражданских, как и иных правоотношений, индивидуальный (частный) договор теоретически обосновано относить к индивидуальным регуляторам правоотношений, а не к «индивидуально-правовым регуляторам». Изложенные тезисы будут детально аргументированы в дальнейших параграфах монографии.

В. А. Канашевский категорию «правовой регулятор» также не ограничивал только правовыми нормами, связывал ее существование

---

[1] *Кашевский В. А.* Международные нормы и гражданское законодательство России. М., 2004. С. 16.

[2] *Нефедова Ю. Ю.* Указ. соч. С. 219.

[3] Там же. С. 220.

с тем, что «...в правовой системе государства действуют и применяются не только его собственные правовые нормы, но также **нормы иных правовых систем: международные правовые нормы и нормы иностранного права»**[1]. По всей видимости, данное положение выработано с позиции дуализма, существования двух самостоятельных систем права– национального и международного права. При таком теоретическом подходе остается открытым вопрос: как они взаимодействуют и соотносятся? Показательно, что в заключении своей работы автор приходит к выводу о существовании «правового регулятора внутригосударственных отношений»[2], а не универсального правового регулятора правоотношений. С моей точки зрения, правовые регуляторы правоотношений, имеющие универсальный характер, не могут ограничиваться только «внутригосударственными отношениями». Практика нередко доказывает иное: правоотношения нередко возникают и продолжают действовать в различных государствах.

Нельзя не обратить внимание и на другое: практически все научные работники пишут о правовом регулировании «общественных отношений»[3]. Вместе с тем, право регулирует не все общественные отношения, а только их разновидность — правоотношения. Например, авторы Юридического энциклопедического словаря пришли к выводу: **«Правоотношение — урегулированное нормами права общественное отношение** (выделено мною. — *В.Е.*), участники которого являются носителями субъективных прав и обязанностей»[4].

Убежден, в XXI в. наступил период существенного изменения парадигм правопонимания, правотворчества и правореализации, в том числе и судебного правоприменения. Думаю, магистральное направление развития современного правопонимания, правотворчества и правореализации, в частности, судебного правоприменения, характеризуется исторически неизбежным, поступательным, но объективно противоречивым и длительным движением от юридического позитивизма, а также различных видов научно дискуссионных концепций интегративного правопонимания, спорно синтезирующих

---

[1] *Канашевский В.А.* Указ. соч. С. 14.

[2] Там же. С. 259.

[3] См., например: *Явич Л.С.* Указ. соч.; *Нефедова Ю.Ю.* Указ. соч. С. 220.

[4] Юридический энциклопедический словарь / Гл. ред. А.Я. Сухарев. М., 1984. С. 278.

в единой системе права как собственно право, так и неправо, фактически господствующих во всём мире, в том числе в России; к научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, основанной на достоверных и действительных общенаучных выводах, проверенных многовековой практикой.

Юридический позитивизм, по существу ограничивающий «все право только законами», «законодательством», а точнее — национальными правовыми актами, установленными правотворческими и исполнительными органами государственной власти, а также «судебными прецедентами», выработанными судами — органами государственной власти в том числе, в современный период представляется теоретически спорным, а практически недостаточным. В результате юридический позитивизм приводит к бесконечным пробелам и коллизиям в национальных правовых актах, многообразной и противоречивой судебной практике.

Научно дискуссионные и разнообразные концепции интегративного правопонимания, широко распространенные во всем мире, а также в России, теоретически спорно объединяют в единой системе права как принципы и нормы права, так и иные онтологически неоднородные социальные явления, регуляторы правоотношений и общественных отношений в целом, — право и неправо. Такое правотворчество приводит к неопределенному праву, «размыванию» права неправом, иными социальными регуляторами, например, «правовыми позициями» судов, «справедливостью», «разумностью», «добросовестностью» и т. д. В суде — к судебным спорам, многочисленным отменам судебных актов, нестабильной судебной практике, несоблюдению сроков рассмотрения споров. А главное — к нарушениям прав и правовых интересов участников судебных процессов.

Вместе с тем, в соответствии с научно обоснованной концепцией интегративного правопонимания право объективируется прежде всего в его принципах и нормах, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве. Такое правопонимание, думаю, «снимает» многочисленные теоретические и практические вопросы.

Так, с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, как правило, пробелов в праве нет, пробелы в праве мнимые, поскольку в случаях пробелов в национальных правовых

актах традиционно имеются принципы и нормы права, содержащиеся в иных формах внутригосударственного и (или) международного права. Следующий пример: в результате установления в России иерархии принципов и норм права, содержащихся в различных формах национального и международного права, многочисленные коллизии между ними могут быть преодолены («сняты») судами, которые могут вырабатывать «определенную» и непротиворечивую судебную практику.

Применяя терминологию Ю. М. Лотмана, в современной политической, экономической и правовой ситуации данный переломный этап возможно назвать «моментом непредсказуемости»[1]. Думаю, в праве он выражается в том, что прежние «аксиомы» правопонимания, доминировавшие в мире, в частности, в XIX–XX вв., в XXI в. представляются теоретически дисскусионными, а практически, как правило, малопродуктивными или порой даже контрпродуктивными. В этой связи возникла настоятельная необходимость теоретического переосмысления многих «безусловных», «устоявшихся» и «неоспоримых» «истин» в правопонимании; выработки новых парадигм правопонимания, правотворчества и правореализации, в том числе судебного правоприменения.

Особый интерес эти проблемы вызывают в связи с процессами глобализации, объективно ускоряющимися и в действительности доминирующими в мире[2]. Вместе с тем, спорным представляется мнение отдельных авторов, полагающих, что глобализация не затрагивает вопросы, связанные с правом. Так, Г. М. Вельяминов, думаю, дискуссионно, с позиции юридического позитивизма предполагал: «Единственное, в чем, кажется, не может быть сомнений, это в том, что **глобализация — понятие отнюдь не правовое, но социальное, *экономическое и политическое»*** (выделено мною. — *В. Е.*)[3].

Вместе с тем, такой вывод Г. М. Вельяминова является, по меньшей мере, теоретически недостаточно обоснованным. Например, С. А. Калинин более убедительно полагал: «...система социального регулирования включает право, мораль, религию, нравственность, культуру...корпоративные нормы и т. д. При этом взаимоотношения

---

[1] *Лотман Ю. М.* Культура и взрыв / Лотман Ю. М. Семиосфера. СПб., 2010. С. 108.

[2] См., например: *Губаева Т. В., Гумеров Л. А., Краснов А. В.* Нормы права: теоретико-правовое исследование: Монография. М.: РАП, 2014. С. 133.

[3] *Вельяминов Г. М.* Глобализация: суть и динамика // Московский журнал международного права. 2012. № 1. С. 8.

между указанными регуляторами обусловлены цивилизационным, культурным и иным контекстом. Регулятор, имеющий абсолютную значимость в рамках одной цивилизации, может не иметь значения либо играть незначительную роль для другой, то же самое может касаться степени влияния и значимости регуляторов. Так, для **современного западного мира право выступает в качестве основного верховенствующего социального регулятора**...»[1] (выделено мною. — *В.Е.*). Разделяя и развивая данную мысль, М.Н. Марченко теоретически обосновано уточнил дискуссионный вывод Г.М. Вельяминова о праве как о праве не только внутригосударственном, но и международном. «Несмотря на то, что в конце XX — начале XXI в. международное право неоднократно подвергалось испытанию в связи с бомбардировками НАТО Югославии, вторжением США и их союзников в Ирак и Афганистан и другими аналогичными действиями «цивилизованных» государств, предпринимаемых ими в нарушение международно-правовых норм, — убедительно писал автор, **— возникшая с момента образования международного права тенденция его взаимосвязи и взаимодействия с национальным правом не только не уменьшилась,...наоборот еще больше расширилась и углубилась**»[2] (выделено мною. — *В.Е.*).

В.Е. Чуров и Б.С. Эбзеев, анализируя глобализацию как объективное политическое, экономическое и правовое явление, обоснованно подчеркнули: «...глобализация есть объективная реальность, обусловленная замкнутостью планеты, формированием мирового хозяйства, глобальными коммуникациями и т.д. Обычно ее связывают с качественно более высокими уровнями интегрированности, целостности и взаимозависимости мира. Отсюда понимание глобализации как геоэкономического, геополитического и геогуманитарного явления, которое в том числе требует юридического осмысления и решения, основанного на единых для участников этого процесса организационных и регулятивных стандартах»[3].

В.В. Лазарев, анализируя проблемы интегративного правопонимания и происходящие в мире процессы глобализации, убедительно

---

[1] Общая теория права: Пособие / В.А. Абромович (и др.); под общ. ред. С.Г. Дробязко, С.А. Калинина. Минск: БГУ; Издательство «Четыре четверти», 2014. С. 35.

[2] *Марченко М.Н.* Тенденции развития права в современном мире: Учебное пособие. М., 2015. С. 130.

[3] *Чуров В.Е., Эбзеев Б.С.* Глобализация. Международные гуманитарные стандарты. Суверенитет России. М., 2015. С. 4.

уточнил: «Интегративный подход противостоит как изоляционизму, так и некритическому растворению национального в ценностях противостоящего мира. Он обращен в перспективу, он сориентирован на учет глобальных процессов. **Глобализация...это уже своего рода объективная реальность, которую следует оценивать и совершенствовать»**[1] (выделено мною. — *В.Е.*).

Необходимо подчеркнуть: глобализация — это явление не только современное. Как справедливо полагал Г.М. Вельяминов, «Глобализация — явление,.. прослеживаемое в истории от Римской империи (Pax Romana) и до наших дней. Возникновение современной глобальной политики историки относят к XIV–XVII вв. (начальная европейская экспансия). Х. Джеймс в книге «Конец глобализации» историю капитализма последних полутора столетий описывает как две больших волны глобализации в конце XIX и в конце XX в., а период с 1914 по 1970-е гг. как распад мирового рынка»[2]. Вместе с тем процессы глобализации, происходящие уже в XXI в., многие ученые-юристы нередко описывают лишь в самом общем виде и с теоретически дискуссионных позиций. Например, И.В. Лаптева в автореферате диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук на тему: «Правовая инфильтрация Конвенции о защите прав человека и основных свобод и решений Европейского Суда по правам человека в российскую правовую систему ...» пришла к теоретически весьма неопределенному, а практически мало продуктивному выводу: «...Европейская Конвенция и Протоколы к ней, а также правовые позиции и решения ЕСПЧ, вынесенные в отношении России и других государств, **являются направляющими для развития российского законодательства и правоприменительной практики»**[3] (выделено мною. — *В.Е.*). Аналогичное мнение возникает и в отношении традиционного и «устоявшегося» вывода, изложенногоТ. С. Глазатовой в автореферате диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук на тему: «Современные тенденции развития права

[1] *Лазарев В.В.* Интегративное восприятие права // Пилотный номер Казанского Федерального Университета. 2016. С. 21.

[2] *Вельяминов Г.М.* Указ. соч. С. 9.

[3] *Лаптева И.В.* Правовая инфильтрация Конвенции о защите прав человека и основных свобод и решений Европейского Суда по правам человека в российскую правовую систему (теоретико-правовое исследование): Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2015. С. 9.

в условиях глобализации»: «Гармонизация права предполагает процесс **сближения российского права с правом других государств**...»[1] (выделено мною. — *В.Е.*). Как представляется, широко распространенные выводы научных и практических работников, «устоявшиеся» в российской юридической литературе, общий смысл которых состоит в том, что международное право «является направляющим для российского законодательства и правоприменительной практики», происходит «гармонизация международного и российского права» и т. д., носят теоретически весьма неопределенный, а практически — малопродуктивный характер.

Нередко российские и зарубежные авторы высказывают и иные весьма спорные точки зрения. Например, с одной стороны, по мнению Т. С. Глазатовой, одной из основных тенденций развития российского права под воздействием глобализационных процессов является «...влияние судебной практики на формирование права — изменение системы источников права, **в том числе, выражающееся в применении органами судебной власти решений вышестоящих судов с целью преодоления пробелов в праве, коллизий правовых норм, что приводит к возрастанию роли судебной практики, в том числе и международно-правовой»**[2] (выделено мною. — *В.Е.*).

На мой взгляд, российские суды «применяют» только принципы и нормы права, содержащиеся в формах внутригосударственного и (или) международного права, и не «применяют» «решения вышестоящих судов». Даже Постановления Пленумов Верховного Суда Российской Федерации суды должны не «применять», а «учитывать». Так, согласно п. 2 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 19 декабря 2003 г. № 23 «О судебном решении» «**При установлении противоречий между нормами права, подлежащими применению** при рассмотрении и разрешении дела, судам также **необходимо учитывать разъяснения Пленума Верховного Суда Российской Федерации** (выделено мною. — *В.Е.*), данные в Постановлениях от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» и от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного

[1] *Глазатова Т. С.* Современные тенденции развития права в условиях глобализации: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2015. С. 9.

[2] Там же. С. 8.

права и международных договоров Российской Федерации»[1]. Кроме того, необходимо заметить, что первоначально в проекте Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации «О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. и Протоколов к ней» было записано: суды общей юрисдикции «применяют» постановления ЕСПЧ. Однако после активной дискуссии на эту тему на Научно-консультативном совете при Верховном Суде Российской Федерации и на Пленуме Верховного Суда Российской Федерации, принимая во внимание, что суды, в том числе и Европейский Суд по правам человека, по своей природе являются правоприменительными, а не правотворческими органами, в п. 2 итогового текста данного постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации записано: **«судами учитываются правовые позиции Европейского Суда»**[2] (выделено мною. — *В.Е.*).

Как представляется, действительное «применение» «судебных прецедентов» (а точнее — «судебных прецедентов права»), выработанных вышестоящими судами, характерное ранее прежде всего для судов англо-саксонской правовой семьи, думаю, отражает не «современные тенденции развития права в условиях глобализации», а скорее тенденции, присущие для предыдущих веков и не доминирующие в настоящее время даже в Англии. Объективная современная английская судебная практика убеждает: «судебный прецедент права» как правовой регулятор правоотношений постепенно исчезает.

В то же время, часто цитируемый в международной и российской юридической литературе Р. Давид, полагаю, весьма спорно и бездоказательно писал, что закон — первостепенный, почти единственный источник права в странах романо-германской правовой семьи[3]. Вместе с тем, в России, во-первых, закон — только один из видов национальных правовых актов. В нашей стране имеются и другие виды «нормативных правовых актов». Например, Конституция Российской Федерации и многочисленные подзаконные «нормативные правовые акты». Во-вторых, в России реализуются и другие формы внутригосударственного права. Среди них, в частности, возможно

[1] Российская газета. 2003. 26 декабря. № 260.

[2] Российская газета. 2013. 5 июля. № 145.

[3] *Давид Р., Жофре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. М., 1993. С. 74.

выделить правовые договоры и обычаи российского права. Наконец, в-третьих, в России активно реализуются также и различные формы международного права. Например, основополагающие (общие) принципы международного права, международные договоры и обычаи международного права.

Учитывая изложенные, а также многие иные объективные и субъективные причины, в первой главе монографии право анализируется не как самодостаточное и изолированное правовое явление, а в качестве разновидности социальных категорий, взаимозависимых и взаимообусловленных. Автор исходит из того, что правовые категории — «...понятия, предельно обобщающие и классифицирующие результаты познавательной деятельности человека»[1]; «фундаментальные понятия»[2]; понятия, «...отражающие наиболее общие свойства и связи явлений материального мира»[3]; «...наиболее глубокие, фундаментальные понятия, являющиеся пределом обобщения как в определенной области юридических знаний, так и в правоведении в целом»[4]. В связи с таким общенаучным подходом, право в первом параграфе первой главы монографии исследуется с позиций теории систем, социального управления и теории информации. Во втором параграфе первой главы монографии суд рассматривается также не изолировано, а в системе органов государственной власти.

В соответствии с научно обоснованной концепцией интегративного правопонимания право объективируется прежде всего в его принципах и нормах, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве. При таком теоретическом подходе представляется спорным вывод Т. С. Глазатовой о том, что под глобализацией права понимается объективный процесс формирования лишь «...системы общепризнанных принципов и норм международного права, влияющих на изменение элементов российского права»[5].

Вторая глава монографии посвящена универсальным проблемам права. Среди них дискуссионные вопросы правопонимания,

---

[1] Новейший философский словарь. М., 2001. С. 480.

[2] Новая философская энциклопедия. М., 2001. С. 229.

[3] Большой толковый словарь русского языка. СПб., 2001. С. 422.

[4] *Васильев А. М.* Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы категорий теории права. М., 1976. С. 87.

[5] *Глазатова Т. С.* Указ. соч. С. 7.

правотворчества и правоприменения, права и неправа, международного и национального права, источников и форм права, парных регуляторов правоотношений, верховенства права и правового государства, пробелов в праве, принципов права, конкретизации права и определенности права.

При всей значимости правового регулирования правоотношений необходимо подчеркнуть и его недостаточность в связи с многочисленными объективными и субъективными причинами. Правовое регулирование правоотношений не является самодостаточным, эффективным и единственным регулятором; с объективной необходимостью требует его дополнения, в частности, индивидуальным регулированием сложившихся правоотношений. Как представляется, правовое и индивидуальное регулирование правоотношений являются парными категориями, способными эффективно регулировать правоотношения только совместно. Третья глава монографии посвящена современным общим теоретическим и практическим проблемам индивидуального регулирования фактически сложившихся правоотношений. В ней проанализированы актуальные проблемы разграничения правового и индивидуального регулирования правоотношений, а также виды индивидуального регулирования, в том числе индивидуальное судебное регулирование.

Наряду с универсальными проблемами права, правового и индивидуального регулирования правоотношений, безусловно, имеется еще и множество специальных вопросов российского и международного права. Среди таких вопросов в монографии проанализированы вопросы, связанные с Конституцией России, обычаями российского права, национальными правовыми актами, правовыми договорами (глава четвертая), обычаями международного права, международной правосубъектностью индивидов и «правовой цивилизацией» — парадигмой XXI века (глава пятая).

ГЛАВА 1

Анализ права с общенаучных позиций

1.1. Право с позиций теории систем, социального управления и теории информации

Фундаментальным критерием научности знания, начиная с XVII–XVIII вв. и до настоящего времени, на мой взгляд, является исследование каких-либо явлений в системе элементов, их составляющих. Л. Берталанфи предложил выдающуюся идею исследования явлений с позиции общей теории систем, в основе у которой лежит принцип целостности системы, позволяющий преодолевать традиционное механистическое мировоззрение. Данную точку зрения многие ученые называют дерзкой теоретической идеей, основополагающим научным открытием, ключевым фактором в научном исследовании, определившим путь к новым взглядам и принципам[1].

К сожалению, большинство научных и практических работников, как правило, в том числе с позиции механистического мировоззрения и структурно-функционального анализа, ограничивает свои научные исследования традиционными собственно правовыми проблемами. Так, М. В. Антонов, как представляется, излишне категорично и спорно с позиции общенаучных выводов теории систем полагал: «Использование данного понятия легко может привести к сомнительным заключениям, основанным на подмене различных значений термина «система» в ходе рассуждений. Критический взгляд на это понятие позволяет увидеть его связь с небесспорными объективистскими установками в социальной философии и объяснить его убеждающую силу через раскрытие таких трюизмов, на которых покоятся аргументы о системности права. **Использование в правоведении терминов, производных от понятия «система», чревато недопустимым упрощением понимания нормативного характера права, в ракурсе которого эмерджентность, целостность, структурированность, функциональность, полнота и прочие приписываемые праву системные свойства представляются не объективной данностью, а возможным результатом (скорее, целью,**

[1] См.: *Берталанфи Л.* Общая теория системы: критический обзор // Исследования по общей теории систем; под общ. ред. и вст. ст. В. Н. Садовского, Э. Г. Юдина. М., 1969. С. 23, 24.

«рациональным идеалом») упорядывающей (систематизирующей) творческой деятельности юристов» (выделено мною. — *В.Е.*)[1].

В то же время Л. Берталанфи, как считают многие научные работники — основатель теории систем, пришел к важнейшему, полагаю, общенаучному выводу: «Понятие системы в настоящее время не ограничивается теоретической сферой, а становится центральным в определенных областях прикладной науки»[2]. Целостность научного исследования с позиций структурно-функционального анализа традиционно рассматривалась через понятия структуры и функции. Системный подход к социальным явлениям противопоставляется структурно-функциональному анализу. Как справедливо подчеркивал Э.Г. Юдин, центральным в нем является более широкое понятие — «система», тесно связанное с рядом других понятий, например: «структура», «организация», «связь», «отношение», «элемент» и «управление»[3].

Вместе с тем целый ряд научных работников справедливо признает: универсальное понятие «система» отсутствует. Более того, В.Н. Садовский сделал вывод о том, что универсальное понятие «система» выработать и невозможно[4]. В этой связи Э.Г. Юдин подчеркивал: «действительно конструктивные функции понятие «система» выполняет только тогда, когда его употребление приводит не просто к определенному обозначению объекта, а к нетривиальной формулировке проблемы, к построению нового предмета исследования»[5]. Соглашаясь с такими выводами упомянутых известных советских философов, М.Н. Марченко — один из ведущих российских теоретиков права в XXI в., признает наличие различных, зачастую друг другу противоречащих, определений понятия системы, и множественность ее смысловых оттенков и знаний[6].

И.В. Блауберг, В.Н. Садовский и Э.Г. Юдин, анализируя теорию систем, выделяли три класса существующих совокупностей

---

[1] *Антонов М.В.* О системности права и «системных» понятиях в правоведении // Правоведение. 2014. № 1. С. 26.

[2] *Берталанфи Л.* Указ. соч.

[3] *Юдин Э.Г.* Системный подход и принцип реальности. Методологические проблемы современной науки. М., 1978. С. 97–184.

[4] *Садовский В.Н.* Становление философии науки и системного подхода в России во второй половине XX века // Вопросы философии. 2004. № 1. С. 99–109.

[5] *Юдин Э.Г.* Указ. соч. С. 182.

[6] *Марченко М.Н.* Государство и право в условиях глобализации. М., 2011. С. 252, 253.

объектов: неорганизованные совокупности («суммативное целое»), неорганичные (просто организованные системы) и органичные системы[1]. Просто организованная и органичная системы имеют общие и отличающие их свойства. Так, И. В. Блауберг и Э. Г. Юдин убедительно подчеркивали: их одинаково «характеризует наличие связей между элементами и появление в целостной системе новых свойств, не присущих элементам в отдельности. Связь, целостность и обусловленная ими устойчивая структура — ...отличительные признаки любой системы»[2]. Вместе с тем, обосновано полагали они, «если первая есть соединение в известную целостность относительно обособленных элементов, то вторая — «физически» неделимое саморазвивающееся целое»[3].

Анализируя советское право, С. С. Алексеев писал: «Советское право как система — это такое специфическое социальное явление, которое представляет собой нечто среднее, промежуточное между «просто» организованной и органичной системами»[4]. Будучи ограниченным рамками монографии, не приводя дополнительных теоретических аргументов, считаю возможным сделать предположение о том, что не только советское право, но и современное внутригосударственное, так и международное право, реализуемое в России, возможно рассматривать в рамках единой «просто» организованной системы, характеризующейся целостностью, связью и устойчивой структурой составляющих их элементов. По мере противоречивого и непоследовательного, но в историческом масштабе поступательного развития единого экономического и правового мирового пространства «просто» организованная, развивающаяся и многоуровневая система форм национального и (или) международного, содержащая прежде всего принципы и нормы права, реализуемые в государствах, в частности, в Российской Федерации, как представляется, с объективной необходимостью, с теоретическими спорами и практическими проблемами неизбежно будет трансформироваться в органичную систему.

---

[1] *Блауберг И.В., Садовский В.Н., Юдин Э.Г.* Системный подход в современной науке // Проблемы методологии системного исследования. 1970. С. 11.

[2] *Блауберг И.В., Юдин Э.Г.* Становление и сущность системного подхода. М., 1973. С. 177.

[3] Там же. С. 177, 178.

[4] *Алексеев С.С.* Структура советского права. М., 1975. С. 16.

В специальной юридической литературе используются различные понятия, связанные со словом «система»: «правовые системы современности»[1], «правовая система...»[2], «правовая система общества»[3], «правовая система»[4], «правопорядок»[5] и др. Как справедливо заметил М. И. Байтин, «само выдвижение и обсуждение в 80-х годах новой идеи правовой системы стало, по сути, определенным компромиссом между сторонниками нормативного и широкого понимания права. Отвечая на вопрос, каким же понятием можно охватить **совокупность всех известных правовых явлений,** (выделено мною. — *В.Е.*) чтобы сохранить четкость, «неразмытость» научной категории, выражающей главное в правовой действительности, — институционное социально-классовое нормативное образование, т. е. объективное право»[6] — С. С. Алексеев писал: «представляется, что им может служить понятие правовой системы»[7]. Думаю, изложенные выводы в том числе основаны и на заключении Ж. Карбонье о правовой системе как «вместилище, сосредоточии разнообразных юридических явлений»[8].

Весьма показательно мнение С. С. Алексеева, включавшего в число основных элементов «правовой системы» собственно право, судебную и юридическую практику, правовую идеологию, правотворчество и правоприменительную деятельность компетентных органов, всю совокупность правовых актов — документов, в том числе нормативных, индивидуальных, интерпретационных; индивидуальные правовые предписания, правоотношения (субъективные права и обязанности, юридические санкции)[9]. В. Н. Кудрявцев, А. М. Васильев, В. П. Казимирчук пошли еще дальше, выделяя такие элементы «правовой системы», как правовые нормы; правовое сознание и правовую культуру; правотворчество, правореализацию и правопорядок[10]. Наконец, отдельные ученые по существу вообще не устанавливают

---

[1] *Сырых В.М.* Теория государства и права: Учебник. М., 2004. С. 594–621.

[2] *Марченко М.Н.* Источники права: Учебн. пособие. М., 2005. С. 4, 5.

[3] *Карташов В.Н.* Теория правовой системы общества: Учебн. пособие. В 2 т. Ярославль, 2006. Т. 2.

[4] *Алексеев С.С.* Право и правовая система // Изв. вузов. Правоведение. 1980. № 1.

[5] *Антонов М.В.* Указ. соч.

[6] *Байтин М.И.* Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). М., 2005. С. 178, 179.

[7] *Алексеев С.С.* Указ. соч. С. 31.

[8] *Карбонье Ж.* Юридическая социология / Пер. с фр. М., 1986. С. 197.

[9] *Алексеев С.С.* Общая теория права. М., 1981. Т. 1. С. 86–91.

[10] Правовая система социализма. М., 1986. Кн. 1. С. 38–44.

каких-либо границ «правовой системы». Например, весьма характерна позиция В. Н. Синюкова, исследовавшего российскую «правовую систему» в ее культурно-историческом аспекте[1]. Как здесь не вспомнить фразу известного персонажа из «Фауста» Гете: «Словами диспуты ведутся, из слов системы создаются».

Оживленная дискуссия в юридической литературе и предложения ученых не могли не найти своего отражения и в Конституции Российской Федерации, в ч. 4 ст. 15 которой появился термин: «правовая система Российской Федерации». В этой связи и в XXI в. многие ученые продолжают анализировать понятие «правовая система». Например, Ю. А. Тихомиров в «правовую систему» включал четыре группы элементов: а) правопонимание — правовые взгляды, правосознание, правовую культуру, правовые теории и концепции, а также правовой нигилизм; б) правотворчество — познавательный и процессуально оформленный способ подготовки и принятия законов и иных правовых актов; в) правовой массив — структурно оформленную совокупность официально принятых и взаимосвязанных правовых актов; г) правоприменение — способы реализации правовых актов и обеспечения законности[2].

При таком правовом регулировании и подходе специалистов неизбежно возникает вопрос, возможно ли введение всех известных разнообразных и онтологически неоднородных социальных явлений в Конституцию Российской Федерации, являющуюся фундаментальным видом национальных правовых актов, содержащих конституционные принципы и нормы российского права? Думаю, вопрос является риторическим. Весьма характерно, что Н. И. Матузов вынужден был в дальнейшем уточнить: «Под правовой системой понимается совокупность внутренне согласованных, взаимосвязанных, **социально однородных юридических средств (явлений)**»[3] (выделено мною. — *В. Е.*). Изложенную точку зрения разделял и М. И. Байтин[4]. В то же время, названные авторы оставили открытым вопрос о том, почему явления, находящиеся в одной правовой системе, должны быть только социально однородными?

---

[1] *Синюков В. Н.* Российская правовая система: Введение в общую теорию. Саратов, 1994.

[2] *Тихомиров Ю. А.* Коллизионное право: Науч.-практ. пособие. М., 2001. С. 9.

[3] *Матузов Н. И.* Актуальные проблемы теории права. Саратов, 2003. С. 93.

[4] *Байтин М. И.* Указ. соч. С. 183.

В 1939–1940 гг. на страницах журнала «Советское государство и право» впервые состоялась дискуссия о системе права, которая с позиции структурно-функционального анализа была в основном сведена к делению права на отрасли[1]. В 1956–1958 гг. журнал «Советское государство и право» провел вторую дискуссию о системе права[2], в процессе которой были проанализированы критерии деления права на отрасли. В 1982 г. журнал «Советское государство и право» организовал третью дискуссию о системе права, посвященную прежде всего методам правового регулирования[3]. В результате проведенных обсуждений в юридической литературе с позиции структурно-функционального анализа сложилось устойчивое мнение о том, что система права — это его внутреннее строение, соединение действующих в государстве юридических норм в единое целое, а также разграничение их на отрасли и институты права[4].

Вместе с тем, на мой взгляд, понятие «система права» в данном контексте применено весьма спорно. Во-первых, право по существу сведено только к одной его форме — российским правовым актам. Во-вторых, понятие «система» теоретически недостаточно обосновано, в действительности оно относится лишь к структуре и содержанию и не ко «всему» праву, а только к одной из его форм — российским правовым актам.

Рассматривая формы национального и международного права, как его внутреннее и внешнее выражение, представляется теоретически более обоснованным введение в научный оборот понятия «система форм права». Данная система состоит из двух подсистем — национального и международного права, образованных составляющими их элементами — соответствующими формами внутригосударственного и международного права, характеризуется целостностью, устойчивой структурой, взаимосвязью и взаимозависимостью составляющих ее однородных элементов.

Такой вывод теоретически может быть основан лишь на научно обоснованной концепции интегративного правопонимания. Так, М. В. Немытина справедливо заметила: в современный период «приверженцы различных научных концепций постепенно приходят

[1] Сов. государство и право. 1939. № 3, 4; 1940. № 3, 8, 9.
[2] Сов. государство и право. 1956 № 8, 9; 1957. № 1–4, 6, 7; 1958. № 5, 11.
[3] Сов. государство и право. 1982. № 6, 8.
[4] См., например: *Байтин М. И.* Указ. соч. С. 199.

к общей идее о необходимости некого интегрального правопонимания, в рамках которого право рассматривается как системная ценность. Их взгляды сходятся в том, что не стоит противопоставлять типы правопонимания, а следует искать точки их соприкосновения... Именно интегральное (или интегративное) правопонимание позволяет сформировать целостное представление о праве, рассматривать право во множестве проявлений и одновременно в его единстве»[1].

С позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, полагаю, дискуссионно, во-первых, сводить «всё» право, реализуемое, в частности, в Российской Федерации, только к национальным правовым актам, содержащим лишь нормы права, во-вторых, жестко разграничивать внутригосударственное и международное право, искусственно создавать «самостоятельные», «взаимодействующие» на «паритетной» основе отдельные системы национального и международного права. Представляется, теоретически более обосновано, а практически необходимо исследовать «всё» право, реализуемое, например, в Российской Федерации, в рамках единой, развивающейся и многоуровневой системы форм права, состоящей из подсистем национального и международного права, образованных составляющими их элементами. Думаю, в единую, развивающуюся и многоуровневую систему форм национального и (или) международного права прежде всего объективно интегрируются основополагающие (общие) принципы российского права, национальные правовые акты, правовые договоры, обычаи российского права, основополагающие (общие) принципы международного права, международные договоры и обычаи международного права.

Э. Г. Юдин выделял три основные характеристики систем: элемент, целостность и связь. В качестве элемента системы Э. Г. Юдин рассматривал далее неделимый ее компонент при данном способе расчленения, минимальный компонент системы или же максимальный предел ее расчленения[2]. Классифицируя систему форм национального и международного права, думаю, такими элементами возможно рассматривать формы внутригосударственного и международного права как его внутреннее или внешнее выражение.

---

[1] *Немытина М. В.* Проблемы современного правопонимания: современные методы исследования в правоведении / Под ред. М. И. Матузова и А. В. Малько. Саратов, 2007. С. 115, 116.

[2] *Юдин Э. Г.* Указ. соч. С. 182–184.

Важнейшую роль системного подхода в процессе исследования сложных объектов отмечал еще Г. Гегель, убедительно подчеркивавший: «Всякое содержание получает оправдание лишь как момент целого, вне которого оно есть необоснованное предположение или субъективная уверенность»[1]. Развивая данную мысль, И. В. Блауберг и Э. Г. Юдин справедливо заметили: «Понятие целостности в научном познании прежде всего ориентирует научного работника в постановке проблем и выработке стратегии исследования»[2].

Исходя из данных философских позиций, право не только возможно, но и объективно необходимо прежде всего анализировать как целостное явление в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и международного права. Только при таком целостном подходе к изучению права возможно выделять, например, общие и специальные признаки внутригосударственного и международного права, тенденции их дальнейшего развития, взаимодействия, сближения и дифференциации. В то же время, например, структурно-функциональный анализ, структурализм, как правило, отграничивается анализом структуры или функций собственно, например, закона, который вместе с тем «получает оправдание лишь как момент целого, вне которого оно есть необоснованное предположение или субъективная уверенность», в отрыве от общих проблем «целого» — системы форм национального и международного права.

Прямые и обратные связи, по мнению Э. Г. Юдина, имеют не только стратегически ориентирующую роль, но и являются средствами исследования и системообразующими связями[3]. Характерно, что Н. Винер — основатель кибернетики — определял кибернетику как науку о процессах управления. В современный период кибернетика рассматривается в качестве одной из основных теорий систем, применимых к социальным явлениям[4]. В основе кибернетики лежит передача информации между системой и средой — прямые и обратные связи.

---

[1] *Гегель Г.* Энциклопедия философских наук. М., 1975. Т. 1. С. 100.

[2] См.: *Блауберг И. В.* Проблемы целостности и системный подход. М., 1977; *Юдин Э. Г.* Понятие целостности в структуре научного знания // Вопросы философии. 1970. № 12. С. 81–92.

[3] *Юдин Э. Г.* Указ. соч. С. 187.

[4] *Винер Н.* Индивидуальный и общественный гомеостазис // Общественные науки и современность. 1994. № 6.

При таком общенаучном подходе прежде всего необходимо обратиться к анализу понятий «обратная связь» и «принципы обратной связи». В философской литературе принято разграничивать данные понятия. «В первом случае, — писал Н. И. Жуков, — обычно имеется в виду лишь канал связи в направлении от управляемого объекта к регулятору, **сам же принцип обратной связи означает коррекцию в ходе управления»** (выделено мною. — *В. Е.*)[1]. Отсюда принцип обратной связи — универсальный способ управления сложноорганизованными системами, обеспечивающий эффективное регулирование, посредством реализации которого происходит конкретизация концептуальных положений диалектики о развитии, «самодвижении» и изменении сложных органических систем, в том числе и системы форм внутригосударственного и международного права. Анализ принципа обратной связи может способствовать детализации одного их высших типов причинной связи — взаимодействия элементов системы, когда каждый процесс выступает и как причина и как следствие; углублению, раскрытию сущности социально-управленческой природы индивидуального регулирования правоотношений, в том числе индивидуального судебного регулирования; исследованию роли, значения, способов и каналов воздействия, в частности, судебной практики в процессе регулирования правоотношений, а также развития внутригосударственного и международного права.

Принцип обратной связи применительно к проблемам, затрагиваемым в данной монографии, возможно рассматривать как своеобразную «коррекцию», «настройку», теоретически точнее — во-первых, конкретизацию права в результате уточнения, детализации правотворческими органами, например, основополагающих (общих) и специальных принципов национального и (или) международного права; во-вторых, коррекцию правового регулирования правоотношений в результате их индивидуального регулирования с учетом конкретных фактических обстоятельств, безусловно, в пределах принципов и норм права, содержащихся в системе форм национального и международного права.

Н. Винер, называющий принцип обратной связи «секретом жизни», писал: «Обратная связь есть метод управления системой путем включения в нее результатов предшествующего выполнения ею своих

[1] *Жуков Н. И.* Философские основы кибернетики. Минск, 1976. С. 48, 49.

задач»[1]. Философской основой принципа обратной связи является отражение. Будучи активной формой проявления движения отражение носит мобильный, активный характер. Думаю, исследование принципа обратной связи является одним из наиболее перспективных направлений философской и правовой мысли. Так, Л. А. Петрушенко в специально посвященной этой проблеме монографии писал: «Этот принцип характеризует одно из наиболее общих и существенных свойств живого — его способность **самостоятельно поддерживать (в определенных пределах) нормальный процесс жизни и линию поведения в изменяющихся условиях,...зависимость управления от передачи информации,...выявляет...момент самодвижения, присущий всей материи»**[2] (выделено мною. — *В.Е.*).

Необходимость исследования принципа обратной связи в процессе изучения, например, судебного правоприменения отмечали также и советские ученые-юристы. Так, А. Б. Венгеров заметил: в процессе правового регулирования судебная практика играет роль одной из форм обратной связи, сигнализирует о социальной эффективности правового регулирования, отражает воздействие общественных отношений на правовые нормы[3]. Эту позицию также разделял и С. С. Алексеев, писавший еще более: именно практика через механизм «обратной связи» обусловливает дальнейшее развитие содержания правового регулирования[4].

На мой взгляд, в соответствии с общенаучным принципом обратной связи и с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания право, неизбежно и непрерывно должно повышать степень своей определенности в результате, например, конкретизации правотворческими органами основополагающих (общих), а также специальных принципов и норм права, имеющих более высокую юридическую силу. Кроме того, в результате индивидуального регулирования правоотношений в соответствии с принципом обратной связи информация о проблемах в праве с объективной необходимостью не может не поступать, например, в правотворческие органы с целью его последующей коррекции.

---

[1] *Винер Н.* Кибернетика и общество. М., 1958. С. 71.

[2] *Петрушенко Л.А.* Принцип обратной связи. М., 1967. С. 6, 7.

[3] *Венгеров А.Б.* Роль судебной практики в развитии советского права: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 1966. С. 6.

[4] *Алексеев С.С.* Механизм правового регулирования в советском государстве. М., 1966. С. 88.

Характерной чертой любой социальной системы является наличие в ней процессов управления, связанных с ее целесообразным функционированием, обменом информацией и развитием. Как представляется, это в полной мере относится и к системе форм внутригосударственного и международного права, а также к происходящим встречным процессам индивидуального регулирования правоотношений (в том числе индивидуального судебного регулирования), связанным с защитой прав и правовых интересов физических и юридических лиц; обменом, с одной стороны, принципами и нормами права, содержащимися в системе форм национального и (или) международного права, реализуемыми в государстве, с другой — правореализационной практикой.

В работах советских ученых-юристов неоднократно, но лишь в самом общем виде, отмечалось, что право[1], правоприменение[2], и, в частности, судебное правоприменение[3] являются объективно необходимыми средствами социального управления. На мой взгляд, судебное правоприменение обладает целым рядом признаков, присущих социальному управлению. В их числе можно назвать: целенаправленное организующее регулирование правоотношений; выработку и принятие с этой целью решений; связь управления с информационными процессами; необходимость дополнения «внешнего» (правового) регулирования «внутренним саморегулированием» (индивидуальным регулированием) правоотношений в пределах принципов и норм права, содержащихся в системе форм национального и международного права, реализуемых в государстве; наличие целой системы связей между правотворческими, исполнительными и судебными органами власти, антиэнтропийный характер управления, связь управленческих процессов с развитием системы форм внутригосударственного и международного права.

Вместе с тем, судебное правоприменение объективно отличается от иных средств социального управления. В частности, управляющее воздействие осуществляется только посредством принципов и норм права, содержащихся в системе форм национального

---

[1] Право и социология. М., 1973. С. 5.

[2] *Дюрятин И.Я.* Применение норм советского права и социальное (государственное) управление: Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. Свердловск, 1975. С. 4.

[3] *Петрухин И.Л., Батуров Г.П., Морщакова Т.Г.* Теоретические основы эффективности правосудия. М., 1979. С. 123, 124.

и международного права, реализуемых в государстве; деятельность органов судебной власти обеспечивается возможностью использования принудительной силы государства и происходит в процессуальных формах, установленных в федеральных законах.

Важнейшее значение для изучения проблем социального управления имеет применение выводов и положений теории информации. Н. Винер убедительно писал: «Понимание общества возможно только на пути исследования сигналов и относящихся к нему средств связи, а теория управления является только частью теории информации, являющейся обозначением содержания, полученного из внешнего мира в процессе нашего приспособления к нему, мерой организации сложной системы»[1]. Положение о связи управления и информации в юридической литературе «приобрело статус методологического принципа исследования сложных динамических систем»[2].

С позиции теории информации управление, в том числе и посредством правового регулирования правоотношений, возможно рассматривать как уменьшение неупорядоченности, энтропии, (в частности, повышение степени определенности права), достигаемое посредством обмена прескриптивной (предписывающей) информацией, например, принципами и нормами права, содержащимися в системе форм национального и (или) международного права, реализуемыми в государстве, и дескриптивной (осведомительной, корректирующей) информацией, в частности, судебной практикой, способствующей индивидуальному регулированию и направляемой по каналам обратной связи в правотворческие органы с целью дальнейшего развития принципов и норм внутригосударственного и международного права. «Окружающий нас мир, — обоснованно подчёркивал Н. Винер, — это мир процесса, а не окончательного, мертвого равновесия»[3].

Следовательно, с позиции теории информации правовое и индивидуальное регулирование правоотношений возможно рассматривать как уменьшение неупорядочности (энтропии), которое достигается, во-первых, в процессе повышения степени определенности

[1] *Винер Н.* Указ. соч. С. 30.

[2] *Туманов Г.А., Герасимов А.П.* Методологические возможности кибернетики в государственно-правовой сфере // Советское государство и право. 1982. № 9. С. 34.

[3] *Винер Н.* Я — математик. М., 1967. С. 314.

права, в частности, в результате конкретизации правотворческими органами принципов и норм права, имеющих более высокую юридическую силу; во-вторых, — выработки эффективной, например, судебной практики вследствие реализации принципов и норм права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и международного права — обмена прескриптивной (предписывающей) и дескриптивной (корректирующей) информацией.

Важнейшее теоретическое и практическое значение имеет дифференциация сфер правового и индивидуального регулирования правоотношений. «Главным критерием такого разграничения, — в целом обосновано заметили В. В. Глазырин и В. И. Никитинский, — может служить следующее правило: «...общие свойства объектов правового воздействия, существенные для правового регулирования данного вида общественных отношений, должны найти отражение в норме права (как правиле общего действия) (на мой взгляд, — прежде всего в основополагающих (общих) принципах внутригосударственного и (или) международного права и только в последующем — в специальных (отраслевых) принципах и нормах права, конкретизированных в соответствии с основополагающими (общими) принципами права), индивидуальные же характеристики объектов...отражаются на уровне правоприменения (**в целом — реализации права.** — *В. Е.*) путем предоставления законом соответствующих возможностей для усмотрения правоприменителя»[1] (с моей точки зрения, теоретически точнее — индивидуального регулирования правоотношений).

Исследуя управленческую природу реализации права, нельзя не сказать и о недостаточности только правового регулирования правоотношений, объективной необходимости его дополнения индивидуальным регулированием. Такой вывод, на мой взгляд, убедительно подтверждается в случае применения общих законов управления в процессе анализа проблем, например, судебного правоприменения. Так, закон необходимого разнообразия позволяет определять степень (меру) требуемого разнообразия принципов и норм права, содержащихся в системе форм национального и международного права, реализуемых в государстве, с опосредуемыми развивающимися

[1] *Глазырин В. В., Никитинский В. И.* Эффективность правоприменительных актов // Совет. государство и право. 1984. № 2. С. 16.

и многообразными правоотношениями. Ибо, согласно У. Эшби, сформулировавшему этот закон, степень разнообразия управляющей подсистемы должна быть не меньше степени разнообразия управляемой подсистемы, поскольку «...только разнообразие может уничтожить разнообразие»[1].

Отсюда принципы и нормы права, содержащиеся в системе форм национального и (или) международного права, реализуемые в государстве, с объективной необходимостью должны предусматривать все богатство индивидуализированных и конкретных правоотношений. Однако в действительности это даже теоретически недостижимо. В этой связи возникает потребность в таких «компенсаторных» «механизмах», как индивидуальные регуляторы правоотношений и выработка в процессах их реализации различных видов неправа, например, судебных актов.

С учетом необходимости разграничения правового и индивидуального регулирования правоотношений представляется теоретически недостаточно обоснованным вывод С. С. Алексеева, полагавшего: «Право — это не только структурно сложная, динамическая система, но и система в известной степени «саморегулирующаяся» и «самонастраивающаяся»[2]. Исходя из научно обоснованной концепции интегративного правопонимания и учитывая изложенные общенаучные и теоретические выводы, возможно уточнить позицию С. С Алексеева. С одной стороны, с позиций теории информации и научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, исследуя процессы энтропии (уменьшения неупорядочности), происходящие в праве. В результате объективно неизбежного повышения степени определенности права, с таким мнением С. С Алексеева можно согласиться только в «известной степени». Вместе с тем, с другой стороны, думаю, в действительности принципы и нормы права «настраиваются» в процессе индивидуального регулирования сложившихся правоотношений между конкретными лицами, преодоления пробелов и коллизий в системе форм национального и международного права и анализа индивидуальных особенностей фактических правоотношений.

В процессах исследования систем с позиции передачи информации по каналам прямой и обратной связи возникло понятие «гомеостазис»,

[1] *Эшби У. Р.* Введение в кибернетику / Пер. с англ. М., 1959. С. 293–302.
[2] *Алексеев С. С.* Проблемы теории права. Свердловск, 1973. Т. 2. С. 265.

которое произошло от слов «гомео» — постоянный, и гр. «stasis» — состояние неподвижности. Данное понятие применил американский физиолог Уолтер Кеннон в ходе описания процессов, происходящих в биологическом организме. Гомеостазис, по У. Кеннону, означает относительное динамическое постоянство состава и свойств среды и устойчивость основных физиологических функций организма человека, животных и растений[1].

При таком фундаментальном общенаучном подходе гомеостазис правоотношений прежде всего можно рассматривать как подвижное и устойчивое равновесие, устанавливающееся в результате взаимодействия встречных и взаимодополняющих процессов правового и индивидуального регулирования правоотношений с целью достижения их устойчивого и динамического равновесия. Так, в правовом регулировании неизбежно и непрерывно происходит повышение степени определенности права, например, в процессах конкретизации основополагающих (общих) и специальных принципов, а также норм права, имеющих более высокую юридическую силу. В то же время в ходе индивидуального регулирования правоотношений, например, выявляются пробелы и коллизии в праве, требующие своего устранения правотворческими органами.

Учитывая установленный объем монографии, вынужден ограничиваться кратким анализом правового и индивидуального регулирования правоотношений с общенаучных позиций, исходя из положений общей теории систем, социального управления и теории информации. Вместе с тем, на мой взгляд, даже проанализированные проблемы и выработанные предложения позволяют сделать следующие итоговые выводы.

Первый: изучение права и других правовых явлений с общенаучных позиций предоставляет возможность реализовывать нетрадиционную, принципиально иную стратегию научных исследований.

Второй: общенаучный подход, примененный к анализу права в данном параграфе монографии, позволяет выделять и разрабатывать качественно другие научные проблемы, в частности — элементов системы права, ее целостности, прямых и обратных связей, а также новые свойства права, не присущие её отдельным элементам.

---

[1] *Кассиль Г. Н., Гинтер Е. К.* Гомеостаз / Большая советская энциклопедия. В 30 т. М., 1969–1978. Т. 7. С. 51.

Перефразируя процитированное выше высказывание Г. Гегеля, с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания следует признать: всякая форма национального и (или) международного права получает свое «оправдание» лишь как «момент целого», вне которого она есть «необоснованное предположение или субъективная уверенность». При таком общенаучном подходе убежден: взаимосвязанные процессы правотворчества и правореализации не могут глубоко изучаться изолированно, как самостоятельные правовые явления. На мой взгляд, более плодотворным может быть их исследование как «момента целого», в единой системе взаимосвязанных и корректирующих органов государственной власти.

1.2. Суд в системе органов государственной власти

Разделение властей — одна из сложнейших и важнейших теоретических и практических проблем, имеющая свою многовековую историю как периодического развития, так и контрразвития, например, отмены законов, устанавливающих право граждан на судебную защиту от неправовых действий (бездействия) должностных лиц и правовых актов правотворческих и исполнительных органов государственной власти. Идея разграничения деятельности государственных органов в самом общем виде высказывалась еще античными мыслителями — Платоном, Аристотелем, Полибием, Ликургом и др.

Д. Лильберн (1614–1657 гг.) — один из первых мыслителей, который настаивал на необходимости разделения властей на правотворческую, исполнительную и судебную в целях гарантии реализации права и предупреждения возможных злоупотреблений в государстве. Лишь в том случае, считал он, когда эти власти будут осуществляться различными органами и лицами, можно уничтожить произвол и обеспечить прочность самого правления[1].

Вместе с тем традиционно основоположниками классического варианта теории разделения властей в специальной литературе называют Джона Локка и Шарля Монтескье. Однако Дж. Локк считал необходимым разделение только правотворческой, исполнительной

[1] *Лильберн Джон*. Памфлеты. М., 1937. С. 110.

и федеративной (регулирующей отношения с другими государствами) властей, подчеркивая: все подчиняется правотворческой власти, поскольку «тот выше, кто предписывает законы»[1].

В отличие от Дж. Локка Ш. Монтескье выделял среди органов государственной власти и судебную власть. В то же время он считал, что судебная власть должна быть доверена не специальному государственному органу, а выборным лицам из народа, привлекаемым к отправлению правосудия только на определенное время. «Таким образом, — полагал Ш. Монтескье, — судебная власть, столь страшная для людей, не будет связана ни с известной профессией, ни с известным положением; она станет...невидимой и как бы несуществующей»[2]. При таком теоретическом подходе Ш. Монтескье сделал вывод: «Судебная власть в известном смысле как бы совсем не власть; из трех властей...власть судебная некоторым образом есть ничто»[3]; **«судьи суть...не что иное, как уста, произносящие слова закона»**[4] (выделено мною. — *В.Е.*). Вместе с тем, действительной заслугой Ш. Монтескье является разработка идей равновесия и системы «сдержек и противовесов» правотворческих и исполнительных органов государственной власти. В отличие от Дж. Локка Ш. Монтескье, как показал весь последующий мировой опыт, подчеркивал необходимость динамического равновесия, независимости и обособления правотворческих и исполнительных органов государственной власти. Последователи Ш. Монтескье почитают своего кумира как родоначальника теории разделения властей.

Ж.-Ж. Руссо с позиции неотчуждаемого, единого и неделимого народного суверенитета критиковал идею Ш. Монтескье о разделении властей; результат взаимного сдерживания обособленных властей видел лишь в раздроблении государства. Он один из первых отмечал необходимость разделения не властей, а государственных функций. Якобинцы в лице М. Робеспьера считали равновесие властей «химерой». В якобинской Конституции Франции (1793) разделение властей прямо отрицалось. Однако уже Конституция Франции (1795) разделение властей определила как «первое условие свободного

[1] *Локк Дж.* О государстве. СПб., 1902. С. 46.
[2] *Монтескье Ш.Л.* Избранные произведения. М., 1955. С. 292.
[3] *Монтескье Ш.Л.* О духе законов. СПб., 1900. С. 160.
[4] *Монтескье Ш.Л.* О разуме законов. СПб., 1801. С. 266.

правления», «вечный закон», без которого «общественный порядок не может быть характеризован»[1].

При создании американской конституции первоначально за основу был взят вариант разделения властей, предложенный Дж. Локком. Спустя уже непродолжительное время «все полномочия управления — законодательные, исполнительные и судебные, — подчеркивал И. Джефферсон, — оказались у законодательного корпуса. Концентрация их в одних и тех же руках является совершенно точным определением деспотического правительства. Сто семьдесят три деспота, безусловно, являются такими же угнетателями, как и один»[2]. В связи с отторжением практикой локковской модели разделения властей авторами американской Конституции была взята за основу усовершенствования система Ш. Монтескье. Основополагающим принципом стало не только горизонтальное, но и вертикальное разделение властей (федерация — штаты). В детально разработанную систему «сдержек и противовесов» были заложены следующие основополагающие принципы: различные источники формирования и несовпадающий срок полномочий органов государственной власти, создание разнообразных институтов «снятия» диктаторских поползновений различных органов государственной власти.

Жесткие рамки абсолютной монархии в России длительное время не способствовали теоретическому исследованию и практической реализации идеи разделения властей, особенно ее наиболее радикальных положений о равновесии и сдерживании, вынуждали ученых занимать компромиссную позицию. Весьма характерной была точка зрения Н. М. Коркунова: «Русские дореволюционные юристы обратили внимание на невозможность употребления понятия «делимость» власти; правильнее говоря о распределении отдельных функций государственной власти»[3]. Однако 29 сентября 1862 г. в «Основных положениях судоустройства в России» впервые была законодательно закреплена идея разделения не функций, а властей: «Власть судебная отделяется от исполнительной, административной и законодательной»[4].

---

[1] Конституция и законодательные акты буржуазных государств в XVII–XIX вв. М., 1957. С. 382.

[2] Цит. по: The federalist. Papers N. Y., 1976. P. 114.

[3] *Коркунов Н. М.* Русское государственное право. Т. 2. СПб., 1913.

[4] Судебные уставы с изложением рассуждений, на коих они основаны. Ч. III. Основные положения судоустройства. СПб., 1867. Ст. 1.

В конце XIX — начале XX вв. многие прогрессивные русские ученые начали активно поддерживать идею выделения в судах специализации по рассмотрению споров граждан с публичной администрацией либо создания административных судов. Так, В. Ф. Дерюжинский подчеркивал: «В качестве гарантии законности в управлении административные суды, с их особенным устройством, определенной компетенцией и известными формами производства в них, являются результатом новейшего периода в развитии европейских государств»[1]. Незадолго до Февральской революции 1917 г. в составе Правительственного Сената первый Судебный департамент получил некоторые полномочия по рассмотрению административных споров.

Постановлением от 30 мая 1917 г. Временное правительство утвердило Положение о судах по административным делам, вводившееся в действие с 1 июня 1917 г. Ю. Н. Старилов отмечал: «При эволюционном развитии российской истории в начале XX в. стала бы очевидной необходимость создания в России административных судов как полнокровных судебных органов, разрешающих споры в сфере публичного управления»[2].

Классики марксизма-ленинизма вслед за Ж.-Ж. Руссо и М. Робеспьером не поддерживали идею разделения властей. «Коммуна, — писал К. Маркс, — должна быть не парламентарной, а работающей корпорацией, в одно и то же время и законодательствующей, и исполняющей законы»[3]. Развивая данную мысль, Ф. Энгельс уточнял: «Разделение властей, которое...рассматривают как священный и неприкосновенный принцип, на самом деле есть не что иное, как прозаическое деловое разделение труда...»[4]. Аналогичную позицию занимал и В. И. Ленин, полагавший, что советская власть дает возможность «соединить в лице выборных представителей народа и законодательную функцию, и исполнение законов»[5]. При таком подходе В. И. Ленин утверждал: «Новый суд нужен прежде всего

[1] *Дерюжинский В. Ф.* Административные суды в государствах Западной Европы. СПб., 1906. С. 208.

[2] *Старилов Ю. Н.* Административная юстиция. Конец XIX — начало XX в.: Хрестоматия. Часть 1. Изд-во Воронежского университета, 2004. С. 8.

[3] *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. 17. С. 342.

[4] *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. 2-е изд. Т. 5. С. 203.

[5] *Ленин В. И.* ПСС. Т. 34. С. 305.

для борьбы против эксплуататоров... **роль суда: и устрашение, и воспитание»**[1] (выделено мною. — *В.Е.*).

Идея создания судов по административным делам обсуждалась и в начале советского периода. Как отметил В.И. Радченко: «...менее известной остается третья попытка учредить органы административной юстиции уже в советское время. В 1918 г. Наркомат Госконтроля подготовил проект ее организации в РСФСР. В начале 20-х гг. институтом советского права по заданию наркомата юстиции также был разработан соответствующий проект закона, предусматривающий образование Верховного административного суда и соответствующих судов в губерниях и областях. Однако, в дальнейшем возобладала прямо противоположная точка зрения. Она заключалась в том, что аппарат пролетарского государства, в отличие от буржуазного, работает исключительно в интересах трудящихся, и, следовательно, вмешательство судов в его деятельность будет только мешать ему в работе на благо человека труда»[2]. В специальной литературе вновь начала господствовать идея разделения труда и функций государства, отрицание возможности и необходимости разделения властей[3].

С одной стороны, не оспаривая необходимость и возможность самостоятельного исследования компетенции и функций государственных органов; с другой стороны, необходимо, подчеркнуть: разделение властей и разделение труда как в теоретическом, так и в практическом плане являются самостоятельными и различными научными и практическими проблемами. С позиции языкового толкования «функция» — это «обязанность, круг деятельности, назначение, роль»[4]; «компетенция» — «круг чьих-нибудь полномочий, прав»[5]. В то же время, «власть» — это «право и возможность распоряжаться кем-чем-нибудь, подчинять своей воле»[6].

Однако в современный период разделение властей принято рассматривать в качестве обязательного признака правового

---

[1] *Ленин В.И.* ПСС. Т. 36. С. 163, 549.

[2] *Радченко В.И.* Административные суды призваны защитить человека от произвола недобросовестных чиновников // Российская юстиция. 2004. № 3. С. 3.

[3] См., например: *Тихомиров Ю.А.* Разделение властей или труда // Сов. государство и право. 1967. № 1; *Барнашов А.М.* Теория разделения властей: Становление, развитие, применение. Томск, 1988.

[4] *Ожегов С.И.* Словарь русского языка. М., 1973. С. 789.

[5] Там же. С. 265.

[6] Там же. С. 80.

государства. Так, германский государствовед К. Хессе теорию разделения властей называл основным организационным началом конституирования государственной власти, ее рационализации, стабилизирования, ограничения и контроля[1]. В дальнейшем только фашизм и отдельные авторитарные режимы в XX в. на Западе совершенно игнорировали принцип разделения властей, являющийся одним из необходимых средств обеспечения демократии[2].

Весьма характерна переоценка доктрины разделения властей в Великобритании. Так, по мнению Н. Барбера: «Большинство исследователей, писавших о британской Конституции до 1990 г., высказывали изрядный скептицизм относительно применимости данной доктрины к Конституции. Возражения выдвигались на двух уровнях. Прежде всего утверждалось, что принцип РВ (разделения властей. — *В.Е.*) не должен применяться к конституциям парламентского типа, поскольку **в основе парламентских систем лежал принцип слияния, а не разделения властей** (выделено мною. — *В.Е.*)...первая группа возражений заключалась в простом утверждении, что разделение властей неприменимо к британской Конституции. Вторая группа возражений (более фундаментального порядка) подвергла сомнению безупречность принципа разделения властей как такового. Утверждалось, что разделение властей основывается на ошибке: не существует естественного разделения властей между тремя ветвями государственной власти. Согласно радикальным возражениям фактически не существует разделения между законодательной, судебной и исполнительной властью. В соответствии с более умеренными взглядами — это разделение весьма размыто»[3]. Например, Джоффри Маршалл теоретически весьма неопределенно, но чрезмерно категорично утверждал: разделение властей представляет собой «пеструю, **беспорядочную смесь (jumbled) аргументов в пользу политики, которую следует поддержать или отвергнуть по другим причинам»**[4] (выделено мною. — *В.Е.*).

Весьма показательно, что, во-первых, по признанию самого Н. Барбера, первая группа возражений «заключалась в простом

---

[1] *Хессе К.* Основы конституционного права ФРГ. М., 1981. С. 234–245.

[2] *Мишин А.А.* Принцип разделения властей в конституционном механизме США. М., 1984. С. 5, С. 34.

[3] *Барбер Н.* Разделение властей и Конституция Великобритании // Право. 2012. № 1. С. 8, 9.

[4] *Marshall G.* Constitutional Theory Oxford: Oxford University Press, 1971. P. 124.

утверждении, что разделение властей неприменимо к британской Конституции». Во-вторых, вторая группа возражений, как полагает Н. Барбер, «более фундаментального порядка», свелась к «сомнению» «в безупречности принципа разделения властей как такового»; утверждению, что фактически «не существует естественного разделения властей между тремя ветвями государственной власти». К сожалению, в данном случае британские исследователи (как и многие российские научные и практические работники) дискуссионно допускали подмену теоретических аргументов на действительно имеющие место определенные фактические обстоятельства. В-третьих, в изложенной цитате Дж. Маршалл спорно применял понятие «ветви государственной власти». Доктрина разделения властей предполагает разделение «органов государственной власти».

В то же время, как признает Н. Барбер: «...в более поздних работах принцип разделения властей рассматривается как общий принцип конституционализма, применимый ко всем конституциям во все времена»[1]. Например, в работе Э. Берендтса «Разделение властей и конституционное правление», опубликованной в 1995 г., утверждалось, что задача принципа РВ — это защита свободы индивида, поскольку благодаря РВ ставятся препятствия на пути тирании и деспотии со стороны государства»[2].

Ярким правовым подтверждением переоценки в конце XX — в начале XXI вв. доктрины разделения властей в Великобритании является конституционная реформа, связанная с отменой судебной функции Палаты лордов и созданием Верховного суда. В соответствии с Актом о конституционной реформе 2005 г. был создан новый Верховный суд, отделенный от законодательных и исполнительных органов государственной власти и состоящий из судей, не являющихся членами Палаты лордов. По справедливому заключению Н. Барбера, «Создание Верховного суда и изменение роли лорда-канцлера рассматривается в качестве наиболее важных шагов на пути к разделению властей...»[3].

В современной специальной литературе выделяют две основные модели разделения властей: «гибкую» и «жесткую». Первая из них основывается на идеях Дж. Локка о тесном взаимодействии властей

[1] *Барбер Н.* Указ. соч. С. 11.
[2] Там же. С. 12.
[3] *Барбер Н.* Указ. соч. С. 16.

при верховенстве одной из них и характерна для государств с парламентской формой правления. Вторая модель основывается на концепции Ш. Монтескье и его последователей о равновесии, независимости и взаимном сдерживании властей.

Традиционно зарубежные и российские специалисты рассматривают преимущественно собственно отраслевые теоретические и практические проблемы, а также судоустройства, судопроизводства, обеспечения деятельности судов и т. д. Вместе с тем, исходя из концепции разделения властей, представляется необходимым исследовать теоретические и практические вопросы взаимоограничения, сдерживания и разграничения компетенции суда и других органов государственной власти. С позиции теории систем целенаправленный анализ деятельности каждого элемента системы в отдельности является необходимым и важным, но недостаточным. Для выяснения существенных характеристик какого-либо органа государственной власти теоретически убедительнее установить его место и роль в системе правотворческих, исполнительных и судебных органов государственной власти. Философы убедительно отмечают стремительный рост удельного веса синтеза, проявляющегося в переходе от дисциплинарного к проблемному способу постановки и решения задач[1].

Применение категорий системного анализа вызывается необходимостью исследования правовых явлений, в том числе органов государственной власти, в целом, в рамках системы федеральных органов государственной власти России. При подобном общенаучном подходе к исследованию правовых явлений нельзя ограничиваться только собственно разделением функций органов государственной власти. С объективной необходимостью как в теоретическом, так и в практическом плане следует акцентировать внимание на анализе системы органов государственной власти в целом, изучении проблем взаимовлияния, взаимосвязи, сдерживания и взаимоограничения правотворческих, исполнительных и судебных органов государственной власти.

В процессе анализа места и роли суда в системе органов государственной власти возможно исследовать правовые проблемы, остающиеся при традиционных методах анализа вне поля зрения научных

[1] *Блауберг И. В., Юдин Э. Г.* Указ. соч. С. 39.

работников. В том числе изучать активную роль суда в процессе индивидуального судебного регулирования правоотношений, например, толкования и преодоления коллизий между принципами и нормами права, применения относительно определенных и диспозитивных норм права, преодоления пробелов в отдельных формах международного и внутригосударственного права. Следует подчеркнуть: в системе органов государственной власти составляющие ее элементы (органы государственной власти) не способны к самостоятельному, «изолированному» существованию; с объективной необходимостью обеспечивают взаимное сдерживание, функционирование и развитие. Важным показателем целостности системы органов государственной власти является мера свободы элементов, ее составляющих, поскольку они обладают и относительной самостоятельностью. Специфика системы органов государственной власти не ограничивается собственно ее элементами; она характеризуется прямыми и обратными связями и отношениями между ними.

С позиции теории систем органы государственной власти должны быть независимы друг от друга, «равновесны», обеспечивать взаимное сдерживание. Данные цели достигаются посредством закрепления в конституциях государств и реализации на практике «сдержек и противовесов». Ш. Монтескье отмечал: «Политическая свобода может быть обнаружена только там, где нет злоупотребления властью. Однако многолетний опыт показывает..., что каждый человек, наделенный властью, склонен злоупотреблять ею и удерживать власть в своих руках до последней возможности... Для того, чтобы предупредить подобное злоупотребление властью, необходимо..., чтобы одна власть сдерживала другую... Наступает конец всему, если одно и то же лицо или орган...станет осуществлять все три власти»[1].

Классическое понимание процесса применения права с позиции юридического позитивизма заключается в подведении правоотношений под абстрактные нормы права по методу логического умозаключения — силлогизма, в котором роль большей посылки играет «право», а точнее, прежде всего «законодательство» (национальные правовые акты), а меньшей — конкретный казус. Как представляется, такое понимание сущности правоприменения не отражает всей действительной глубины и сложности реальной

[1] *Montesquieu Ch. L.* Esprit des Lois. P., ch. X1. P. 3–6.

правоприменительной деятельности судей, не соответствует основополагающим положениям теории систем.

Рассматривая судебное правоприменение с позиции системного анализа и научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, необходимо исследовать объективно происходящие процессы не только взаимного сдерживания, но и взаимодействия, в определенных пределах коррекции, индивидуального регулирования правоотношений. Правоприменительные процессы коррекции, а точнее — индивидуального судебного регулирования правоотношений, происходят в том числе в результате толкования, например, судом, принципов и норм права (уяснения для себя и разъяснения для других); преодоления в процессе рассмотрения уголовных и гражданских дел коллизий (противоречий) между принципами и нормами права; применения относительно определенных норм права (прежде всего содержащих оценочные понятия, например, «значительный ущерб», «уважительные причины» и т. д.) и диспозитивных норм права; преодоления пробелов в праве в процессе судебного правоприменения.

Системный подход позволяет научно обосновать глубинные процессы не только взаимного сдерживания, но также и коррекции, реально происходящие в ходе индивидуального судебного регулирования правоотношений. Представляется теоретически возможным, а практически необходимым исследовать следующую логическую последовательность действий судей. Во-первых, судьи прежде всего должны уяснять для себя принципы и нормы права и разъяснять их для других (произвести их толкование). Во-вторых, уяснив и разъяснив действительный смысл принципов и норм права, судья может обнаружить иные принципы и нормы права, коллидирующие с истолкованными ими принципами и нормами права. В этих случаях судьи должны преодолевать коллизии (противоречия) между ними. В-третьих, правотворческие органы нередко принимают альтернативные и факультативные нормы права. С учетом фактических обстоятельств дела судьи должны выбирать принципы или нормы права, подлежащие применению в данном деле. В-четвертых, многие нормы права содержат оценочные понятия, которые должны быть истолкованы судьями применительно к фактическим обстоятельствам дела, например, к материальному положению сторон, состоянию здоровья участников судебного процесса и т. д. (не произвольно,

а с учетом конкретных фактических обстоятельств). В-пятых, достаточно часто, например, в национальных правовых актах имеются пробелы, которые судьи должны преодолевать при рассмотрении конкретных споров, в частности, посредством аналогии закона или межотраслевой аналогии закона.

Отдельные специалисты рассматривают толкование принципов и норм права, преодоление коллизий между принципами и нормами права, применение альтернативных, факультативных, относительно определенных и диспозитивных норм права, преодоление судьями пробелов, например, в национальных правовых актах «нежелательными» либо «нетипичными» явлениями. На мой взгляд, напротив: в действительности индивидуальное судебное регулирование правоотношений — явление «желательное» и типичное, объективно необходимое и неизбежное, поскольку даже теоретически невозможно абсолютно урегулировать нормами права все многообразие постоянно развивающихся и изменяющихся правоотношений. «Диалектически противоречивый исторический процесс взаимодействия норм права и фактических общественных отношений, — весьма неопределенно и дискуссионно предполагал А. П. Дудин, — включает в себя как процесс правового регулирования, так и встречный процесс правообразования»[1].

С позиции теории разделения властей хотелось бы уточнить: диалектически противоречивый исторический процесс «взаимодействия» принципов и норм права с «фактическими общественными отношениями» (а точнее — правового регулирования правоотношений) включает не только процессы собственно правового регулирования, но также и встречные процессы, как правообразования, например, повышения степени определенности права посредством его конкретизации правотворческими органами, так и индивидуального регулирования правоотношений с учетом фактических обстоятельств и в пределах принципов и норм права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и международного права, реализуемых в государстве.

> Например, 8 июня 2015 г. Конституционный Суд Российской Федерации принял Постановление № 14-П по делу о проверке конституционности ч. 1 ст. 256 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации

[1] *Дудин А. П.* Диалектика правоотношения. Саратов, 1983. С. 57.

в связи с жалобой гражданки Т. И. Романовой[1]. Данным постановлением установлено, что вступившим в законную силу решением Ленинского районного суда г. Чебоксары Чувашской Республики от 5 июля 2012 г. было удовлетворено требование Т. И. Романовой о признании незаконным постановления Государственного совета Чувашской Республики от 22 марта 2011 г. № 793 «О досрочном прекращении полномочий депутата Государственного Совета Чувашской Республики Романовой Т. И.».

Впоследствии Т. И. Романова обратилась в суд с требованием о компенсации морального вреда в размере 3 000 000 рублей, причиненного незаконным решением Государственного совета Чувашской Республики о досрочном лишении ее полномочий депутата. Решением Ленинского районного суда г. Чебоксары Чувашской Республики от 20 сентября 2013 г. исковые требования были удовлетворены частично и с Государственного Совета Чувашской Республики в ее пользу взыскано в качестве компенсации морального вреда 100 000 рублей. Однако апелляционным определением судебной коллегией по гражданским делам Верховного суда Чувашской Республики от 18 декабря 2013 г. данное решение было отменено и по делу вынесено новое решение об отказе в удовлетворении указанных исковых требований со ссылкой на то, что на требования о компенсации морального вреда, причиненного незаконными решениями, действиями (бездействиями) органа государственной власти, органа местного самоуправления, должностного лица, государственного или муниципального служащего, распространяется трехмесячный срок для обращения гражданина в суд, установленный ч. 1 ст. 256 ГПК РФ, которая Т. И. Романовой была нарушена. Судебный акт апелляционной инстанции не был отменен последующими судебными инстанциями.

В то же время, Конституционный Суд Российской Федерации в анализируемом Постановлении подчеркнул: сам факт удовлетворения судом требования о признании решений, действия (бездействия) органов публичной власти и их должностных лиц, повлекших причинение морального вреда, незаконными, означает, что «…у суда отсутствовали основания для отказа в удовлетворении соответствующего требования по причине нарушения срока обращения в суд, предусмотренного ч. 1 ст. 256 ГПК РФ. Сам же по себе иск о компенсации морального вреда относится к требованиям о защите личных неимущественных прав и других нематериальных благ, на которые в силу ст. 208 ГК РФ исковая давность не распространяется, кроме случаев, предусмотренных законом. При этом закон не предусматривает, что при обращении заинтересованного лица с иском о компенсации морального вреда, причиненного неправомерными решениями, действиями (бездействиями) органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных

[1] Российская газета. 2015. 18 июня. № 130.

> или муниципальных служащих, после вступления в законную силу решения суда, признавшего эти решения или действия (бездействия) незаконными, в исключение из общего правила, закрепленного ст. 208 ГК РФ для требований о компенсации морального вреда, устанавливаются специальные сроки для обращения в суд[1].

Следовательно, Конституционный Суд в результате индивидуального судебного регулирования сложившихся правоотношений в виде толкования норм права, содержащихся в ГК РФ и ГПК РФ, установил: в кодексах отсутствует коллизия между общей и специальной нормами, поскольку специальной нормы права нет. В этой связи подлежала применению общая норма права — ст. 208 ГК РФ, не предусматривающая сроков исковой давности к требованиям о защите личных неимущественных прав и других материальных благ. При таком правовом и индивидуальном судебном регулировании правоотношений требование Т. И. Романовой о компенсации морального вреда подлежало удовлетворению в размере, установленном судом.

Таким образом, взаимосвязанное правовое и индивидуальное судебное регулирование правоотношений с общенаучных позиций позволяет более эффективно защищать права и правовые интересы граждан, безусловно, в пределах принципов и норм права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве.

При таком общенаучном подходе теоретические и практические вопросы права необходимо исследовать с позиции теории систем, а суд — как элемент системы органов государственной власти. Отсюда теоретические и практические проблемы, в частности, и административного правосудия, возможно рассматривать не сами по себе, а с позиции взаимоограничения и взаимовлияния федеральных органов государственной власти. В результате возможен общенаучный анализ ограничения излишних степеней свободы федеральных органов государственной власти, снижающих эффективность правотворческой и правоприменительной деятельности, в конечном итоге приводящих к нарушению прав и правовых интересов граждан и юридических лиц. Отсюда право обосновано рассматривать как своеобразную «свободу в несвободе» не только

[1] Там же.

физических и юридических лиц, но также и федеральных органов государственной власти. При таком подходе система федеральных органов государственной власти будет находиться в состоянии эффективного подвижного равновесия, гомеостазиса, а федеральные органы государственной власти — взаимосдерживания и взаимоограничения.

Таким образом, представляется теоретически недостаточным, а практически неэффективным сводить проблемы, например, административного права только к собственным отраслевым вопросам материального административного права и административного судопроизводства. Теоретические и практические вопросы административного права необходимо исследовать глубже, не только с позиции общей теории права, но и с учетом общенаучных знаний, в частности, теории систем.

В юридической литературе с позиции юридического позитивизма активно анализируются определения понятий «нормоконтроль» и «судебный контроль»[1]. Отдельные авторы, полагаю, весьма справедливо критикуют такие понятия[2]. На самом деле, во-первых, в принятых национальных правовых актах имеются не только «нормы права», но и «принципы права»; во-вторых, в действительности суд «контролирует» не нормы права — результат работы прежде всего правотворческих органов, а органы правотворческой и исполнительной государственной власти, принимающие правовые акты. Отсюда то, что в специальной литературе обычно определяется как «нормоконтроль» или «судебный контроль», на мой взгляд, с позиции теории систем было бы более обоснованно рассматривать как объективно необходимый и непрерывный процесс коррекции, взаимного влияния и сдерживания правотворческих и исполнительных органов государственной власти посредством прямых и обратных связей с целью подвижного равновесия, гомеостазиса системы органов государственной власти, эффективной защиты прав и правовых интересов физических и юридических лиц[3].

---

[1] См., например: *Никитин С.В.* Судебный контроль за нормативными правовыми актами в гражданском и арбитражном процессе. М.: РАП, 2010. С. 1–23.

[2] См., например: *Едидин Б.А.* Суд в системе органов государственной власти России: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 8.

[3] См. подробнее: *Ершов В.В.* Судебная власть в правовом государстве: Дисс. ... д-ра юрид. наук. М., 1992. С. 175–298.

Как представляется, природа и суть споров, связанных с «нормоконтролем», в Конституционном Суде Российской Федерации, конституционных (уставных) судах субъектов России, судах общей юрисдикции и арбитражных судах являются тождественными: сдерживание соответствующих правотворческих и исполнительных органов государственной власти посредством влияния на результаты их деятельности — выработанные нормы внутригосударственного права. Отсюда дискуссионными представляются предложения некоторых специалистов об отнесении к категории административных дел споры о карьере государственных гражданских служащих. Суд рассматривает только споры граждан и юридических лиц о защите прав и защищаемых правовых интересов. «Просто» интерес (не гарантированный федеральным законом) суд не может и не должен защищать (ч. 1 ст. 46 Конституции РФ). Весьма показательно, что судебная практика по ст. 64 Трудового кодекса РФ «Гарантии при заключении трудового договора», как правило, сводится к позиции, изложенной выше. Разграничение компетенции федеральных судов по «нормоконтролю» — прерогатива правотворческих органов. Компетенция Конституционного Суда Российской Федерации установлена ст. 125 Конституции России и Федеральным конституционным законом от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации»[1] (с последующими изменениями и дополнениями); судов общей юрисдикции — в частности, а также Федеральным конституционным законом от 5 февраля 2014 г. № 3-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации» (с последующими изменениями и дополнениями)[2].

Единая природа и сущность административных споров, рассматриваемых в различных судах, как представляется, отдельным авторам позволяет обоснованно утверждать об общих принципах организации судебного «нормоконтроля» всеми судами Российской Федерации. Так, Г. А. Гаджиев отмечал: «К числу первых из них может быть отнесено требование Конституции о возможности установления полномочий судов в области судебного контроля за нормативными актами только в форме федерального конституционного закона...,

[1] Ведомости съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1992. № 30. Ст. 1793.

[2] Российская газета. 2017. 07 февраля. № 27.

принцип коллегиальности при рассмотрении дел», не совпадения системы административных судов с системой органов публичной власти[1].

Конституционный Суд Российской Федерации является специализированным судом, компетенция которого по «нормоконтролю» исчерпывающе установлена Конституцией России, вышеуказанным Федеральным конституционным законом. Суды общей юрисдикции и арбитражные суды в силу ст. 46 Конституции РФ, как представляется, вправе рассматривать все остальные споры, связанные с «нормоконтролем», не отнесенные федеральными законами к компетенции Конституционного Суда Российской Федерации. Такой вывод возможно подтвердить следующими правовыми аргументами. Во-первых, ч. 2 ст. 46 Конституции РФ гарантирует судебную защиту без исключения всех решений и действий (или бездействий) органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и должностных лиц. Во-вторых, названные выше законы устанавливают строго ограниченную компетенцию Конституционного Суда Российской Федерации. В-третьих, согласно ст. 19–21 Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» полномочия Верховного Суда Российской Федерации, Верховных судов республик, краевых (областных) судов, судов городов федерального значения, судов автономной области, автономных округов, а также районных судов должны быть установлены Федеральным конституционным законом. 5 февраля 2014 г. был принят Федеральный конституционный закон № 3-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации» (с последующими изменениями и дополнениями), в соответствии с ч. 4 ст. 2 которого «Верховный Суд Российской Федерации рассматривает в качестве суда первой инстанции административные дела...об оспаривании нормативных правовых актов Президента Российской Федерации, Правительства Российской Федерации, федеральных органов исполнительной власти, Генеральной прокуратуры Российской Федерации, Следственного комитета Российской Федерации, Судебного департамента при Верховном

[1] *Гаджиев Г.А.* Конституционно-правовые ориентиры при создании системы административных судов в Российской Федерации // Сравнительное конституционное обозрение. 2005. № 3. С. 165, 166.

Суде Российской Федерации, Центрального банка Российской Федерации, Центральной избирательной комиссии Российской Федерации...»[1].

При таком правовом регулировании, думаю, в случае установления пробелов в российских федеральных законах последние могут быть преодолены судами общей юрисдикции и арбитражными судами в конкретных спорах (ad hoc) посредством прямого применения (ч. 1 ст. 15 Конституции РФ). Полагаю, данный вывод позволяет сделать и ст. 126 Конституции России, согласно которой «Верховный Суд Российской Федерации является высшим судебным органом по...административным...делам, подсудным судам...». При таком подходе все спорные национальные правовые акты и действия (бездействия) должностных лиц могут быть обжалованы, соответственно, в суд общей юрисдикции или арбитражный суд. Аналогичная концепция нашла свое закрепление, например, в Венесуэле[2].

Традиционно в специальной литературе весьма условно выделяют два вида «нормоконтроля»: «конкретный» и «абстрактный»[3]. С позиции общей теории права было бы более аргументированно рассматривать «конкретный нормоконтроль» как один из способов защиты прав и правовых интересов физических и юридических лиц — неприменение судом в конкретном споре (ad hoc) принципов и норм права, не соответствующих принципам и нормам права, имеющим более высокую юридическую силу. Следовательно, «конкретный нормоконтроль» точнее возможно относить, как преодоление судами иерархических коллизий. «Абстрактный нормоконтроль», думаю, более обоснованно относить к другому способу защиты прав и правовых интересов физических и юридических лиц — признанию принципов и норм права не соответствующими принципам и нормам права, имеющим более высокую юридическую силу.

Как представляется, в результате приведенного в данном параграфе анализа суда с позиций общей теории систем и разделения

---

[1] Российская газета. 2014. 7 февраля. № 27.

[2] *Штатина М.А.* Реформирование административной юстиции в условиях проведения административной реформы: опыт Венесуэлы // Сравнительное конституционное обозрение. 2005. № 3. С. 169.

[3] См.: *Гаджиев Г.А.* Указ. соч. С. 166.

властей в рамках системы органов государственной власти возможно сделать следующие итоговые выводы.

Первый: исследование суда с общенаучных позиций, в том числе теории систем, позволяет не ограничиваться «внутренними» проблемами собственно суда; в результате такого подхода суд получает своё «оправдание» как «момент целого» (Г. Гегель) — системы органов государственной власти.

Второй: рассмотрение суда в системе органов государственной власти позволяет находить общенаучные ответы на многочисленные современные теоретические и практические вопросы.

ГЛАВА 2

Универсальные проблемы права

2.1. Правопонимание, правотворчество и правореализация

Традиционно в специальной юридической литературе теоретические и практические проблемы правопонимания, правотворчества и правореализации исследуются, как самостоятельные правовые явления. Вместе с тем, как представляется, названные правовые категории самым непосредственным образом объективно взаимосвязаны между собой. Прежде всего, с одной стороны, реальные процессы правотворчества и правореализации зависят от преобладающего типа правопонимания на данном историческом этапе развития каждого государства. С другой стороны, объективные теоретические и практические проблемы, с неизбежностью возникающие в правотворческой и правореализационной деятельности, не могут не влиять на дальнейшее развитие, а в последующем и на изменение типа правопонимания в каждом государстве. В этой связи рассмотрим лишь некоторые универсальные теоретические и практические проблемы права, объективно существующие в мире, в том числе и в России.

Обычно специалисты в области общей теории права выделяют три основных типа правопонимания. Так, В. В. Лапаева полагала: «При всем обилии обсуждаемых в настоящее время подходов к пониманию права серьезные претензии на статус общедоктринального направления заявляют лишь три основных типа правопонимания: легистский, естественно-правовой и либертарный»[1]. М. В. Немытина также выделяла три, но других типа правопонимания: «естественно-правовой, позитивистский и социологический»[2]. «С позиции типологии, — М. В. Немытина сделала дальнейший более развернутый, но вместе с тем недостаточно определенный вывод, — **право можно изучать в трех измерениях: первое — человек, его права, представления о справедливости, его чувство свободы; второе — согласование общих интересов**

[1] *Лапаева В. В.* Типы правопонимания в российской теории права // Российское правосудие. 2008. № 5. С. 22.

[2] *Немытина М. В.* Проблемы современного правопонимания. Современные исследования в правоведении. Саратов, 2007. С. 103.

посредством разного рода регулятивных систем, действующих внутри общества; третье — волеизъявление государства, получившее нормативное выражение»[1] (выделено мною. — *В.Е.*).

Весьма показательно, что в настоящее время проблемы правопонимания исследуются не только специалистами в области общей теории права, но и научными работниками — представителями отдельных отраслей права. Например, Е.А. Ершова, анализируя спорные теоретические и практические вопросы трудового права в Российской Федерации, пришла к следующему выводу: «Все существующие типы правопонимания можно классифицировать на две группы. В первую группу предлагаю включать типы правопонимания, суть которых состоит в разграничении права и закона, во вторую — отождествляющие право и закон. К первой группе типов правопонимания считаю необходимым, прежде всего, относить естественно-правовую, психологическую и юридико-либертарную концепцию права. В свою очередь, полагаю, названные типы правопонимания возможно подразделять на дуалистические и монистические. В числе дуалистических типов правопонимания представляется обоснованным рассматривать, например, естественно-правовую и психологическую концепции права, соответственно, разграничивающие естественное и позитивное, интуитивное и позитивное право. К монистическому типу правопонимания следует относить, в частности, юридико-либертарную концепцию права, в соответствии с которой в единой (монистической) системе права могут находиться в том числе правовые законы и иные формы права, соответствующие основополагающим правовым принципам. Во второй группе типов правопонимания, отождествляющих право и закон, со всей очевидностью прежде всего необходимо выделять юридический позитивизм»[2].

На мой взгляд, по-крупному в мире в том числе и в России, в современный период сложились два основных типа правопонимания — позитивистское и интегративное. В свою очередь, интегративное правопонимание дифференцируется на два вида — научно дискуссионное, синтезирующее право и неправо, а также научно обоснованное, характеризующееся ограничением права принципами и нормами только права, содержащимися в разных формах права.

[1] Там же. С. 105.

[2] *Ершова Е.А.* Источники и формы трудового права в Российской Федерации: Дисс. ... д-ра юрид. наук. М., 2008. С. 28.

При таком теоретическом подходе хотелось бы уточнить точку зрения М. В. Немытиной: объективно существующее право возможно изучать в двух измерениях. Первое: «в волеизъявлении государства, получившем нормативное выражение». Второе: «в согласовании общих интересов посредством реализации правовых и индивидуальных регуляторов правоотношений».

Юридический позитивизм — наиболее распространенный тип правопонимания, дискуссионно ограничивающий «все» право только нормами права, установленными правотворческими и (или) исполнительными органами государства, а также в отдельных государствах «судебными прецедентами». Понятие «позитивизм» производно от латинского «jus positum», «право, установленное победителем», как его неофициально называют некоторые авторы. Следовательно, по существу «все» право спорно «измеряется» только «волеизъявлением государства», выражающимся в выработанных им нормах права.

В советских и российских «нормативных правовых актах» термин «законодательство» в специальной литературе традиционно рассматривался в узком и широком смыслах слова. В узком смысле слова термин «законодательство» отождествлялся с законодательными актами, принимаемыми представительным органом государства или непосредственным волеизъявлением населения в форме референдума[1]. В «широком» — в термин «законодательство» включали всю совокупность правовых актов, принимаемых правотворческими органами всех уровней, начиная с законов и заканчивая ведомственными правовыми актами[2]. Показательно, что данные подходы сохранились в специальной литературе по общей теории права и в XXI в.[3]

Дискуссионные выводы специалистов в области общей теории права не могли не найти своего отражения и в российских кодексах. Например, с одной стороны, ст. 3 Гражданского кодекса РФ основана на термине «законодательство» в узком смысле слова, относит к «законодательству» только сам Гражданский кодекс и «принятые

---

[1] См., например: *Пиголкин А. С., Студеникина М. С.* Законодательство: понятие, основные черты, динамика развития / В кн.: Российское законодательство: проблемы и перспективы. М., 1995. С. 1–3.

[2] *Бобылев А. И.* Современное толкование права и системы законодательства // Государство и право. 1998. № 2. С. 24.

[3] См., например: *Глебов В. А.* Современное российское законодательство: состояние и тенденции развития в условиях социальных преобразований: Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 5.

в соответствии с ним «иные федеральные законы» (п. 2 ст. 3 Гражданского кодекса РФ). С другой стороны, например, ст. 5 Жилищного кодекса РФ называется «Жилищное законодательство», исходит из концепции «законодательства» в «широком» смысле слова, относит к «законодательству» в том числе правовые акты органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления.

Учитывая то, что на практике применение термина «законодательство» в широком смысле слова обычно приводит к нарушению прав и правовых интересов физических и юридических лиц, предлагаю, во-первых, не применять в российских кодексах и иных федеральных законах термин «законодательство». Во-вторых, в «нормативных правовых актах» применять родовой термин «национальные правовые акты», содержащие не только «нормы» права, но и «принципы» права. В-третьих, установить виды национальных правовых актов: Конституция Российской Федерации, федеральные конституционные законы, кодексы, иные федеральные законы, подзаконные федеральные правовые акты, правовые акты субъектов России; правовые акты управомоченных органов местного самоуправления, управомоченных юридических или физических лиц.

А.Я. Вышинский с позиции юридического позитивизма выработал определение права, длительное время считавшееся классическим: «Право — совокупность правил поведения, установленных государственной властью как властью господствующего в обществе класса, а также обычаев и правил общежития, санкционированных государственной властью и осуществляемых в принудительном порядке при помощи государственного аппарата в целях охраны, закрепления и развития общественных отношений и порядков, выгодных и угодных господствующему классу»[1].

Юридический позитивизм нередко приводит к грубым нарушениям прав и правовых интересов физических и юридических лиц. Думаю, ярчайшим подтверждением данного вывода является дело *«Шофман против Российской Федерации»*, по которому заявитель, в частности, жаловался на нарушение ст. 8 Европейской конвенции, вследствие того, что производство по его иску об оспаривании отцовства было прекращено в связи с истечением сроков

[1] *Вышинский А.Я.* Вопросы теории государства и права. М., 1949. С. 4.

в соответствии с действовавшим в рассматриваемое время национальным «законодательством»[1].

> 10 августа 1989 г. Шофман вступил в брак с гражданкой Г. в г. Новосибирске. 12 мая 1995 г. родила сына, отцом которого был зарегистрирован заявитель как муж Г. Заявитель предполагал, что он являлся отцом мальчика и общался с ним как со своим родным сыном. В сентябре 1997 г. родственники заявителя сообщили ему, что он не являлся отцом ребенка Г. 16 декабря 1997 г. заявитель подал заявление о разводе и иск об оспаривании отцовства. 12 апреля 1999 г. брак был расторгнут.
>
> 16 ноября 2000 г. Железнодорожный районный суд г. Новосибирска рассмотрел иск об оспаривании отцовства заявителя. В процессе рассмотрения дела суд установил, что согласно анализам ДНК, сделанным 28 июня 1999 г. и 5 июня 2000 г., заявитель не мог быть отцом ребенка. Суд признал доказанным, что заявитель не являлся отцом ребенка, поскольку объективных сомнений в достоверности результатов экспертизы не имелось. Вместе с тем суд пришел к выводу о том, что дело должно было быть рассмотрено в соответствии с Кодексом Российской Советской Федеративной Социалистической Республики о браке и семье от 30 июля 1969 г., поскольку ребенок родился до 1 марта 1996 г. (даты, когда вступил в силу новый Семейный кодекс Российской Федерации). Кодекс Российской Советской Федеративной Социалистической Республики о браке и семье устанавливал срок один год для оспаривания отцовства, который исчислялся, по мнению суда, с того момента, когда лицо было уведомлено о регистрации отцовства. Шофман обратился в суд с заявлением об оспаривании отцовства лишь в декабре 1997 г., когда срок давности уже истёк. В этой связи Шофман в заявленном требовании было отказано. Тот факт, что Семейный кодекс Российской Федерации не содержит сроков для оспаривания отцовства судом не был принят во внимание, поскольку правоотношения между сторонами возникли до 1 марта 1996 г. Последующие судебные инстанции оставили судебный акт без изменения. 12 сентября 2002 г. мировой судья удовлетворил заявление Г. о присуждении ей алиментов и санкционировал наложение ареста на долю заявителя в их квартире.

Вместе с тем, Европейский Суд по правам человека в своем Постановлении от 24 ноября 2005 г. по делу *«Шофман против Российской Федерации»* подчеркнул: «не допускается вмешательство со стороны публичных властей в осуществление...права, **за исключением случаев, когда такое вмешательство предусмотрено законом и необходимо в демократическом обществе в интересах национальной безопасности и общественного порядка,**

[1] Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2005. № 1. С. 84–88 (Российское издание).

экономического благосостояния страны, в целях предотвращения беспорядков или преступлений, для охраны здоровья или нравственности или прав и свобод других лиц[1] (выделено мною. — *В.Е.*). В иных случаях даже федеральным законом права граждан не могут быть ограничены. По существу, такой же вывод суд имел возможность сделать и на основе Конституции Российской Федерации, согласно ч. 3 ст. 55 которой «Права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства». Отсюда следует констатировать: сведение «всего» права только к Кодексу Российской Советской Федеративной Социалистической Республики о браке и семье в данном деле привело и может привести в других аналогичных спорах к ограничению прав и правовых интересов как физических, так и юридических лиц.

Как представляется, юридический позитивизм оставляет без необходимых ответов важнейшие теоретические вопросы. Среди них: как защищать физических и юридических лиц от возможного произвола национальных правотворческих, исполнительных и судебных органов государственной власти? Существуют ли иные формы и уровни национального и международного права, кроме «законодательства», если да, то какие и как они соотносятся между собой? Возможно ли в современный период эффективно регулировать правоотношения посредством реализации только норм права, содержащихся лишь в «законодательстве», учитывая многообразие развивающихся конкретных правоотношений, возникшее в период глобализации. В связи с тем, что данные вопросы, на мой взгляд, являются риторическими, считаю необходимым в современных научных исследованиях права не ограничиваться анализом только «законодательства» (точнее — национальных правовых актов)[2], являющегося только одним из видов внутригосударственного права.

---

[1] Там же.

[2] Так, В.М. Шафиров и А.А. Петров в 2014 г. опубликовали теоретически интересную и практически полезную работу «Предметная иерархи нормативных правовых актов». Однако с учетом того, что в России реализуются не только нормативные правовые акты, в данной монографии хотелось бы увидеть предметную иерархию принципов и норм права, содержащихся в формах международного и национального права, реализующихся в России (см.: *Петров А.А., Шафиров В.М.* Предметная иерархия нормативных правовых актов. М., 2014).

В связи с множеством теоретических и практических проблем, связанных с юридическим позитивизмом, многочисленные специалисты пытаются выработать интегративное правопонимание, в соответствии с которым право в самом общем понимании рассматривается как «системная ценность»[1]. Взгляды многих представителей сводятся к тому, чтобы, как писала М. В. Немытина, «...не противопоставлять типы понимания права, а искать точки их соприкосновения...Интегральное (или интегративное) правопонимание позволяет сформулировать целостное представление о праве, рассматривая **право во множестве проявлений и одновременно в его единстве»[2]. «Концепция правового государства** — подчеркивала А. С. Коновалова, — **должна базироваться и на плюрализме легитимных источников права...»**[3] (выделено мною. — *В. Е.*).

Вместе с тем, более глубокий анализ реальных современных проблем правопонимания и специальной литературы, на мой взгляд, позволяет выделять два вида интегративного правопонимания: научно дискуссионный и научно обоснованный. В свою очередь, научно дискуссионный вид интегративного правопонимания имеет множество разновидностей. В целом научно дискуссионный вид интегративного правопонимания, полагаю, основывается на парадигме синкретизма (от греч. synkretismos — соединение). В XVI в. синкретистами называли философов, пытающихся занимать промежуточное положение между учениями Платона и Аристотеля. В XXI в. синкретизм понимают как сочетание разнородных явлений, взглядов, при котором игнорируется необходимость их внутреннего единства и непротиворечия друг другу[4].

В праве синкретизм приводит к синтезированию в единой системе онтологически разнородных социальных элементов, правовых, религиозных, моральных и т. д. Например, «судебных прецедентов», «мягкого» права, «стандартов», «квазиправа». В результате при таком, теоретически дискуссионном подходе «измерением права» становится в том числе отдельный человек- индивидуальные права, субъективные представления о справедливости, свободе.

---

[1] *Поляков А. В., Тимошина Е. В.* Общая теория права: Курс лекций. СПб., 2005. С. 55.

[2] *Немытина М. В.* Указ. соч. С. 115, 116.

[3] *Коновалова А. С.* Обычное право в российской правовой жизни: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 12.

[4] См., например: Философский энциклопедический словарь. М., 2000. С. 414.

В то же время, лишь согласование общих интересов субъектов правоотношений посредством их правового и индивидуального регулирования позволяет вырабатывать научно обоснованную концепцию интегративного правопонимания. Эта концепция, как представляется, характеризуется ограничением права прежде всего принципами и нормами только права, содержащимися в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемыми в государстве, т. е. интеграцией лишь права и права в различных его формах внешнего выражения. С позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, являющейся одним из видов синтетических теорий, право теоретически убедительно «измеряется» не отдельными, зачастую противоречивыми правовыми и иным социальными интересами субъектов разнообразных общественных отношений, а взаимосвязанными и взаимозависимыми правами, обязанностями и правовыми интересами субъектов правоотношений. Сущность таких правоотношений выражается в согласовании общих правовых интересов в результате эффективного взаимодействия правовых и индивидуальных регуляторов правоотношений.

Научно обоснованная концепция интегративного правопонимания в современный период представляется наиболее перспективной как в научном, так и в практическом плане, поскольку «снимает» взаимоисключающие крайности традиционных, веками доминировавших типов правопонимания — естественно-правового, социологического и позитивистского.

Председатель Конституционного Суда Российской Федерации В. Д. Зорькин 16 мая 2019 г. выступил на IX Петербургском международном юридическом форуме с лекцией: «Право метамодерна: постановка проблемы», на которой он убедительно сказал: «Мне показалось целесообразным порассуждать об актуальных правовых проблемах в контексте парадигмы метамодерна, которая, по-видимому, верно уловила какие-то новые тенденции в философском осмыслении социальных явлений... Понятие метамодерна появилось недавно. Оно запущено в научный оборот в 2010 г. двумя молодыми нидерландскими философами (Тимотеус Вермюлен, Робин ван ден Аккер. Заметки о метамодернизме. 2010) ... Речь идет пока что не о теории метамодерна, а скорее, о концепте, то есть об идее, содержащей некий замысел нового взгляда на мир. **Суть этого нового**

взгляда...в стремлении подняться над крайностями модернизма и постмодернизма и увидеть мир в единстве его многообразия...в метамодернистском подходе привлекает идея синтеза различных типов правопонимания...как особых парадигм мышления» (выделено мною. — *В.Е.*)[1].

На мой взгляд, сущность метамодерна состоит в осознанном стремлении избегать упрощенного понимания каких-либо социальных явлений, исследовать их в многообразии и единстве, в том числе правовых явлений в единой, развивающейся и многоуровневой системе права. При таком философском подходе на современном этапе право в контексте парадигмы метамодерна объективно характеризуется преодолением искусственных крайностей и линейных подходов модернизма и постмодернизма, объективным синтезом различных типов правопонимания, целостной системой национального и (или) международного права в единстве многообразия однородных правовых элементов, ее составляющих.

В контексте парадигмы метамодерна и с позиции научной обоснованной концепции интегративного правопонимания право объективируется в однородных правовых элементах — прежде всего принципах и нормах, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве[2].

Научно обоснованная концепция интегративного правопонимания, как и всё новое, неизбежно вызывает активную дискуссию и ожесточенное сопротивление. Например, А.Ф. Черданцев в статье «Интегративное недопонимание **права**»[3] (выделено мною. — *В.Е.*) задал вопрос: «...чего же недостает с точки зрения интегративистов в...характеристике права?»[4]. Поражает и общий вывод автора: «...правовая наука...не нуждается в интегративном подходе к праву...»[5]. В то же время, весьма характерно, что сам автор, как и многие другие убежденные сторонники юридического позитивизма, не давал каких-либо необходимых ответов на актуальные современные вопросы, возникшие в теории права и на практике. Однако, как представляется,

[1] URL: http://www.ksrf.ru/ru/News/Speech/Pages/ViewItem. aspx?Paramld=86.

[2] См. подробнее: *Ершов В.В.* Право в контексте парадигмы метамодерна // Правосудие. 2019. Т. 1. № 2. С. 15–33.

[3] *Черданцев А.Ф.* Интегративное недопонимание права // Журнал российского права. 2016. № 10. С. 14.

[4] Там же. С. 5.

[5] Там же. С. 14.

А. Ф. Черданцев справедливо спрашивал: «...что же можно и что следует интегрировать?»[1].

Ответ на вопрос, поставленный им, в частности, возможно найти в яркой статье В. В. Лазарева «Интегративное восприятие права»[2], опубликованной в пилотном номере англоязычного журнала Казанского Федерального Университета «Kazan University Law Review». 15 декабря 2016 г. В данной статье В. В. Лазарев, анализируя позицию Г. Д. Гурвича, с одной стороны, убедительно писал: «...его диалектика снимает противопоставление одного метода другому в рамках **методологического плюрализма, обеспечивая построение единой синтетической линии в понимании права»**[3] (выделено мною. — *В. Е.*). С другой стороны, В. В. Лазарев весьма неопределенно продолжал: «...философское представление о праве сориентировано на изучении самой жизни в ее многообразных социальных фактах, включая, в том числе, и мнение, и идеалы, и законы — весь опыт во всем его многообразии, включая как чувственное, так и интуитивное восприятие. Наука не может игнорировать ни одну из многолетних сторон опыта»[4]. Далее В. В. Лазарев, уточняя свою позицию, приводил собственное, на мой взгляд, дискуссионное определение права: **«Право — это совокупность признаваемых в данном обществе и обеспечиваемых официальной защитой нормативов равенства и справедливости** (выделено мною. — *В. Е.*), регулирующих борьбу и согласование свободных воль в их взаимоотношении друг с другом»[5]. В дальнейшем, развивая свою позицию, автор продолжал: **«Нормативы могут устанавливаться не только в нормативных актах, но и в индивидуальных решениях. По своему содержанию они отражают формальные требования равенства и справедливости»**[6] (выделено мною. — *В. Е.*).

Ещё более неопределенный ответ на вопрос А. Ф. Черданцева «что же можно...интегрировать?» с позиции научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания, являющейся разновидностью синтетической теории, выработан многими дореволюционными научными работниками. Так, Б. А. Кистяковский выделял

[1] Там же. С. 14.

[2] *Лазарев В. В* Интегративное восприятие права // Kazan university law review. 2016. С. 19 (Пилотный номер).

[3] Там же. С. 4.

[4] Там же. С. 6.

[5] Там же. С. 11.

[6] Там же. С. 23.

несколько понятий права — государственно-организованное (или государственно-повелительное), социологическое, психологическое, нормативное[1]. А. С. Ященко также с позиции научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания определял право бесконечно неопределенно и контрпродуктивно: «Право есть совокупность действующих в обществе, вследствие коллективно-психического переживания членами общества и принудительного осуществления органами власти, норм поведения, устанавливающих равновесие между интересами личной свободы и общественного блага. Право основу свою имеет как в природе человека и общества, неразрывно соединенных в одну общую жизнь, так и в высшем нравственном принципе, по которому **высшая нравственная задача, создание совершенного общежития, Царства Божия, должна достигаться через последовательную историческую работу**»[2] (выделено мною. — *В. Е.*).

Изложенные точки зрения и выводы научных работников, на мой взгляд, позволяют дать ответ на вопрос, поставленный А. Ф. Черданцевым, «что же можно...интегрировать?». Думаю, возможны два варианта ответа на этот вопрос. Первый — интегрировать можно правовые и иные самые разнообразные социальные регуляторы как правоотношений, так и общественных отношений в целом, по существу без каких-либо ограничений. Второй — интегрировать можно только онтологически однородные правовые регуляторы и лишь правоотношений — прежде всего принципы и нормы права, содержащиеся в национальных и (или) международных формах права. При таком теоретическом подходе, как представляется, В. В. Лазарева возможно отнести к сторонникам научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания, характеризующейся объединением права и иных социальных регуляторов общественных отношений, норм права и других «нормативов равенства и справедливости», содержащихся в том числе «не только в нормативных актах, но и в индивидуальных решениях».

По мнению некоторых современных исследователей права, интегративный подход к праву — лишь неудачная попытка эклектического (синкретического) соединения противоречащих позиций, которая

[1] *Кистяковский Б. А.* Социальные науки и право: очерки по методологии социальных наук и общей теории права. М., 1916. С. 321–324.

[2] *Ященко А. С.* Теория федерализма: опыт синтетической теории права и государства. Юрьев, 1912. С. 129.

ничего не даёт ни науке, ни практике, а способна лишь затуманить, но не прояснить существо проблемы[1]. Рене Генон, по существу продолжая сказанное О. В. Родионовой, сделал неудачную попытку философски её обосновать: вывод О. В. Родионовой, в любом случае синкретизм (эклектика), несомненно, представляет ненаучную концепцию по причине своего исключительно «внешнего» характера; он не только не имеет ничего общего с синтезом, но даже является ему полной противоположностью: «В то же время как **синтез**, — писал Рене Генон, — **всегда основывается на некоторых принципах**, — иными словами на том, что представляет собой **внутреннее единство существования** и что символизируется **центром окружности**, — то **синкретизм всегда имеет дело с периферией, с областью, образуемой разрозненными единичными элементами, которые являются замкнутыми в себе «атомами», оторванными от подлинного источника своего существования»**[2] (выделено мною. — *В.Е.*).

На мой взгляд, во-первых, в соответствии с научно обоснованной концепцией интегративного правопонимания право объективируется в онтологически однородных принципах и нормах права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве. Во-вторых, фундаментальными формами национального и международного права являются основополагающие (общие) принципы как национального, так и международного права, образующие «центр окружности», системы права, позволяющие системе объективного (действительного) права реально существовать во внутреннем и внешнем единстве. В-третьих, при таком теоретическом подходе научно обоснованная концепция интегративного правопонимания объединяет как «центр окружности» системы права, так и «периферию окружности» системы права. В-четвертых, формы национального и (или) международного права становятся не «разрозненными» «единичными» элементами, «замкнутыми в себе «атомами», а взаимосвязанными элементами единой, развивающейся и многоуровневой системы форм национального и (или) международного права. В-пятых, необходимо дифференцировать правовые и индивидуальные регуляторы правоотношений,

[1] См.: *Родионова О.В.* К вопросу о проблемах правопонимания в контексте формирования правового государства в современной России // История государства и права. 2003. № 6. С. 12, 13.

[2] *Генон Рене.* Очерки о традиции и метафизике / Пер. с фр. СПб., 2010. С. 42, 43.

правовое и индивидуальное регулирование правоотношений, в том числе, индивидуальное судебное регулирование правоотношений[1].

Исходя далее из изложенных точек зрения, применяя терминологию Ю. М. Лотмана, в современной политической, экономической и правовой ситуации данный переломный этап возможно назвать **«моментом непредсказуемости»**[2] (выделено мною. — *В. Е.*). «Момент непредсказуемости» в праве выражается в том, что прежние «аксиомы» правопонимания, доминировавшие в мире, в частности, в XIX–XX вв., в XXI в. представляются теоретически дискуссионными, а практически (и это — главное) непродуктивными. В связи с этим возникла необходимость теоретического переосмысления многих «безусловных», «устоявшихся»[3] и «неоспоримых» «истин» в праве, выработки в настоящее время новых парадигм правопонимания, правотворчества и правореализации, в частности, судебного правоприменения. Фундаментальным критерием действительной научности знания, начиная с XVII–XVIII вв. и до настоящего времени является исследование каких-либо явлений в системе взаимосвязанных элементов, их составляющих.

Однако многие научные и практические работники, как правило, с позиций механистического мировоззрения и структурно-функционального анализа, ограничивают свои исследования традиционными собственно юридическими проблемами. Так, М. В. Антонов, как представляется, излишне категорично и спорно с позиции общенаучных выводов теории систем полагал: «Использование данного понятия легко может привести к сомнительным заключениям, основанным на подмене различных значений термина «система» в ходе рассуждений. Критический взгляд на это понятие позволяет увидеть его связь с небесспорными объективистскими установками в социальной философии и объяснить его убеждающую силу через раскрытие таких трюизмов, на которых покоятся аргументы о системности права». **Использование в правоведении терминов, производных от понятия «система», чревато недопустимым упрощением понимания**

[1] Подробно: *Ершов В. В.* Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений как парные категории // Российское правосудие. 2013. № 4. С. 4–23; *Ершов В. В.* Индивидуальное правовое регулирование? Саморегулирование? // Российское правосудие. 2013. № 10. С. 5–14.

[2] *Лотман Ю. М.* Культура и взрыв. СПб., 2010. С. 108.

[3] *Черданцев А. Ф.* Указ. соч. С. 5.

нормативного характера права, в ракурсе которого эмерджентность, целостность, структурированность, функциональность, полнота и прочие приписываемые праву системные свойства представляются не объективной данностью, а возможным результатом (скорее, целью, «рациональным идеалом») упорядывающей (систематизирующей) творческой деятельности юристов» (выделено мною. — *В. Е.*)[1].

В то же время Л. Берталанфи, как считает подавляющее большинство научных работников, основатель теории систем — пришел к иному важнейшему общенаучному выводу: «Понятие системы в настоящее время не ограничивается теоретической сферой, а становится центральным в определенных областях прикладной науки»[2]. Целостность научного исследования с позиций структурно-функционального анализа традиционно рассматривалась через понятия структуры и функции. Системный подход к социальным явлениям противопоставляется структурно-функциональному анализу. Как справедливо подчеркивал Э. Г. Юдин, в системном подходе центральным является более широкое понятие — «система», тесно связанное с рядом других понятий, например: «структура», «организация», «связь», «отношение», «элемент» и «управление»[3].

Рассматривая право, реализуемое в России с общенаучных позиций, представляется обоснованным введение в научный оборот понятия «система форм права», состоящая из двух подсистем — национального и международного права, образованных составляющими их элементами — соответствующими формами внутригосударственного и (или) международного права. Система форм национального и (или) международного права характеризуется целостностью, устойчивой структурой, взаимосвязью и взаимозависимостью составляющих ее онтологически однородных элементов.

На мой взгляд, такой вывод теоретически может быть основан лишь на основе научно обоснованной концепции интегративного правопонимания. Так, М. В. Немытина справедливо заметила: в современный период «приверженцы различных научных концепций постепенно приходят к общей идее о необходимости некого

---

[1] *Антонов М. В.* О системности права и «системных» понятиях в правоведении // Правоведение. 2014. № 1. С. 26.

[2] *Берталанфи Л.* Указ. соч.

[3] *Юдин Э. Г.* Системный подход и принцип реальности. Методологические проблемы современной науки. С. 97–184.

интегрального правопонимания, в рамках которого право рассматривается как системная ценность. Их взгляды сходятся в том, что не стоит противопоставлять типы правопонимания, а следует искать точки их соприкосновения... Именно интегральное (или интегративное) правопонимание позволяет сформировать целостное представление о праве, рассматривать право во множестве проявлений и одновременно в его единстве»[1].

С позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, полагаю, дискуссионно, во-первых, сводить «все» право, реализуемое, в частности, в Российской Федерации, только к национальным правовым актам, содержащим лишь нормы права; во-вторых, жестко разграничивать внутригосударственное и международное право, искусственно создавать «самостоятельные», «взаимодействующие» на «паритетной» основе отдельные системы национального и международного права. Представляется теоретически более обоснованно, а практически необходимо исследовать «все» право, реализуемое, например, в Российской Федерации, в рамках единой, развивающейся и многоуровневой системы форм права, состоящих из подсистем национального и (или) международного права. Думаю, в единую систему форм национального и международного права прежде всего объективно включаются основополагающие (общие) принципы национального права, национальные правовые акты, правовые договоры, а также обычаи права; основополагающие (общие) принципы международного права, международные договоры и обычаи международного права.

Э. Г. Юдин выделял три основные характеристики систем: элемент, целостность, связь. В качестве элемента системы Э. Г. Юдин рассматривал далее неделимый ее компонент при данном способе расчленения, минимальный компонент системы или же максимальный предел ее расчленения[2]. Анализируя систему форм национального и международного права, думаю, среди таких элементов прежде всего возможно выделять формы права.

Важнейшую роль системного подхода в процессе исследования сложных объектов отмечал еще Г. Гегель, убедительно подчеркивавший: всякое содержание «**получает оправдание лишь как момент целого,**

[1] *Немытина М. В.* Проблемы современного правопонимания. С. 115, 116.
[2] *Юдин Э. Г.* Указ. соч. С. 182–184.

вне которого оно есть необоснованное предположение или субъективная уверенность» (выделено мною. — *В.Е.*)[1]. Развивая данную мысль, И. В. Блауберг и Э. Г. Юдин справедливо заметили: понятие целостности в научном познании прежде всего ориентирует научного работника в постановке проблем и выработке стратегии исследования[2].

Исходя из данных философских позиций, право не только возможно, но и объективно необходимо прежде всего исследовать в соответствии с интегративной концепцией правопонимания как целостное явление в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права. Только при таком целостном подходе к изучению права возможно выделять, например, основополагающие (общие) и специальные принципы национального, а также международного права, тенденции их дальнейшего развития, взаимодействия, сближения и дифференциации. В то же время, например, структурно-функциональный анализ, структурализм, как правило, отграничивается анализом структуры или функций собственно, например, закона, который вместе с тем «получает оправдание лишь как момент целого; вне которого он есть необоснованное предположение или субъективная уверенность», в отрыве от общих проблем «целого» — единой системы форм национального и (или) международного права.

Подводя предварительные итоги исследования того, что «недостаёт» иным типам правопонимания, возможно выделить следующие преимущества научно обоснованной концепции интегративного правопонимания.

Первое: предоставляет возможность реализовывать нетрадиционную, принципиально иную стратегию научных исследований правовых явлений.

Второе: позволяет изучать качественно иные правовые проблемы, в частности, элементы системы права, ее целостность, прямые и обратные связи, а также новые свойства права, не присущие его отдельным элементам, а главное — вырабатывать конкретные практические ответы на современные теоретические вопросы.

---

[1] *Гегель Г.* Энциклопедия философских наук. С. 100.

[2] См.: *Блауберг И.В.* Проблемы целостности и системный подход. М., 1977; *Юдин Э.Г.* Понятие целостности в структуре научного знания // Вопросы философии. 1970. № 12. С. 81–92.

Перефразируя процитированное ранее высказывание Г. Гегеля, думаю, с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания возможно признать: всякая форма национального и (или) международного права (в том числе национальные правовые акты), получает свое «оправдание» лишь как «момент целого», т. е. в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм права, вне которого она есть «необоснованное предположение или субъективная уверенность». При таком общенаучном подходе убежден: анализ взаимосвязанных и взаимодополняющих процессов как правотворчества, а также реализации права, так и отдельных правовых явлений, в том числе элементов системы права — форм национального и (или) международного права должны происходить в процессах исследования «моментов целого», т. е. не изолировано и самостоятельно, а прежде всего в рамках единой, развивающейся и многоуровневой системы форм национального и (или) международного права.

2.2. Право и неправо с позиции Г. Гегеля

Категорию «неправо» (unrecht) наиболее глубоко изучал Г. Гегель. Как убедительно заметил Г. А. Гаджиев, среди малоисследованных аспектов гегелевской философии права — **«реальность неправа наряду с пространством права»**[1] (выделено мною. — *В. Е.*). Анализируя категорию «неправо», Г. Гегель в самом общем виде и теоретически дискуссионно подчеркивал: **«...отрицание и есть неправо...право...переходит в неправе в видимость — в противопоставление друг другу права в себе и особенной воли, в которой право в себе становится особенным правом»**[2] (выделено мною. — *В. Е.*). Отсюда неизбежно возникает вопрос: «неправо» (unrecht) — «видимость» права или «особенное», но все-таки право (recht)? «Неправо» и «право» — различные категории и поэтому даже в какой-то степени теоретически недостаточно корректно относить их к одному правовому явлению — праву и (или) «особенному праву». Право и неправо — различные регуляторы правоотношений — правовые и индивидуальные, например, судебные акты. Неправо также существует и виде социальных регуляторов

[1] *Гаджиев Г. А.* Онтология права (критическое исследование юридического концепта действительности): Монография. М., 2013. С. 68.

[2] *Гегель Г.* Философия права. Мысль. М., 1990. С. 137.

общественных отношений, не являющихся правоотношениями, в частности, моральные нормы.

«В неправе, — сделал дальнейший, но весьма неопределенный вывод Г. Гегель, — **явление движется к видимости. Видимость есть наличное бытие, несоответственное сущности, пустое отделение и положенность сущности, так что в обеих различие выступает как разность»**[1] (выделено мною. — *В.Е.*). Таким образом, по справедливому замечанию В.А. Бачинина, «...Г.В. Гегель **активно использовал категорию неправа, обозначив его особенную волю, демонстрирующую произвол и отдельность индивида от всеобщей воли и всеобщего права** (выделено мною. — *В.Е.*), под которым понималось естественное право»[2]. При таком философском понимании Г. Гегелем «неправа», думаю, возможно сделать следующий теоретический вывод: «неправо» не соответствует праву, его сущности, это — «видимость» права, демонстрирующая «произвол» и «отдельность» от «всеобщего» права.

Право — объективно необходимый регулятор правоотношений как для неопределенного, так и для определенного числа лиц (например, норма права). Объективная необходимость неправа прежде всего связана с абстрактным и относительно определенным характером права, а также бесчисленным многообразием реальных правоотношений.

Право выражается в принципах и нормах права, обязательных для субъектов правоотношений, регулирующее их взаимозависимость и взаимосвязь, а не «отдельность индивида от всеобщей воли и всеобщего права». Отсюда отождествление права и «неправа» теоретически дискуссионно, а практически контрпродуктивно. «**...видимость есть неистинное** (выделено мною. — *В.Е.*), исчезает, и в этом исчезновении сущность показала себя как сущность, т.е. власть»[3]. Отсюда возможно сделать следующий вывод: по Г. Гегелю, «неправо» есть «неистинное» право. Однако «неправо» является объективно необходимым индивидуальным регулятором правоотношений для определенного числа лиц, которое не может «исчезать», а во взаимосвязи с правовым регулятором более эффективно регулирует правоотношения.

---

[1] Там же. С. 138.

[2] *Бачинин В.А.* Неправо (негативное право) как категория и социальная реалия // Государство и право. 2001. № 5. С. 14.

[3] *Гегель Г.* Указ. соч. С. 138.

Далее Г. Гегель развивает мысль: «Сущность подвергла отрицанию свое отрицание и таким образом вышла укрепленной. Неправо есть такая видимость, посредством ее исчезновения право получает определение прочного и действующего. То, что мы здесь назвали сущностью, есть право в себе, по отношению к которому особенная воля снимает себя как неистинную. Если раньше право имело лишь непосредственное бытие, то теперь, возвратившись из своего отрицания, оно становится действительным, ибо **действительность есть то, что действует** (выделено мною. — *В.Е.*) и сохраняет себя в своем инобытии, тогда как непосредственное еще восприимчиво к отрицанию»[1]. Следовательно, теоретически убедительно замечает В. А. Сокольникова, «...неправо необходимо, как и право, так как позволяет последнему укрепиться в социуме»[2].

В связи с изложенными теоретическими аргументами считаю возможным сделать также и другой вывод: право в процессе «очищения» от неправа выходит укрепленным и более определенным, поскольку уточняются и дифференцируются объективные и не совпадающие признаки права и неправа. Следовательно, в результате разграничения многообразных видов неправа от различных элементов и форм права собственно право становится более определенным, «действительным» и «укрепленным». Право, «возвратившись» из своего «отрицания» неправом, «...становится действительным, ибо действительность есть то, что действует и сохраняет себя в своем инобытии...»[3], т. е. более определенным, эффективным и продуктивным. Как убедительно отмечал Г. Гегель **«Неправо есть...видимость сущности, полагающая себя как самостоятельную»**[4] (выделено мною. — *В.Е.*).

В этой связи возможно сделать предварительный вывод: «неправо» есть лишь «видимость» «права», дискуссионно позиционирующая себя самостоятельной разновидностью действительного права. Однако в отличие от права, «неправо» характеризуется следующими объективными признаками: необязательностью для неопределенного числа лиц; в большей степени неопределенностью; принудительной неисполняемостью.

---

[1] Там же.

[2] *Сокольникова В.А.* Понятие неправа в философии Гегеля // Проблемы в российском законодательстве. 2012. № 6. С. 72.

[3] *Гегель Г.* Указ. соч.

[4] Там же.

Вместе с тем, Г. Гегель, думаю, теоретически дискуссионно выделял следующие виды «неправа»: «непреднамеренное или гражданское неправо, обман и преступление»[1]. Развивая свою точку зрения, Г. Гегель писал: «Если видимость есть только в себе, а не для себя, т. е. если неправо представляется мне правом, то это непреднамеренно. Здесь видимость для права, но не для меня. Второй вид неправа — обман. Здесь неправо есть видимость для права в себе, но проявляется в том, что я представляю другому видимость как право... В первом случае неправо было видимостью, для права; во втором — для меня самого, в ком воплощено неправо, право есть лишь видимость. И наконец, третий вид неправа есть преступление. Оно есть неправо в себе и для меня: здесь я хочу неправа и не прибегаю даже к видимости права... Различие между преступлением и обманом состоит в том, что в обмане в форме его совершения еще заключено признание права, чего уже нет в преступлении»[2].

Однако все три вида «неправа», по Г. В. Гегелю, — «непреднамеренное или гражданское неправо», «обман» и «преступление» с позиции общей теории права недостаточно относить лишь к «видимости» права, не рассматривая собственную природу «неправа» для определенного числа лиц. «Неправо», продолжает далее Г. Гегель, на мой взгляд, не только неопределённо, но и теоретически дискуссионно, выражается в «особенной воле», «демонстрирующей» «произвол» и «отдельность» индивида от других индивидов. Полагаю, в этой связи В. А. Бачинин справедливо заметил: **«Гегель достаточно свободно пользовался категорией неправа, демонстрируя ее значительную семантическую «вместительность»** (выделено мною. — *В. Е.*) ... Право и неправо, являясь в филологическом отношении антонимами, стоят, однако, рядом, подобно тому, как в одних и тех же смысловых рядах пребывают понятие света и тьмы, добра и зла, истины и лжи и т. д.»[3]. Право и «неправо» не столько «стоят рядом», сколько объективно необходимо рассматривать как парные категории, которые могут эффективно регулировать правоотношения только во взаимосвязи и взаимодействии.

Классификация регуляторов общественных отношений в целом и правоотношений, в том числе, — один из основных и наиболее

[1] Там же.
[2] *Гегель Г.* Указ. соч. С. 138, 139.
[3] *Бачинин В. А.* Указ. соч. С. 14.

оптимальных методов их познания. Принимая во внимание предмет исследования данной монографии, полагаю, прежде всего, следует дифференцировать регуляторы правоотношений с позиции обязательности для неопределенного числа лиц или необязательности и числа субъектов регулирования. По первому классификационному критерию возможно выделять обязательные регуляторы правоотношений для неопределенного числа лиц — правовые регуляторы и необязательные регуляторы правоотношений — индивидуальные регуляторы. По второму классификационному критерию традиционно разграничивают регуляторы для неопределенного числа лиц, к которым можно отнести правовые регуляторы и регуляторы для определенного числа лиц, в том числе индивидуальные регуляторы, например, судебные акты.

При таком теоретическом подходе отнесение Г. Гегелем к «неправу» «особенной воли», «демонстрирующей» произвол и «отдельность индивида», характеризует не только в самом общем виде «значительную семантическую вместительность», но и теоретически дискуссионно, а практически не продуктивно. Регуляторы правоотношений, в том числе правовые и индивидуальные регуляторы, «демонстрируют» не «произвол» и «отдельность индивида» от других индивидов, а характеризуют взаимоотношения, взаимосвязанность неопределенного либо определенного числа лиц.

В то же время, не только «значительной семантической», но и общенаучной «вместительностью» характеризуются предложения многих авторов об отнесении к «неправу» разнообразных социальных регуляторов общественных отношений, в целом, а не правоотношений, в частности, сложившихся между неопределенным кругом лиц, например, моральные и религиозные нормы, «стандарты» неопределенной природы, «мягкое право», «квазиправо» и т. д. Думаю, теоретически более обоснованно, а практически продуктивно к «неправу» относить объективно существующие индивидуальные регуляторы правоотношений для определенного числа лиц, более глубоко устанавливающие конкретные права и обязанности субъектов правоотношений.

В качестве примера далее хотелось бы остановиться на кратком анализе отдельных, по-моему, дискуссионных видов («форм») «неправа», выделяемых специалистами. Так, Я. М. Магазинер, также обращавшийся к проблемам «неправа», думаю, спорно называл две

его «формы». Первую — «...неправомерный конституционный акт»[1]. Вторую — «...под неправом, шире говоря, — считал он, — можно также понимать всякий вообще формально неправомерный акт, по содержанию своему являющийся законом, указом или судебным актом, если несмотря на свою неправомерность, он проведен в жизнь и действует как акт правомерный; например, закон, противный Конституции, или указ, противоречащий закону»[2].

На мой взгляд, Я.М. Магазинер теоретически не очень точно и неубедительно определял «неправомерность» конституционного акта, принятого в случае совершения революций. Кроме того, иные национальные правовые акты, в частности, законы или указы, «противные», например, Конституции, думаю, во-первых, являются разновидностью права, а не иных неправовых социальных регуляторов общественных отношений. Во-вторых, разновидностью права, национальным правовым актом, но не соответствующим, например, Конституции, и поэтому не подлежащим применению в конкретных спорах (ad hoc).

В отличие от «неправа», право, напротив, выражается в сложившихся более определенных и онтологических однородных принципах и нормах права, содержащихся только в формах национального и (или) международного права, реализуемых в государстве, обязательных для неограниченного и ограниченного числа лиц, реализуемых на практике в силу их поддержки, например, органами государственной власти или соответствующими организациями. В частности, к праву возможно относить не только нормы права, но и принципы права, выработанные в том числе в национальных правовых актах и правовых договорах.

Далее хотелось бы остановиться на кратком анализе одного из наиболее анализируемого в специальной литературе вида «неправа» — «судебного прецедента». Так, в частности, А.Ю. Мкртумян считал: «Суть судебного прецедента заключается в единообразном решении судебных споров по делам со сходными фактическими обстоятельствами,...в качестве источников прецедентного права в Армении рассматриваются решения Европейского Суда по правам человека и Кассационного суда Армении (ст. 15 СК)[3]. **Обязанность суда учитывать толкование норм закона** (выделено мною. — *В.Е.*),

[1] *Магазинер Я.М.* Избранные труды по общей теории права. СПб., 2006. С. 101.
[2] Там же. С. 101, 102.
[3] Имеется в виду Судебный кодекс (прим. Автора).

данное Кассационным Судом по конкретному делу, или норм Конвенции о защите прав и основных свобод, данное Европейским Судом по правам человека, исключает, как правило, возможность вынесения неожиданных решений и создает предсказуемое правосудие. Институт судебного прецедента сформулирован в Судебном кодексе Армении следующим образом: обоснования, в том числе толкование закона, данные в постановлении Кассационного Суда или Европейского Суда по правам человека по делу, имеющему конкретные фактические обстоятельства, являются обязательными для суда, рассматривающего дело со схожими фактическими обстоятельствами, за исключением случая, когда суд вескими доводами обоснует, что судебный прецедент не применим к данным фактическим обстоятельствам (п. 4 ст. 15)[1]. Однако, как справедливо заметил сам А. Ю. Мкртумян, суть судебного прецедента заключается в обязанности суда **«учитывать толкование закона»**[2] (выделено мною. — *В. Е.*). Следовательно, теоретически более корректно, даже по мнению автора, относить «судебные прецеденты» прежде всего к «результатам судебного толкования уже существующего права», а не к «прецедентам права, вырабатываемым судом» как одной из форм национального права.

Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод, полагаю, теоретически точно определяет природу постановлений Европейского Суда по правам человека: «Если дело, находящееся на рассмотрении Палаты, затрагивает серьезный вопрос, **касающийся толкования положений Конвенции и Протоколов к ней** (выделено мною. — *В. Е.*), Палата может до вынесения своего постановления уступить юрисдикцию в пользу Большой Палаты...» (ст. 30). «В ведении Суда находятся все вопросы, касающиеся толкования и применения положений Конвенции и Протоколов к ней ...» (ч. 1 ст. 32). Наконец: **«Суд может по просьбе Комитета Министров выносить консультативные заключения по юридическим вопросам, касающимся толкования положений Конвенции и Протоколов к ней»** (выделено мною. — *В. Е.*). Таким образом, с позиции аутентичного и буквального толкования Европейской

[1] Судебный прецедент в современных условиях. Интервью главного редактора, профессора Д. А. Пашенцева с Председателем Кассационного Суда Республики Армения ... А. Ю. Мкртумян // Вестник Московского городского педагогического университета. Научный журнал. 2011. № 1 (7). С. 119. (Серия «Юридические науки»).

[2] Там же.

Конвенции о правах человека, Европейский Суд по правам человека имеет право уяснять для себя и разъяснять для других «положения Конвенции и Протоколов к ней», т.е. толковать их, а не развивать (конкретизировать) Европейскую конвенцию. Следовательно, принимая во внимание аутентичное и буквальное толкование, содержащееся непосредственно в самой Европейской Конвенции, Европейский Суд по правам человека теоретически точнее относить к правоприменительным, а не к правотворческим органам.

В связи с изложенными теоретическими аргументами, думаю, обоснованным является вопрос П.И. Монжаля «...о правотворчестве страсбургских судей. От имени кого (или чего?) они выносят решения?...В Европе. В отличие от Соединенных Штатов, судьи не избираются народом. Этот фактор определяет серьезную трудность правового и политического характера. Действительно, **как орган, члены которого не получили никакого мандата от народа, может вырабатывать право, обязательное для государства?** (выделено мною. — *В.Е.*). Ведь именно об этом идет речь. Решение Европейского Суда по правам человека не ограничивается утверждением новой европейской нормы, защищающей права человека. Оно одновременно подтверждает конвенционность закона государства. Не надо также забывать, что оно констатирует неисполнение государствами их конвенционных обязательств, идет ли речь о государстве — законодателе, государстве — власти или государстве — судье. Другими словами, европейские судьи становятся цензорами государственных законов и всего того, что они определяют в социологическом, идеологическом и общественном плане»[1].

Концептуально еще более глубоким и убедительным представляется вывод И.Ю. Богдановской, самостоятельно и непосредственно в Великобритании изучавшей реальные процессы становления и развития «судебного прецедента». «В результате укрепления положений статутного права, — подчеркивала она, — все больше число судебных дел решается не на основе прецедентов, а на основе закона: 9 из 10 дел, рассматриваемых в Апелляционном Суде и Палате лордов Великобритании. Это свидетельствует о том, что в настоящее время в странах «общего права» судьи в основном толкуют статуты

[1] *Монжаль П.И.* Могут ли быть оспорены европейские основные права? // Российское правосудие. 2015. № 5. С. 47, 48.

и их деятельность, таким образом, связана с правоприменением. Судебное прочтение статута становится, в свою очередь, прецедентом, так называемым **«прецедентом толкования» (в американском праве case law interpreting enacted law в отличие от common law или case law)** ... (выделено мною. — *В.Е.*). Прецеденты толкования отличаются тем, что они основаны на законе. Таким образом, **современное прецедентное право в основном развивается посредством именно прецедентов толкования, а не «чистых» прецедентов... Движение от судебного прецедента к прецедентам толкования сближает право стран «общего права» с романо-германской правовой семьей...»**[1] (выделено мною. — *В.Е.*).

Принимая во внимание приведенные теоретические и правовые аргументы, полагаю в данном параграфе возможно сделать несколько предварительных выводов.

Первый: понятие «судебный прецедент» является неопределенным, «размытым», не содержащим объективных признаков социального явления, характеризующих его природу и сущность; следовательно, — теоретически дискуссионным, а практически не продуктивным.

Второй: применение более определенного понятия «судебный прецедент права» представляется спорным не только для стран романо-германского права, но также для стран «общего права», в XXI в. не подтверждающимся необходимыми теоретическими и правовыми аргументами.

Третий: толкование права судом — один из видов индивидуального судебного регулирования правоотношений; возможно выделять и другие виды индивидуального судебного регулирования правоотношений, например: преодоление коллизий в праве, применение относительно определенных принципов и норм права, применение факультативных и альтернативных норм права, применение диспозитивных норм права, преодоление пробелов в праве[2].

При таком теоретическом подходе «прецеденты толкования» судом не отражают всех реальных глубинных процессов индивидуального судебного регулирования конкретных правоотношений. Рассматривая судебное правоприменение с позиции теории систем, в рамках системы правотворческих, исполнительных и судебных

[1] *Богдановская И.Ю.* Судебный прецедент в странах «общего права»: особенности развития // Российское правосудие. 2012. № 5. С. 25–27.

[2] См. подробнее: *Ершов В.В.* Судебная власть в правовом государстве: Дисс. ... д-ра юрид. наук. С. 175–298.

органов государственной власти, необходимо исследовать взаимоотношения между ними не только с позиции сдерживания и контроля, но также следует изучать и встречные процессы индивидуального судебного регулирования правоотношений, относительно саморегулирования, безусловно, в пределах принципов и норм права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и международного права, реализуемых в государстве, с целью эффективной и своевременной защиты прав и правовых интересов физических и юридических лиц, достижения «подвижного равновесия», гомеостазиса системы органов государственной власти[1].

Кроме того, с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания представляется теоретически обосновано, а практически продуктивно введение в научный оборот понятия «прецедент индивидуального судебного регулирования правоотношений», а также отнесение его к одному из видов «неправа». Поскольку «прецедент индивидуального судебного регулирования правоотношений» является родовым понятием, постольку возможно выделение его видов. В том числе: «прецедентов индивидуального судебного толкования права», «прецедентов индивидуального судебного преодоления коллизий в праве» и «прецедентов индивидуального судебного преодоления пробелов в праве».

С позиции степени эффективности и восприятия, например, судами «прецедентов индивидуального судебного регулирования правоотношений» предлагаю выделять два их вида. Первый — «прецеденты индивидуального судебного регулирования правоотношений», «учитывающиеся» в большей степени в процессах регулирования... Второй — «прецеденты индивидуального судебного регулирования правоотношений», учитывающиеся в меньшей степени в схожих правоотношениях в силу их убедительности и аргументированности. Например, с одной стороны, в соответствии с п. 2 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27 июня 2013 г. № 21 «О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года и протоколов к ней» «...правовые позиции Европейского Суда по правам человека..., которые содержатся в окончательных

[1] Там же.

постановлениях Суда, принятых в отношении Российской Федерации, являются обязательными для судов. **С целью эффективной защиты прав и свобод человека судами учитываются правовые позиции Европейского Суда, изложенные в ставших окончательными положениями, которые приняты в отношении других государств-участников Конвенции»**[1] (выделено мною. — *В.Е.*). С другой стороны, позиции, выработанные другими судами при рассмотрении схожих споров, могут учитываться в процессах разрешения судами аналогичных споров в силу их убедительности и аргументированности.

Необходимо подчеркнуть: как первый, так и второй виды «прецедентов индивидуального судебного регулирования правоотношений» могут вырабатываться, во-первых, только в соответствии с принципами и нормами права, содержащимися в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и международного права, реализуемыми в государстве; во-вторых, учитываются лишь при схожих правоотношениях; в-третьих, не могут самостоятельно регулировать правоотношения, поскольку являются только разновидностями «неправа». Думаю, такое понимание «прецедентов индивидуального судебного регулирования правоотношений» сближает государства «общего права» англосаксонской правовой семьи с государствами, принадлежащими к романо-германской правовой семье; позволяет избегать теоретически дискуссионных выводов и практически контрпродуктивных действий в различных государствах.

Проанализированные теоретические и правовые аргументы, как представляется, позволяют сделать в данном параграфе несколько итоговых выводов.

Первый: доминирующий в мире XX и XXI вв. юридический позитивизм, характеризующийся ограничением «всего» права прежде всего только законом, «законодательством» и т. д., думаю, не отвечает на многочисленные реальные современные запросы времени в связи с многочисленными пробелами и коллизиями в праве; не позволяет эффективно защищать права и правовые интересы граждан и юридических лиц в условиях динамически изменяющихся и многообразных правоотношений в XXI в.; не учитывает новую реальность: современные политические, экономические и правовые тенденции, объективно существующие в различных государствах.

[1] Российская газета. 2013. 5 июля. № 145.

Второй: активно развиваемая многочисленными научными и практическими работниками во всем мире концепция интегративного правопонимания в парадигме синкретизма (от греч. synkretismus — соединение) сочетания разнородных воззрений и взглядов, в результате в праве приводит к синтезированию онтологическим разнородных элементов в единой системе; правовых и неправовых элементов в системе права, «размыванию» права «неправом» (unrecht); множеству нарушений прав и правовых интересов физических и юридических лиц; нестабильной, противоречивой и неэффективной судебной практике, регулярным отменам судебных решений и длительному рассмотрению споров в судах.

Третий: научно обоснованная концепция интегративного понимания права, характеризующаяся ограничением права только онтологически однородными принципами и нормами права, содержащимися в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемыми в государстве, позволяет теоретически убедительно обосновывать сущность и содержание права с позиции одной из разновидностей синтетической теории права, эффективно защищать права и правовые интересы граждан, юридических лиц и органов государственной власти, обеспечивать повышение степени определенности, стабильности, непротиворечивости, ожидаемости и прозрачности как права, так и судебной практики.

Четвертый: теоретически спорное интегрирование права и «неправа» в парадигме синкретизма по существу «размывает» «действительное» право; «неправо» становится «видимостью» права, «особенным правом», «квазиправом», «мягким правом», значительно отличающимся от «объективного и действительного права», повышает степень неопределенности права и судебной практики.

Пятый: «неправо» (unrecht), на мой взгляд, — один из объективных видов индивидуальных регуляторов правоотношений для определенного числа лиц (например, судебные акты, индивидуальные (частные договоры), характеризующих взаимосвязанность конкретных субъектов правоотношений, а не «отдельность индивида от других индивидов».

Шестой: при таком теоретическом подходе, полагаю, «неправо» «дискуссионно» относить к «неистинному» праву, которое должно «постепенно исчезать», а также к самостоятельной «разновидности» права.

Седьмой: «неправо» имеет отличительные от «действительного» права следующие объективные признаки: необязательно для неопределенного числа лиц; в большей степени неопределенно; принудительно не исполняется.

Восьмой: «прецеденты индивидуального судебного регулирования правоотношений» являются результатом рассмотрения и разрешения судами споров в процессе отправления правосудия, характеризуют «отдельность», индивидуальные отличия судебного акта от «всеобщего» права.

Девятый: «прецеденты индивидуального судебного регулирования правоотношений» могут вырабатываться только в соответствии с принципами и нормами права, содержащимися в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемыми в государстве, а также с фактическими обстоятельствами конкретного правоотношения.

Десятый: «действительное» («действующее», «объективное») право в непрерывных и длительных процессах очищения от «неправа» выходит укрепленным и в большей степени определенным; возвратившись из своего отрицания «неправом», оно становится в большей степени очищенным от субъективизма правотворческих органов и лиц; диалектический процесс «очищения» права от «неправа» продолжается бесконечно.

2.3. Право и неправо с позиций Г. Харта и Р. Дворкина

Дискуссия между сторонниками юридического позитивизма и естественно-правовой концепции права, имеющая принципиальное значение для развития теории права, в современной специальной литературе известна как спор Г. Харта и Р. Дворкина. Английский ученый (юрист и философ) Герберт Харт (1907–1992 гг.) выработал свою концепцию права прежде всего на основе критики взглядов Джона Остина, который в XIX в. одним из первых в систематическом виде разработал теорию юридического позитивизма, разграничил право «как оно есть» и право, «каким оно должно быть». «Право, как оно есть», по мнению Дж. Остина, — это позитивное право, установленное человеческими властями (отсюда название — posited, given its position). Теорию права Дж. Остина называют «командной» теорией права, поскольку право в его трактовке — это

команда суверена. Право, — считал он, — прямо или опосредованно происходит от суверена; все, происходящее не от суверена, — не является правом. Таким образом, в лице Дж. Остина «...правовая теория...искала ключ к пониманию права в простой идее приказа, подкрепленного угрозами»[1]. Развивая этот подход, Г. Кельзен писал: «Правовые нормы могут иметь любое содержание»[2]. Вместе с тем, с позиции естественно-правовой доктрины, разделяемой Р. Дворкиным, правом являются только те нормы, которые соответствуют некоторым нормативным стандартам моральных требований, т. е. праву, «каким оно должно быть». Логическим развитием такого подхода является позиция, согласно которой несправедливый закон — это не закон вообще.

Г. Харт в 1961 г. опубликовал работу «Понятие права», которую многие зарубежные и российские исследователи называют главным произведением философии права в XX в. По мнению С. В. Моисеева, в данной книге выработана «утонченная версия юридического позитивизма»[3]. Г. Харт подверг критике упрощенную, по его мнению, трактовку права как приказа суверена. «Концепция суверена, власть которого не ограничена правом, — считал он, — искажает характер права...верховный законодатель...не находится за пределами права...следует искать суверена, стоящего за ограниченным правовыми средствами законодательным органом»[4]. Таким образом, Г. Харт был сторонником не закрытой (как Дж. Остин), а открытой системы права[5].

Г. Харт выделял два основных направления критики юридического позитивизма, сложившиеся в правовой теории. Согласно первому подходу, есть некоторые принципы поведения людей, с которыми должны совпадать законы для того, чтобы они имели юридическую силу (по этому пути пошел Р. Дворкин). Второй подход предполагает соединение юридической действительности и моральной ценности[6] (способ, избранный самим Г. Хартом). Споря с позицией, разделяемой Р. Дворкиным, он писал: «...узкое понимание права,

[1] *Hart H.* The concept of law. Oxford, 1961 / (3rd end 2012) (См. также: *Харт Г.Л.* Понятие права / Пер. с англ. СПб., 2007. С. 213).

[2] *Kelsen H.* General theory of law and state. 2007. P. 113.

[3] *Харт Г.Л.* Указ. соч. С. 270.

[4] Там же. С. 74–77.

[5] *Харт Г.Л.* Указ. соч. С. 138.

[6] Там же. С. 188.

отрицающее юридическую действительность несправедливых правил, может сделать невосприимчивыми к ним»[1].

Основная идея Г. Харта сформулирована следующим образом: «Право — это совокупность первичных и вторичных правил... Первичные правила касаются действий, которые индивиды должны или не должны предпринимать, вторичные правила касаются самих первичных правил...устанавливают способы, которыми первичные правила могут...признаваться, вводиться, отменяться, изменяться, и которыми может достоверно устанавливаться факт их нарушения»[2]. Исследуя первичные правила, Г. Харт выделял три характерные для них проблемы: неопределенность, статичность (негибкость) и неэффективность. Для их решения он разработал теорию вторичных правил, выделив три разновидности: правила признания, правила изменения и правила принятия решений. Правила признания позволяют определять, что является правом в данном обществе. В правилах изменения вырабатываются правовые средства коррекции их содержания. Правила принятия решений устанавливают порядок принятия и правовые пределы судебных решений прежде всего в трудных случаях, в процессе которых судья законодательствует. При таком подходе Г. Харта в действительности возможно отнести к сторонникам одной из разновидностей научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания в парадигме синкретизма (от греч. synkretismos — соединение), объединяющей разнородные воззрения и взгляды, которая в результате в праве приводит к синтезированию онтологически разнородных элементов в единой системе права, неправа и права, моральных и правовых регуляторов правоотношений.

Рональд Дворкин (1931–2013 гг.) — американский философ права, ученик Г. Харта, занявший после него должность профессора Оксфордского университета. В XX в. являлся одним из наиболее последовательных и непримиримых критиков Г. Харта[3]. Его основная работа «О правах всерьез»[4] представляет собой попытку поиска

[1] Там же. С. 212.

[2] Там же. С. 277–280.

[3] См., например: *Дворкин Р.* О правах всерьез / Пер. с англ. М., 2004. С. 392; *Касаткин С.Н.* Проблемы судейского усмотрения в полемике Г.Л. А. Харта и Р. Дворкина: Линии аргументации и методологические истоки спора // Правоведение. 2012. №3. С. 11–34.

[4] *Dworkin R.* Taken Rights Seriously. L., 1977.

теоретического компромисса между позитивизмом и естественно-правовой доктриной на основе «третьей теории права»[1]. С точки зрения Р. Дворкина, «вариант позитивизма Г.Л. Харта...является более сложным. Во-первых, Харт, — писал он, — в отличие от Остина, признает, что нормы бывают разных логических видов. (Харт различал два вида норм, называя их «первичными» и «вторичными» нормами). Во-вторых, он отвергал идею Остина о том, что норма есть разновидность приказа, и давал более тщательный общий анализ понятия нормы»[2]. Вместе с тем, Р. Дворкин подчеркивал: «...однако в одном отношении эти две модели очень похожи. Как и Остин, Харт признает, что **правовые нормы не имеют четких границ применения** (выделено мною. — В.Е.) ... и допускает, что в проблемных случаях судьи имеют право принимать решения по своему усмотрению, создавая тем самым новые законы»[3].

Однако, по мнению Р. Дворкина, судьи никогда не законодательствуют, апеллируя к общим стандартам справедливости или принципам, поскольку право никогда не является неполным или неопределенным. «Мой подход, — делает вывод Р. Дворкин, — будет строиться на том факте, что когда юристы размышляют или спорят о юридических правах и обязанностях...они прибегают к **стандартам, которые не функционируют в качестве норм, а действуют иначе — как принципы, стратегии или стандарты иного рода** (выделено мною. — *В.Е.*). Позитивизм предполагает модель и образец системы норм и его центральное понятие единственного фундаментального критерия права скрывает от нас важную роль стандартов, не являющихся нормами»[4].

Что же понимал Р. Дворкин под терминами «стандарты», «принципы» и «стратегии», разграничивал ли он их между собой? «Чаще всего, — писал он, — термин «принцип» я буду употреблять в самом общем смысле — как обозначающий все множество тех стандартов, которые не являются нормой...но есть и различие между принципами и стратегиями... «Стратегией» я называю стандарт, формулирующий необходимость достижения некоторой цели, обычно связанной с улучшением каких-то экономических, политических или социальных условий в обществе... «Принципом» я называю такой стандарт,

[1] *Нерсесянц В.С.* Философия права. М., 2006. С. 741.
[2] *Дворкин Р.* Указ. соч. С. 41.
[3] Там же.
[4] Там же. С. 45.

который следует соблюдать не потому, что он способствует изменению или сохранению некоторой экономической, политической или социальной ситуации, а потому, что **он выражает некоторые моральные требования, будь то требования справедливости, честности и т. д.»**[1] (выделено мною. — *В.Е.*).

В процессе анализа названных проблем Р. Дворкин видел свою задачу в том, чтобы «отличить принципы в самом общем смысле от норм»[2]. Далее он отмечал: «...в сложных правовых системах... нельзя...провести границ между правовыми и моральными стандартами, на чем настаивает позитивизм»[3], но при этом «...одни принципы должны рассматриваться как право...тогда как другие принципы не могут этого делать»[4].

Судьи, по Р. Дворкину, не законодательствуют, а только контролируют законы посредством применения общих, фундаментальных максим права, принципов и стратегий. В основе судебных решений находятся моральные стандарты. При таком подходе, по его мнению, обязанности судей в первую очередь определяются не точными правилами (как полагают позитивисты), а принципами, основанными на либеральных ценностях справедливости, честности, равенстве и индивидуальных правах.

Отсюда, на мой взгляд, сущность «теоретического компромисса между позитивизмом и естественно-правовой доктриной, третьей теории права», разработанной Р. Дворкиным, в действительности представляет собой другую разновидность научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания в парадигме синкретизма, основанную на синтезе права и либеральных ценностей — справедливости, равенстве и индивидуальных правах.

В 1994 г., уже после смерти Г. Харта, вышло второе издание его работы «Понятие права» с новым «постскриптумом», в первой части которого содержался ответ на критику Р. Дворкина. Во второй части Г. Харт планировал ответить на возражения других исследователей. Однако в связи со смертью ученого эта часть не была закончена. В первой части постскриптума Г. Харт признал, что в своей книге, во-первых, уделил недостаточное место принципам и принятию

[1] Там же.
[2] Там же. С. 46.
[3] Там же. С. 76.
[4] Там же.

судебных решений в так называемых трудных ситуациях, когда судьям приходится принимать решения в отсутствии точных нормативных предписаний; во-вторых, необходимо разграничивать правила и принципы; в-третьих, принципы как часть права и правила признания не являются несовместимыми.

На мой взгляд, Г. Харт, как сторонник одной из разновидностей научно дискуссионной разновидности концепции интегративного правопонимания был весьма близок к подобным выводам и в самой работе «Понятие права». «Хотя идея единства первичных и вторичных правил имеет...достоинства, — отмечал он, — и хотя было бы согласно с этим словоупотреблением трактовать существование этого характерного единства правил как достаточное условие для использования выражения «правовая система», — мы все же не утверждали, что слово «право» должно определяться в этих категориях»[1]. Особенно характерным представляется следующий вывод Г. Харта в работе «Понятие права»: **«...названия действительного права должны быть лишены определенные правила, вследствие их крайней моральной несправедливости** (выделено мною. — *В.Е.*), пусть даже они принадлежат некоторой существующей системе первичных и вторичных правил»[2]. Более того, Г. Харт подчеркивал: **«Достоинство той идеи, которую мы приняли в качестве центральной, в том, что она позволяет нам увидеть множественные связи между правом, принуждением и нравственностью такими, как они есть»**[3] (выделено мною. — *В.Е.*).

В этой связи С.В. Третьяков и А.В. Кашанин сделали спорный вывод о том, что «...дальнейшие попытки уточнения и формализации статуса деятельности судов в трудных ситуациях приводят в значительной степени к сближению позиций мягкого позитивизма и естественно-правовой концепции Дворкина. Речь идет о...включающем позитивизме, т.е. содержащем в правиле признания некоторые моральные ценности»[4].

Думаю, в действительности теоретически точнее Г. Харт и Р. Дворкин не были сторонниками «мягкого позитивизма» и естественно-правового понимания права, а в целом разделяли единые позиции

---

[1] *Харт Г.Л.* Указ. соч. С. 213.

[2] Там же.

[3] Там же.

[4] *Третьяков С.В., Кашанин А.В.* Принципы права как способ сделать правовую систему открытой / Правоприменение: теория и практика / Отв. ред. Ю.А. Тихомиров. М., 2008. С. 61.

(с определенными различиями) научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания в парадигме синкретизма, спорно объединяющей различные воззрения и взгляды; в результате в праве приводившие к синтезированию онтологически разнородных социальных элементов в единой системе неправа и права, например, моральных и правовых регуляторов правоотношений; либеральных ценностей — справедливости, равенства, индивидуальных прав и права.

Вместе с тем, действительно разновидность дискуссионной концепции интегративного правопонимания Р. Дворкина является более сложной в отличие от концепции Г. Харта. Однако по типу правопонимания модели Г. Харта и Р. Дворкина весьма близки. Как Р. Дворкин, так и Г. Харт не разграничивали различных социальных регуляторов общественных отношений в целом, — права и морали, размывали право неправом, не дифференцировали правовое и индивидуальное регулирование правоотношений. В результате это не может не приводить к повышению степени неопределенности права; нестабильной, разнообразной и прямо противоположной судебной практике; длительному рассмотрению споров в судах, несовпадающим позициям различных судебных инстанций, нарушению прав и правовых интересов физических и юридических лиц, участвующих в рассмотрении дел в судах. Характерно, что один из учеников Г. Харта — Джозеф Раз, развивая концепцию своего учителя, предлагал не ограничиваться правилами признания, а рассматривать право как систему гибкую, открытую и не вполне конкретизированную[1].

В порядке продолжения дискуссии хотелось бы также высказать и собственную позицию по наиболее спорным вопросам, затронутым в исследованиях Г. Харта и Р. Дворкина. Как представляется, необходимо попытаться найти ответ на первый вопрос: какой должна быть система права? Открытой или закрытой? Отвечая на него, прежде всего необходимо обратиться к теории систем. Как отмечалось ранее, И. В. Блауберг, В. Н. Садовский и Э. Г. Юдин, исследуя теорию систем, выделяли три класса существующих совокупностей объектов: неорганизованные совокупности («суммативное целое»), неорганичные (просто организованные системы) и органичные системы[2].

[1] *Харт Г.* Указ. соч. С. 289, 295.

[2] *Блауберг И. В., Садовский В. Н., Юдин Э. Г.* Системный подход в современной науке / Проблемы методологии системного исследования. М., 1970. С. 11.

Просто организованная и органичная системы имеют общие и отличающие их свойства. Так, И. В. Блауберг и Э. Г. Юдин подчеркивали: их одинаково «характеризует наличие связей между элементами и появление в целостной системе новых свойств, не присущих элементам в отдельности. Связь, целостность и обусловленная ими устойчивая структура –...отличительные признаки любой системы»[1]. Вместе с тем, замечали они, «если первая есть соединение в известную целостность относительно обособленных элементов, то вторая — «физически» неделимое саморазвивающееся целое»[2].

Анализируя советское право, С. С. Алексеев писал: «Советское право как система — это такое специфическое социальное явление, которое представляет собой нечто среднее, промежуточное между «просто» организованной и органичной системами»[3]. В пределах установленных рамок монографии, не приводя дополнительных теоретических аргументов, представляется возможным сделать вывод лишь о том, что не только советское право, но также современное национальное и международное право, реализуемое в государстве, возможно рассматривать в рамках единой «просто» организованной системы, характеризующейся целостностью, связью и устойчивой структурой составляющих их элементов. По мере противоречивого и непоследовательного развития единого экономического и правового пространства (на первом этапе — европейского, на втором этапе — евроазиатского, на третьем — и мирового) «просто» организованная система национального и международного права, как представляется, с объективной необходимостью, неизбежными бесконечными теоретическими спорами и многочисленными практическими проблемами будет постепенно трансформироваться в органичную систему права цивилизации в целом.

Второй важнейший вопрос исследованный в работах Г. Харта и Р. Дворкина состоит в определении природы принципов права («правовых принципов» — как, полагаю, спорно пишут многие научные работники в том числе и в настоящее время), их месте и роли в системе форм права. Хотелось бы в данном параграфе лишь коротко высказать свою, и только итоговую позицию, по данной

[1] *Блауберг И. В., Юдин Э. Г.* Становление и сущность системного подхода. М., 1973. С. 177.

[2] Там же. С. 177, 178.

[3] *Алексеев С. С.* Структура советского права. М., 1975. С. 16.

проблеме. Развернутый анализ природы принципов внутригосударственного и международного права будет сделан в моей монографии в дальнейшем.

Прежде всего необходимо разграничивать, с одной стороны, основополагающие (общие) принципы национального и (или) международного права, реализуемые в государстве, на мой взгляд, являющиеся фундаментальными формами права. С другой стороны — специальные принципы права, выработанные в иных формах национального и (или) международного права, реализуемые в государстве. Основополагающие (общие) принципы национального и (или) международного права, реализуемые в государстве, полагаю, обладают предельной абстрактностью, фундаментальностью, универсальностью, общезначимостью, более значительной устойчивостью и стабильностью, относительной независимостью от управомоченных правотворческих органов и лиц. Специальные принципы права, содержащиеся в иных формах национального и (или) международного права, например, в российских правовых договорах либо международных договорах, отражают специфику данных правоотношений.

Как основополагающие (общие), так и специальные принципы национального и (или) международного права, теоретически дискуссионно, а практически контрпродуктивно традиционно относить к «идеям», «началам», «положениям» и т. п. Думаю, с позиций теории систем и научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, во-первых, основополагающие (общие) принципы национального и (или) международного права, реализуемые в государстве, теоретически более обосновано относить к фундаментальным формам права, своеобразным «дорожным картам» для, например, управомоченных правотворческих и правоприменительных органов. Конкретизация основополагающих (общих) принципов национального и (или) международного права управомоченными правотворческими органами и лицами обеспечивает повышение степени определенности права, внутреннее единство, непротиворечивость, последовательность, ожидаемость и предсказуемость специальных принципов и норм права, вырабатываемых в иных формах национального и (или) международного права.

Во-вторых, как основополагающие (общие), так и специальные принципы национального и (или) международного права являются объективно необходимыми регуляторами правоотношений.

Как представляется, специальные принципы национального и (или) международного права, в отличие от норм права, характеризуются более абстрактным и универсальным характером. Наконец, в-третьих, в большей степени специфику правоотношений отражают принципы отдельных институтов отраслей права.

Нормы права, выработанные в результате конкретизации основополагающих (общих), специальных принципов права, а также принципов отдельных институтов отраслей права, продолжают бесконечное восхождение от более абстрактных элементов права к более конкретным элементам права. В результате конкретизации и реализации правотворческими и правоприменительными органами основополагающих (общих), специальных принципов права, принципов права отдельных институтов, а также норм права вырабатывается в большей степени определенное право и судебная практика; повышается ожидаемость, непротиворечивость и транспарентность как правотворческих, так и правореализационных процессов.

Основополагающие (общие) принципы национального и (или) международного права, реализуемые в государстве, вырабатываются в правореализационной практике и в международных договорах. При таком теоретическом подходе имеются разнообразные источники международного права и различные формы его внешнего выражения. В то же время отдельные научные и практические работники по существу дискуссионно выделяют только один источник возникновения международного права — прежде всего соглашение государств и одну форму внешнего выражения международного права — международные договоры. При таком теоретическом подходе представляется также спорным термин «общепризнанные принципы международного права», так как не все государства могут «признавать» принципы международного права. Однако многие известные научные работники, занимающиеся изучением международного права, не находят в этом термине каких-либо вопросов. Так, И. И. Лукашук писал: «Общепризнанные принципы и нормы международного права являются частью федерального права...и подлежат непосредственному применению судами, если по своему характеру они могут функционировать как часть права страны»[1].

[1] *Лукашук И. И.* О применении международного права судами России // Государство и право. 1994. № 2. С. 122.

В то же время, на мой взгляд, поскольку принципы международного права должны быть обязательными для всех, постольку, полагаю, более обоснованным является термин «основополагающие (общие) принципы международного права» (jus cogens). В правореализационной практике вырабатываются также и «основополагающие (общие) принципы национального права». В этой связи считаю теоретически обоснованным введение в научный оборот, правотворческую и правореализационную практику понятий «основополагающие (общие) принципы национального права» и «основополагающие (общие) принципы международного права» (jus cogens).

В результате поддержки и принудительного исполнения, например, национальными органами, международными организациями, национальными органами государственной власти, иными управомоченными органами, организациями, юридическими и физическими лицами основополагающие (общие) принципы национального и (или) международного права, реализуемые в государстве, становятся обязательными для неопределенного числа субъектов правоотношений. Следовательно, — фундаментальными формами национального и (или) международного права. В отличие от неправа, в частности, от морали, являющейся по своей социальной природе не обязательной и принудительно не исполняемой.

Третий дискуссионный вопрос, исследованный Г. Хартом и Р. Дворкиным в своих работах, связан с рассмотрением судом споров в так называемых «трудных ситуациях». Какова природа «трудных ситуаций» и чем в таких случаях должен руководствоваться суд? Собственным субъективным «усмотрением», не основанным на фактах и праве? Только фактическими обстоятельствами? Иными социальными регуляторами общественных отношений? Вырабатывает право самостоятельно? Принципами и нормами права, содержащимися в иных формах национального и (или) международного права, регулирующими правоотношения?

Г. Харт и Р. Дворкин, возможно в связи с тем, что исследовали «трудные ситуации» с позиции философии права, их природу в необходимой степени не проанализировали. В специальной литературе справедливо отмечается, что судебное правоприменение — объективно

необходимое средство социального управления[1], одним из свойств которого является дополнение «внешнего регулирования» «внутренним саморегулированием». Индивидуальное судебное регулирование правоотношений (а не судебное или судейское «усмотрение» как традиционно пишут в специальной литературе[2]), на мой взгляд, и есть один из возможных способов «саморегуляции» (теоретически точнее — регулирования — *В.Е.*), свойственной всем социальным системам, в том числе системе права.

В юридической литературе с позиции юридического позитивизма разработаны понятия «нормативного» и «индивидуального регулирования», «устоявшиеся» в специальной литературе[3]. Вместе с тем, как представляется, с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, во-первых, теоретически более обоснованными являются понятия «правовое регулирование» и «индивидуальное регулирование» правоотношений. Во-вторых, думаю, к одной из разновидностей индивидуального регулирования правоотношений возможно относить индивидуальное судебное регулирование. Полагаю, правовое регулирование правоотношений в силу многочисленных объективных причин очевидно недостаточно, не может эффективно и полноценно регулировать конкретные правоотношения без их индивидуального регулирования, в том числе индивидуального судебного регулирования сложившихся правоотношений.

Объективная необходимость индивидуального судебного регулирования правоотношений определяется рядом факторов. Прежде всего управленческой природой судебного правоприменения, его подчиненностью законам социального управления; развитием и многообразием конкретных правоотношений; абстрактным, относительно определенным характером как основополагающих (общих), специальных принципов, а также принципов отдельных институтов национального и (или) международного права, так и норм права; активной творческой ролью субъектов правоприменения. Классическое понимание процесса применения права с позиции

---

[1] *Петрухин И.Л., Батуров Г.П., Морщакова Т.Г.* Теоретические основы эффективности правосудия. М., 1979. С. 123, 124.

[2] См., например: *Барак А.* Судейское усмотрение / Пер. с англ.; науч. ред. В.А. Кикоть, Б.А. Страшун; вступ. статья М.В. Баглая. М., 1999.

[3] См.: *Явич Л.С.* Общая теория права. Л., 1976. С. 19–81; *Алексеев С.С.* Общая теория права. Курс в 2 т. М., 1981. Т. 1. С. 49–51.

юридического позитивизма заключается в подведении конкретных правоотношений под абстрактные нормы права по методу логического умозаключения — силлогизма, в котором роль большей посылки играет право, а меньшей — конкретный казус. Такая концепция, по моему мнению, пригодна лишь для формально-логического представления о вынесении правоприменительных решений и не отражает всей глубины и многогранности реальной творческой работы правоприменителей (прежде всего судей) в процессе принятия соответствующих актов.

Рассматривая судебное правоприменение с позиции системного анализа, в рамках системы органов государственной власти, которую, на мой взгляд, образуют правотворческие, исполнительные и судебные органы, необходимо исследовать взаимоотношения между ними не только с позиции сдерживания и контроля, но также — взаимодействия и взаимодополнения индивидуального регулирования правоотношений. Конечно, в рамках принципов и норм права, содержащихся в системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве; влияния на правообразование в процессе применения принципов и норм права с целью динамичного функционирования и развития системы права, достижения «подвижного равновесия», гомеостазиса.

Прежде всего предлагаю исследовать такие процессы индивидуального судебного регулирования правоотношений, как толкование принципов и норм права, преодоление коллизий между принципами и нормами права, применение альтернативных и факультативных норм права, применение относительно определенных норм права, а также диспозитивных норм права, преодоление пробелов не только в национальных правовых актах, но и в праве в целом. Во-первых, суд обязан уяснять принципы и нормы права для себя и разъяснять для участников судебного процесса, то есть их толковать. Во-вторых, установив действительный смысл принципов и норм права, суд может обнаружить и иные коллидирующие с ними принципы и нормы права. В этих случаях суд должен преодолевать коллизии между принципами и нормами права при рассмотрении конкретного спора — ad hoc. В-третьих, применять одну из имеющихся норм права при наличии альтернативных либо факультативных норм права. В-четвертых, применять относительно определенные нормы права, содержащие оценочные понятия, и диспозитивные нормы. В-пятых,

преодолевать пробелы в не только в национальных правовых актах, но и в праве в целом.

Принимая во внимание ограниченный объем монографии, на данном этапе работы вынужден коротко проанализировать названные различные виды индивидуального судебного регулирования правоотношений. Первый — толкование принципов и норм права. На мой взгляд, прежде всего необходимо разграничивать конкретизацию и толкование права. Полагаю, что конкретизация — это детализация, уточнение и т. п. основополагающих (общих), специальных принципов права и принципов отдельных институтов права, а также норм права в процессе правотворческой деятельности, которая производится, например, исполнительными органами государственной власти по поручению законодательных органов государственной власти. Как представляется, в результате конкретизации исполнительные органы государственной власти вправе принимать только «вторичные» нормы права и не имеют права на самостоятельное первичное правовое регулирование правоотношений.

Судебное толкование принципов и норм права — это уяснение судом их подлинного смысла и разъяснение содержания права участниками процесса. Для сторонников юридического позитивизма характерна точка зрения, состоящая в том, что суд не имеет права толковать принципы и нормы права, а обязан их только «строго» и «точно» применять. Действительная же судебная практика свидетельствует обратное. Другое дело, что существует реальная угроза расширительного или ограничительного судебного толкования принципов и норм права. Эту опасность в первую очередь возможно «снять» посредством буквального толкования судом основополагающих (общих) принципов, национального и (или) международного права, имеющих более высокую юридическую силу, а также специальных принципов права, содержащихся в иных формах права, имеющих более высокую юридическую силу.

В процессе судебного правоприменения традиционно устанавливаются многочисленные коллизии между принципами и нормами права. В теории права разграничиваются иерархические, темпоральные, содержательные и смешанные коллизии между принципами и нормами права[1], содержащимися в различных формах националь-

[1] См., например: *Ершов В.В.* Судебная власть в правовом государстве: Дисс. ... д-ра юрид. наук. С. 185–202.

ного и (или) международного права, реализуемые в государстве. Наиболее их сложным видом представляются смешанные коллизии между принципами и нормами права. Так, при установлении одновременно темпоральных и иерархических коллизий между принципами и нормами права предлагаю отдавать приоритет принципам и нормам права, имеющим более высокую юридическую силу. В случае совпадения темпоральных и содержательных коллизий между принципами и нормами права — специальным принципам и нормам права. Считаю необходимым в кодексах и других федеральных законах установить следующее правило: при смешанных коллизиях приоритет отдается принципам и нормам права, имеющим более высокую юридическую силу, затем исключающим и специальным принципам и нормам права и, наконец, принципам и нормам права, принятым (выработанным) в более позднее время.

В результате разграничения принципов и норм права, на мой взгляд, возможно также выделять два новых вида коллизий. Первый: между основополагающими (общими) принципами международного и (или) национального права, реализуемыми в государстве, специальными принципами международного и (или) национального права, выработанными в иных формах международного и (или) национального права и принципами отдельных институтов права. Как представляется, основополагающие (общие) принципы международного и (или) национального права имеют приоритет над специальными принципами международного и (или) национального права в силу их более высокой юридической силы и большей сферы правового регулирования правоотношений, а также принципами отдельных институтов специального права в силу их более высокой юридической силы и сфер правового регулирования правоотношений.

Второй вид иерархических коллизий — между принципами и нормами права, содержащими в одной форме международного и (или) национального права, реализуемыми в государстве. Поскольку принципы международного и (или) национального права характеризуются более абстрактным и универсальным характером, в результате конкретизации которых должны вырабатываться соответствующие нормы права с целью становления более определенного права и в большей степени защиты прав и правовых интересов субъектов правоотношений, постольку, на мой взгляд, соответствующие принципы права имеют приоритет над нормами права.

Наконец, важнейшее как теоретическое, так и практическое значение имеет вопрос о пределах индивидуального судебного регулирования правоотношений. Как представляется, объективно неизбежный, теоретически обоснованный и практически необходимый процесс индивидуального судебного регулирования правоотношений не может быть основан только на субъективном «усмотрении» суда, иных социальных регуляторах общественных отношений. Теоретически более обосновано, а практически — продуктивно в «трудных ситуациях», а точнее — в процессах индивидуального судебного регулирования правоотношений, суд должен руководствоваться прежде всего принципами и нормами права, содержащимися в единой, многоуровневой и развивающейся системе форм национального и международного права, реализуемыми в государстве.

Г. Харт и Р. Дворкин, во-первых, в необходимой степени не раскрыли понятие «трудные ситуации», характеризовали их весьма неопределенно, не использовали общенаучные категории. Во-вторых, не проанализировали сущность и природу «трудных ситуаций». На мой взгляд, социальное явление, названное Г. Хартом и Р. Дворкиным «трудными ситуациями», теоретически точнее относить к индивидуальному регулированию правоотношений, в том числе к индивидуальному судебному регулированию правоотношений, являющемуся не «просто» «трудным», а объективно существующим и «действительным» индивидуальным регулятором правоотношений. Более того, правовые и индивидуальные регуляторы правоотношений реально не только взаимодействуют, но и неизбежно взаимодополняют друг друга как парные категории.

2.4. Международное и национальное право

В международном и национальном праве имеется множество проблем, часть из которых хотелось бы затронуть в данном параграфе с позиций наиболее распространенных в мире, в том числе и в России, типов правопонимания. Так, длительное время многие научные и практические работники в соответствии с юридическим позитивизмом сводили (и сводят до сих пор) право прежде всего только к закону, «законодательству» (а точнее — к национальным правовым актам), принятым управомоченными органами государственной власти. В связи с этим Н. Н. Тарасов, исследуя методологические

общетеоретические проблемы советского этапа развития правоведения, сделал убедительный вывод: «Основным фактором, определяющим его особенности в области методологических исследований, является императивное политическое «вменение» материалистической диалектики, как единственного научного метода познания права... С учетом этого, принципиальной особенностью советского этапа юридической науки является ее развитие в рамках «монистической методологии»[1].

Однако юридический позитивизм и «монистическая методология» по существу не оставляют международному праву объективно необходимого и достаточного места в системе форм права, реализуемых в России, не учитывают проверенные веками положения и выводы иных типов правопонимания. Так, по мнению В. В. Попова, в современный период в специальной литературе преобладают три основных типа правопонимания: позитивистский, юснатуралистический и переходный, пытающийся в какой-то мере совместить позитивное и естественное право[2]. В 20-х гг. XX в. начал складываться социалистический тип правопонимания, получивший практически абсолютное признание. Если социалистическое правопонимание сводило право к нормативным правовым актам (на мой взгляд, — к национальным правовым актам), принятым правотворческими государственными органами, то в 50–80 гг. XX столетия начали постепенно развиваться и иные разновидности правопонимания. Так, Л. С. Явич и С. А. Комаров подчеркивали связь права и экономики, а также его классовый характер. В. Н. Хропанюк рассматривал право с позиции внеклассовой как систему общеобязательных правил поведения, установленных и охраняемых государством. А. В. Малько с позиции философии прагматизма делал акцент на инструментальном подходе к пониманию права, как средстве социального контроля.

Е. В. Рябченко, критически проанализировав теоретические и практические проблемы сведения права только к правовым актам, принимаемым государством, справедливо заметила: «В результате

---

[1] *Тарасов Н. Н.* Методологические проблемы современного правоведения: Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. Е., 2002. С. 12, 13.

[2] См., например: *Попов В. В.* Правопонимание и правовой нигилизм в российском обществе: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 7; *Гаджинова Ф. М.* Источники права и их система в современном российском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 13, 14.

кризиса позитивистской методологии, господствующей в юриспруденции в России...и основанных на ней философско-правовых идей (не способных разрешить насущные вопросы права и теоретически найти продуктивные пути, средства и формы проведения реформ общественно-политического строя в России) закономерным явился процесс «возрождения» естественного права, имеющего различные теоретико-методологические основы (немецкую классическую философию, религиозно-этическую философию, неокантиантство и неогегельянство)»[1]. Выдающийся российский юрист П. И. Новгородцев убедительно подчеркивал: естественное право представляет собой «неискоренимую потребность человеческого мышления и исконную принадлежность философии права»[2].

Исследуя историко-философские корни уже современного конституционализма, Ш. И. Алиев обоснованно подчеркивал: «Учения об основных элементах конституционализма (демократия; права человека; республика; представительное правление; разделение властей; правовое, социальное и светское государство; гражданское общество; общественный договор; народный суверенитет и т. д.) не только получили свое обоснование в рамках теории естественного права, но и связаны с ней исторически и генетически. Поэтому сама концепция конституционализма, составленная из перечисленных выше идей, прошла в своем развитии все известные истории поступательные этапы движения общества и представляет собой не что иное, как логичный гносеологический вывод естественно-правовой доктрины»[3].

Переходный тип правопонимания характеризуется попытками ученых, как обоснованно заметила Ф. М. Гаджиманова, «во всех возможных вариантах совместить принципы позитивизма и так называемого «юридического натурализма». Такой путь приводит к «многоуровневому», или «интегративному», подходу в правопонимании»[4]. В этой связи весьма характерным является вывод В. М. Ша-

[1] *Рябченко Е. В.* «Возрождение» естественного права и его значение для позитивного права России в конце XIX и начале XX века: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2002. С. 10.

[2] *Новгородцев П. И.* История философии права. М., 1897. С. 162.

[3] *Алиев Ш. И.* Историко-философские корни современного конституционализма: Автореф. ... канд. юрид. наук. М., 1999. С. 8, 9.

[4] *Гаджинова Ф. М.* Источники права и их система в современном российском праве: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. С. 13.

фирова: «Право есть явление многоаспектное. Ни одна из теорий в отдельности не дает, да и не может дать полное и всестороннее представление о праве... Синтез разных школ права (в особенности естественного права и юридического позитивизма) позволяет выдвинуть, обосновать идею и концепцию естественно-позитивного права или позитивного права в человеческом измерении»[1].

Исследователи занимают различные позиции и в вопросе соотношения естественного и позитивного права. Так, Е. Н. Трубецкой полагал, что, «отвергнув естественное право, мы лишили себя **всякого критерия** для оценки действующего права»[2] (выделено мною. — *В. Е.*). В настоящее время такую позицию разделяют многие современные научные и практические работники. Например, В. В. Попов утверждает, что «противостояние позиций естественного и позитивного права может быть преодолено в том случае, если естественное право рассматривать как **цель** или **модель будущего, желаемого правопорядка**, а позитивное право — как средство достижения указанной цели»[3] (выделено мною. — *В. Е.*).

В свою очередь, Ф. М. Гаджинова пришла к несколько иному выводу: «Общепризнанные нормы и принципы международного права могут рассматриваться в качестве **источников права первого порядка** (для правотворцев), т. е. как обязательный фактор, который должен учитываться при формировании позитивного права; признание их **в качестве источника применяемого права** будет декларативным, так как их применению препятствует официально признанная форма их выражения»[4] (выделено мною. — *В. Е.*). Наконец, В. М. Шафиров, несмотря на собственное предложение о необходимости синтеза школ естественного права и юридического позитивизма, утверждал: «По своей сущности естественно-позитивное право есть **возведенная в закон (или официальные источники) воля большинства людей,** провозглашающая человека, его права и свободы высшей ценностью»[5] (выделено мною. — *В. Е.*).

На мой взгляд, естественное право нельзя относить к «критерию» действующего права; «цели или модели будущего, желаемому

---

[1] *Шафиров В. М.* Естественно-позитивное право (проблемы теории и практики): Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. Н. Новгород, 2005. С. 8, 9.

[2] *Трубецкой Е. Н.* Лекции по энциклопедии права. М., 1913. С. 32.

[3] *Попов В. В.* Указ. соч. С. 13.

[4] *Гаджинова Ф. М.* Указ. соч. С. 10.

[5] *Шафиров В. М.* Указ. соч. С. 10.

правопорядку»; «источникам права первого порядка для правотворцев»; «возведенной в закон и иные официальные источники воле большинства людей». Целью права является регулирование правоотношений, защита прав и правовых интересов граждан и юридических лиц. Отсюда как естественное, так и позитивное право возможно и необходимо рассматривать в качестве различных типов правопонимания. При таком теоретическом подходе можно сделать и следующий *вывод*: по своей сущности национальное и международное право, реализуемое в государстве, составляет «сложную совокупность, интеграцию в том числе естественного, социологического и позитивного права». **Наиболее существенным «внутринаучным» процессом современной науки права**, — в целом справедливо, но весьма неопределенно подчеркивал Н. Н. Тарасов, — является не переход от марксизма к альтернативным философско-методологическим основаниям юридических исследований, а **переход от монистической методологии к философско-методологическому плюрализму**»[1] (выделено мною. — *В. Е.*).

Действительно, в теории права и на практике закономерно возник следующий вопрос: какова же в действительности научно обоснованная «сложная совокупность» международного и национального права? В конце XIX в. появились первые фундаментальные исследования, посвященные вопросам взаимовлияния и соотношения международного и национального права. Так, Г. Гроций, С. Пуффендорф, Х. Вольф, Э. Ваттель и другие ученые, изучавшие проблемы международного и национального права с позиции соотношения естественного и позитивного права, признавали примат естественного права.

В то же время Г. Трипель — один из представителей классического дуализма в своей работе «Международное и внутригосударственное право», изданной в 1899 г., изложил основные положения концепции дуализма, в соответствии с которой существуют две самостоятельные системы права — система международного права и система внутригосударственного права, которые лишь взаимодействуют и сближаются, но не объединяются в единую систему права и регулируют различные правоотношения. Система международного права — отношения между государствами. Система внутригосударственного права — отношения между физическими и (или) юридическими лицами.

[1] *Тарасов Н. Н.* Указ. соч. С. 9.

В период глобализации с позиции научно обоснованной концепции интегративного понимания права концепция дуализма по меньшей мере теоретически дискуссионна, а практически контрпродуктивна. Более того: концепция дуализма в необходимой степени не позволяет защищать, например, права и правовые интересы физических и юридических лиц в случае их нарушения национальными органами государственной власти.

Однако концепция дуализма достаточно широко распространена и в настоящее время. Так, Б. И. Нефёдов в 2011 г. в автореферате диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук на тему: «Соотношение международного и внутригосударственного права: проблема формирования межсистемных образований», исходя из концепции дуализма, писал: «Право...имеет свою структуру. Прежде всего, оно делится на самостоятельные независимые правовые системы — международное право и внутригосударственное право отдельных государств»[1]. Такое искусственное и теоретически спорное разграничение международного и внутригосударственного права привело Б. И. Нефёдова к дальнейшим дискуссионным выводам о возникновении в праве межсистемых надотраслевых образований как форм взаимодействия национальных и международной правовых систем в регулировании международных немежгосударственных отношений[2].

По мнению данного автора «предметом правового регулирования межсистемных надотраслевых образований являются не внутригосударственные, а международные немежгосударственные (транснациональные) отношения. От международных межгосударственных отношений они отличаются по своему субъектному составу (хотя бы одной из сторон здесь всегда является физическое или юридическое лицо), а от внутригосударственных отношений тем, что они всегда отягощены «иностранным (международным) элементом»[3]. Весьма характерен и итоговый результат таких предложений: как отмечал сам Б. И. Нефедов, «особенностью транснациональных отношений является то, что **они не имеют «собственной» правовой системы.** Поэтому

[1] *Нефёдов Б. И.* Соотношение международного и внутригосударственного права: проблема формирования межсистемных образований: Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. М., 2011. С. 3, 4.

[2] Там же. С. 9, 10.

[3] Там же. С. 11.

в их регламентации и в их непосредственном регулировании принимают участие и нормы национального права, и нормы международного права, и нормы права иностранных государств»[1] (выделено мною. — *В.Е.*). К сожалению, Б.И. Нефёдов по существу оставил открытым вопрос о применении национальными судами принципов и норм международного права, а также норм права иностранных государств. Думаю, реализация на практике таких предложений не может не привести к противоречивой судебной практике, а также к грубым нарушениям прав и правовых интересов физических и юридических лиц.

В отличие от дуализма с позиции монизма международное и внутригосударственное право существуют в единой системе права. В специальной литературе выделяется *два вида монизма*: 1) с преимуществом внутригосударственного права; 2) с приоритетом международного права.

Монизм с приоритетом внутригосударственного права основан на работах Г. Гегеля, полагавшего, что международное право — это внешнее государственное право, а суверенитет государства является высшей международной ценностью. Вместе с тем, даже Ж. Боден, в XVI в. выделивший категорию «суверенитет», предоставленный не государству, а государю, рассматривал его не как абсолютный, а как относительный. Необходимо подчеркнуть, что ещё в XVI в. Ж. Боден понимал теоретическую несостоятельность и практическую невозможность абсолютного государственного суверенитета.

Однако уже в XXI в. многие исследователи продолжают исходить из идеи абсолютного государственного суверенитета, не приводя достаточных теоретических, правовых и практических аргументов. Так, Е.Ю. Стёпкин сделал вывод о необходимости установления Конституционным Судом Российской Федерации соответствия норм международного права Конституции Российской Федерации. Развивая эту идею, он писал: «Предлагается дополнить ч. 4 ст. 15 Конституции РФ включением в неё положений о нормах международного права, а именно: Конституционный Суд Российской Федерации по жалобам на нарушение конституционных прав и свобод граждан и по запросам судов проверяет конституционность закона и (или) нормы международного права, примененных

[1] Там же.

или подлежащих применению в конкретном деле, в порядке, установленном федеральным законом»[1]. Полагаю, данная концепция основана на первом предложении ч. 4 ст. 15 Конституции России: «Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью её правовой системы». Вероятно, на этом же основании В. Д. Зорькин считал: Европейская конвенция по правам человека — часть российского конституционного права и критиковал радикальный монизм в своей статье «Вызовы глобализации и правовая концепция мироустройства»[2].

К чему такой подход в результате приводит в сложившейся судебной практике? Приведу только два примера. Первый связан с природой постановлений Европейского Суда по правам человека (ЕСПЧ) и возобновления производства по делу судами общей юрисдикции или арбитражными судами в результате установленного этим Судом нарушения положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод. В соответствии с ч. 4 ст. 413 УПК РФ установленное ЕСПЧ нарушение положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод при рассмотрении судом Российской Федерации уголовного дела является «новым обстоятельством».

В части 2 ст. 413 УПК РФ дается аутентичное толкование оценочного понятия «новые обстоятельства» — это «обстоятельства, не известные суду на момент вынесения судебного решения...». Вместе с тем, очевидно, что, во-первых, Конвенция о защите прав человека и основных свобод не «обстоятельство», т. е. не факт, а международный договор — форма международного права; во-вторых, не «новый» «факт», а право, обязательное для применения российскими судами и существовавшее на момент рассмотрения уголовного дела. Согласно ч. 3 ст. 311 АПК РФ установленное ЕСПЧ нарушение положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод также относится к «новым обстоятельствам».

Действующий Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации длительное время вообще не предусматривал каких-либо норм права, которые должен применять суд общей юрисдикции

[1] *Степкин Е. Ю.* Соотношение норм конституционного права России и международного права при обеспечении личных прав человека и гражданина: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 11.

[2] Российская газета. 2010. 10 сент. № 5283.

при рассмотрении дел в случае установления ЕСПЧ нарушения национальным судом положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Практика судов общей юрисдикции складывалась в соответствии с юридическим позитивизмом. Так, в Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 26 февраля 2010 г. № 4-П «По делу о проверке конституционности ч. 2 ст. 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан А. А. Дорошок, А. Е. Кота и Е. Ю. Федотовой» было установлено: «в удовлетворении заявлений А. Е. Кота и А. А. Дорошка о пересмотре по вновь открывшимся обстоятельствам постановлений судов надзорной инстанции было отказано со ссылкой на то, что ст. 392 Гражданского процессуального Кодекса Российской Федерации содержит исчерпывающий перечень оснований для такого пересмотра, в число которых вынесение Европейским Судом по правам человека решения в пользу заявителя не входит»[1].

В то же время Конституционный Суд Российской Федерации, несмотря на то, что в Гражданском процессуальном кодексе Российской Федерации имелся пробел, а не содержалась норма права, противоречащая Конституции Российской Федерации, во-первых, принял запрос к своему производству. Во-вторых, Конституционный Суд Российской Федерации весьма спорно постановил: «Признать ч. 2 ст. 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации не противоречащей Конституции Российской Федерации, поскольку...она не может рассматриваться как позволяющая суду общей юрисдикции отказывать в пересмотре по заявлению гражданина вынесенного им судебного постановления по вновь открывшимся обстоятельствам в случае, если Европейским Судом по правам человека установлено нарушение положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод при рассмотрении конкретного дела...»[2].

Вместе с тем, с позиций научно обоснованной концепции интегративного понимания права, а также единой системы форм национального и (или) международного права представляется теоретически более обоснованной точка зрения, сформулированная в п. 9 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 октября 2010 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции

[1] Российская газета. 2010. 12 марта. № 51.
[2] Там же.

общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации», в соответствии с которой «при осуществлении правосудия суды должны иметь в виду, что по смыслу ч. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации…неправильное применение судом общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации может являться основанием к отмене или изменению судебного акта»[1].

Следовательно, с позиций научно обоснованной концепции интегративного понимания права, а также единой системы форм национального и (или) международного права возможно сделать иной вывод: международное право является правом, обязательным для применения судами, а не «новым» или «вновь открывшимся» «обстоятельством». В связи с этим предлагаю внести соответствующие и единообразные изменения в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации, Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации и Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации.

Второй пример связан с постановлением «*Константин Маркин... против Российской Федерации*», вынесенным ЕСПЧ 7 октября 2010 г.

> К. Маркин являлся военнослужащим военной части № 41480. 30 сентября 2005 г. жена К. Маркина родила третьего ребенка. В тот же день суд вынес решение о расторжении брака между супругами. 6 октября 2005 г. родители заключили соглашение, согласно которому их трое детей остались жить с К. Маркиным. 11 октября 2005 г. К. Маркин обратился к начальнику воинской части с просьбой предоставить ему отпуск по уходу за ребенком продолжительностью три года. 12 октября 2005 г. начальник воинской части отказал К. Маркину в его заявлении, ссылаясь на то, что по закону такой отпуск предоставляется лишь военнослужащим женского пола.
>
> 30 ноября 2005 г. К. Маркин обратился с соответствующим заявлением в суд. 14 марта 2006 г. Пушкинский гарнизонный военный суд отказал К. Маркину в удовлетворении иска в связи «с отсутствием оснований в российском законодательстве». 27 апреля 2006 г. Ленинградский окружной военный суд оставил вынесенное решение в силе. Кассационная инстанция поддержала мотивировку решения суда первой инстанции, добавив дополнительный довод: «размышления заявителя относительно равноправия мужчин и женщин…не могут служить основанием для отмены решения суда первой инстанции…».

[1] Российская газета. 2003. 02 декабря. № 224.

> 11 августа 2008 г. К. Маркин обратился в Конституционный Суд Российской Федерации. 15 января 2009 г. Конституционный Суд Российской Федерации вынес, к сожалению, не постановление, а определение с «положительным содержанием»[1], которым отклонил жалобу К. Маркина, заметив: «федеральный законодатель, определяя специальный правовой статус военнослужащих, вправе в рамках своей дискреции устанавливать для них как ограничения в части реализации гражданских прав и свобод, так и особые обязанности…».

Первая секция Европейского Суда по правам человека в своем постановлении от 7 октября 2010 г. подчеркнула: «государства могут наложить определенные ограничения на права военнослужащих в случае реальной опасности нарушения боеспособности вооруженных сил...отметила отсутствие конкретных доказательств, подтверждающих предполагаемый ущерб национальной безопасности... Конституционный Суд Российской Федерации основывал своё решение на чистом предположении... Наконец, в постановлении Европейского Суда по правам человека также замечено: «Европейский Суд особенно поражён утверждением Конституционного Суда Российской Федерации, что военнослужащий, желающий заботиться о собственных детях, может уволиться из вооруженных сил».

В то же время с позиций научно обоснованной концепции интегративного понимания права, а также единой системы форм национального и (или) международного права исковое заявление К. Маркина о предоставлении отпуска по уходу за ребенком могло быть удовлетворено. Для этого суд должен был бы применить Конвенцию МОТ № 156 «О равном обращении и равных возможностях для трудящихся мужчин и женщин: трудящихся с семейными обязанностями», вступившую в силу для России 13 февраля 1999 г. В соответствии со ст. 3 Конвенции Международной организации труда № 156 «для обеспечения подлинного равенства обращения и возможностей для трудящихся мужчин и женщин одна из целей национальной политики каждого члена Организации заключается в том, чтобы лица с семейными обязанностями, которые выполняют или желают выполнять оплачиваемую работу, могли осуществлять

[1] См. подробнее об определениях с «положительным содержанием»: *Глухов А. В.* Юридическая природа постановлений и определений Конституционного Суда Российской Федерации в сфере труда: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 15, 16.

своё право на это, не подвергаясь дискриминации, и, насколько это возможно, гармонично сочетая профессиональные и семейные обязанности». Поскольку Конвенция Международной организации труда № 156 ратифицирована Федеральным законом от 30 октября 1997 г. № 137-ФЗ и вступила для России в силу 13 февраля 1999 г., постольку в соответствии с ч. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации она имеет преимущественную силу перед российским федеральным законом, «ограничивающим права мужчин-военнослужащих на выполнение своих семейных обязанностей по воспитанию детей, и подлежит обязательному применению российскими судами. Также необходимо дополнительно подчеркнуть: в соответствии с п. 2 Декларации Международной организации труда от 18 июня 1998 г. «Об основополагающих принципах и правах в сфере труда» все государства-члены Международной организации труда, даже если они не ратифицировали основополагающие Конвенции Международной организации труда, имеют обязательство, вытекающее из самого факта их членства в Организации, соблюдать, содействовать применению и претворять в жизнь принципы, касающиеся основополагающих прав. Одним из таких основополагающих принципов является недопущение дискриминации в области труда и занятий, в том числе по полу[1].

Подобных примеров бесконечное множество. Однако, будучи ограниченным рамками монографии, полагаю, даже два проанализированных выше спора позволяют сделать предварительные выводы.

Первый: позитивистское правопонимание, ограничивающее «всё» право только национальным законом («законодательством»), а также разделение международного права и внутригосударственного права на две системы права, регулирующие различные правоотношения, в конечном итоге может привести к нарушениям прав и правовых интересов физических и юридических лиц.

Второй: научно обоснованная концепция интегративного понимания права, а также включение национального и (или) международного права в единую, развивающуюся и многоуровневую систему форм внутригосударственного и международного права, наоборот, в конечном результате может способствовать эффективной защите прав и правовых интересов физических и юридических лиц.

[1] Собрание законодательства РФ. 2004. № 32. Ст. 3284.

Третий: будущие проблемы судебного правоприменения нередко изначально закладываются в правотворческом процессе; в свою очередь, зачастую в основе проблем правотворчества находятся дискуссионные типы правопонимания, и прежде всего юридический позитивизм[1].

Второй вид монизма — монизм с приоритетом международного права над внутригосударственным правом традиционно разграничивают на радикальный и умеренный. Примером умеренного монизма, полагаю, является ч. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации: «Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора». Как представляется, умеренный монизм прежде всего в значительной степени основан на балансе прав, правовых интересов граждан и суверенитете государства, основанном на объективных процессах глобализации, происходящих в мире.

Таким образом, в соответствии с вышеизложенными теоретическими и правовыми аргументами, а также научно обоснованной концепцией интегративного понимания права, полагаю, возможно сделать несколько следующих выводов.

Первый: в соответствии с концепцией умеренного монизма национальное и международное право теоретически обосновано, а практически продуктивно интегрировать в единую, развивающуюся и многоуровневую систему форм национального и (или) международного права.

Второй: установить соотношение отдельных форм международного и национального права в соответствии с выработанной концепцией суверенитета государства.

В то же время, соотношение между отдельными формами международного и национального права в специальной литературе анализируется явно недостаточно. Необходимые и эффективные нормы права, содержащие ответ на этот сложнейший правовой вопрос, отсутствуют также в Конституции Российской Федерации, российских кодексах и иных федеральных законах. Не нашла своего определённого разрешения, думаю, поэтому данная проблема

[1] См. подробнее: *Ершов В.В.* Правопонимание, правотворчество и правоприменение // Российское правосудие. 2008. № 5. С. 7–17.

и в Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации».

Представляется принципиально новым и вопрос о *соотношении форм международного права между собой*. Недостаточно полный ответ на этот вопрос имеется в ст. 103 Устава ООН, в соответствии с которой «в том случае, когда обязательства Членов Организации по настоящему Уставу окажутся в противоречии с их обязательствами по какому — либо другому международному соглашению, преимущественную силу имеют обязательства по настоящему Уставу». Статья 36 Статута Международного Суда ООН предусматривает: «Государства-участники настоящего Статута могут в любое время заявить, что они признают без особого о том соглашения, ipso facto, в отношении любого иного государства, принявшего такое же обязательство, юрисдикцию Суда обязательной по всем правовым вопросам, касающимся: а) толкования договора; б) любого вопроса международного права...».

Данный Статут в ст. 59 и 60 устанавливает обязательность решения суда для сторон, участвующих в деле. Решение Международного Суда окончательно и не подлежит обжалованию (ст. 60 Статута Международного Суда).

Важнейшее правовое значение имеет и Венская Конвенция о праве международных договоров. Согласно ст. 1 этой Конвенции «Настоящая Конвенция применяется к договорам между государствами». Таким образом, в соответствии со ст. 103 Устава ООН, ст. 53, 64, 71 Венской Конвенции о праве международных договоров можно сделать вывод о том, что основополагающие (общие) принципы и нормы международного права имеют преимущественную силу (ius cogens — императивная норма) над специальными принципами и нормами права, содержащимися в международных договорах, отклонение от основополагающих принципов и норм международного права недопустимо, любой международный договор в этих спорах рассматривается как недействительный и не подлежащий применению.

Рассматривая вопрос о соотношении специальных принципов и норм права, содержащихся в обычаях международного права, с принципами и нормами права, выработанными в иных формах

права, например, Р.З. Зумбулидзе анализирует три возможных теоретических варианта. Первый — обычай выступает в дополнение к «закону» (consuetude secundum legem). Второй — обычай действует «кроме закона» (consuetude praeter legem). Третий — обычай реализуется «против закона» (consuetude adversus или contra legem)[1]. Как представляется, в международном праве принципы и нормы, установленные в обычаях международного права, могут реализовываться в дополнение к иным принципам и нормам международного права (consuetude secundum legem). Такой вывод, в частности, подтверждается преамбулой Венской Конвенции о праве международных договоров, в соответствии с которой «...нормы обычного международного права **будут по-прежнему регулировать вопросы, которые не нашли решения в положениях настоящей Конвенции»** (выделено мною. — *В.Е.*). В этой связи считаю возможным установить следующую *иерархию принципов и норм международного права, содержащихся в формах международного права*: 1) основополагающие (общие) принципы и нормы международного права; 2) специальные принципы и нормы права, выработанные в международных договорах; 3) специальные принципы и нормы права, содержащиеся в обычаях международного права.

Юридический позитивизм, ограничивающий практически «всё» национальное право «законом», «законодательством» и т.д., теоретически не предусматривает существование права в иных формах. Отсюда не возникает и вопрос об их соотношении. Вместе с тем, исходя из научно обоснованной концепции интегративного понимания права, внутригосударственное право объективно существует не только в форме национальных правовых актов, но также в формах основополагающих (общих) принципов национального права, национальных правовых договоров и обычаев права.

Учитывая изложенные выше теоретические и правовые аргументы, предлагаю в Конституции Российской Федерации, кодексах и иных федеральных правовых актах установить иерархию принципов и норм права, содержащихся в формах национального права. На мой взгляд, теоретически обоснованно рассмотреть следующий вариант: основополагающие (общие) принципы национального

[1] *Зумбулидзе Р.З.* Обычное право как источник (форма) гражданского права. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2003. С. 23, 24.

права; специальные принципы и нормы, установленные в национальных правовых актах; специальные принципы и нормы, выработанные в обычаях российского права.

Вопрос о месте в этой иерархии специальных принципов и норм права, сформулированных в национальных правовых договорах, требует специального анализа, поскольку названные элементы национальной подсистемы права могут быть разного уровня.

Активная дискуссия среди специалистов возникла после принятия Конституционным Судом Российской Федерации Постановления от 14 июля 2015 г. № 21-П «По делу о проверке конституционности положений ст. 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 1 и 4 статьи 11, пункта 4 части 4 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 4 статьи 413 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы»[1]. В соответствии с данным Постановлением суд общей юрисдикции, арбитражный суд при рассмотрении в установленном процессуальным законодательством порядке дела в связи с принятием Европейским Судом по правам человека Постановления, в котором констатируется нарушение в Российской Федерации прав и свобод человека при применении закона либо отдельных его положений, придя к выводу, что вопрос о возможности применения соответствующего закона может быть решен только после подтверждения его соответствия Конституции Российской Федерации, обращается с запросом в Конституционный Суд Российской Федерации о проверке конституционности этого закона»[2].

В то же время Конституция Российской Федерации — фундаментальный вид национальных правовых актов. В свою очередь, международные договоры — другая также самостоятельная форма

[1] Российская газета. 2015. 27 июля. № 163.
[2] Там же.

международного права. В соответствии с буквальным толкованием ч. 1 ст. 15 Конституции РФ **«Законы и иные правовые акты, принимаемые в Российской Федерации, не должны противоречить Конституции Российской Федерации»** (выделено мною. — *В.Е.*). Согласно же ч. 4 ст. 15 Конституции РФ «Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью её правовой системы». Наконец, «Российская Федерация в соответствии со ст. 46 Конвенции признает ipso facto и без специального соглашения юрисдикцию Европейского Суда по правам человека **обязательной по вопросам толкования и применения Конвенции и протоколов к ней** в случаях предполагаемого нарушения Российской Федерацией положений этих договорных актов, когда предполагаемое нарушение имело место после их вступления в действие в отношении Российской Федерации» (ст. 1 ФЗ закона «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов) (выделено мною. — *В.Е.*).

В современных условиях глобализации одной из важнейших юридических теоретических и практических проблем, прежде всего связанной с государственным суверенитетом, является соотношение международного и внутригосударственного права. В зарубежной и российской специальной литературе, как правило, выделяют два традиционных свойства государственного суверенитета: верховенство государственной власти по отношению к другим социальным властям внутри страны и независимость государства по отношению к другим государствам вовне[1]. Категорию «суверенитет» в XVI в. выделил Ж. Боден как «суверенитет, данный государю» для «осуществления суверенной властью справедливого управления многими семьями и тем, что находится в их общем владении»[2]. В дальнейшем суверенитет стал рассматриваться как один из основных признаков собственно государства[3].

При этом Ж. Боден в далеком XVI в. понимал практическую невозможность установления и реализации абсолютного суверенитета,

[1] См., например: *Марченко М.Н.* Государство и право в условиях глобализации. С. 69; Юридический энциклопедический словарь / М.О. Буянова (и др.), отв. ред. М.Н. Марченко. М., 2006. С. 691.

[2] *Боден Ж.* Шесть книг о государстве // История политических и правовых учений. Хрестоматия; сост. В.В. Ячевский. Воронеж, 2000. Ч. 1. С. 334, 335.

[3] См., например: *Марченко М.Н.* Теория государства и права: Учебник. М., 2009. С. 58.

подчеркивая объективное существование его определенных пределов. «Абсолютная власть государей и суверенных властителей, — утверждал он, — никоим образом не распространяется на законы Бога и природы»[1]. В конце XIX — начале XX вв. Г. Еллинек, проанализировав исторический опыт европейских государств, пришёл к убедительным выводам: 1) «суверенитет есть не абсолютная, а историческая категория»; 2) история «неопровержимо показывает, что государства, которые теперь считаются издавна суверенными, **никогда не имели такого характера**»[2] (выделено мною. — *В.Е.*). Г. Кельзен в середине XX в., также, соглашаясь и развивая положение об относительности государственного суверенитета, справедливо подчеркивал: абсолютный суверенитет одного государства с неизбежностью «исключает суверенитет любого другого государства»[3]. Наконец, уже в начале XXI в. М.Н. Марченко констатировал, что в дальнейшем «...в теоретическом и практическом плане суверенитет всё больше эволюционировал от абсолютного суверенитета (хотя и в номинальном виде) к относительному...»[4].

Таким образом, возможно сделать вывод о том, что начиная с XVI в. и до настоящего времени суверенитет государств в практическом плане объективно существовал и теоретически исследовался преимущественно как относительный, а не как абсолютный. Необходимо также подчеркнуть: суверенитет государства прежде всего может быть добровольно ограничен им самим, в частности, в результате подписания соответствующих международных договоров, в том числе и о наднациональных судебных органах. Так, Россия Федеральным законом от 30 марта 1998 г. №54-ФЗ ратифицировала Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод, признав юрисдикцию Европейского Суда по правам человека.

Обращение к теоретическим проблемам правопонимания в современную эпоху глобализации имеет не только академический, но практический интерес. Глобализация — сложнейший правовой, политической, социально-экономической, экологической, культурной феномен, характеризующий взаимозависимость граждан и государств, в том числе, выражающийся во все более активном

[1] *Боден Ж.* Указ. соч. С. 335.
[2] *Еллинек Г.* Общее учение о государстве. СПб., 1908. С. 356.
[3] *Kelsen H.* General theory of law and state. N. Y., 1995. P. 86.
[4] *Марченко М.Н.* Государство и право в условиях глобализации. С. 84.

взаимовлиянии международного и национального права, перемещении людей, товаров, услуг, капитала и людей через границы государств. В этой связи международное право с объективной необходимостью становится не «стандартом» и «эталоном» национального права, а реальным правовым регулятором правоотношений в единой системе с национальным правом. Современные правотворческие и правоприменительные процессы, происходящие в России, невозможны без исследования и учета общемировых интеграционных, в частности, экономических и правовых процессов. Отсюда систему права, реализуемого в России, невозможно себе представить вне связи с международным правом.

Российские кодексы содержат различные варианты ответов на вопрос о соотношении международного и внутригосударственного права. Так, ст. 10 Трудового кодекса РФ лишь текстуально воспроизводит ч. 4 ст. 15 Конституции РФ. Статья 6 Семейного кодекса РФ, 3 Воздушного кодекса РФ, 4 Земельного кодекса РФ и 9 Жилищного кодекса РФ учитывают ч. 4 ст. 15 Конституции РФ не в полной мере: «если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены...законодательством, применяются правила международного договора». В национальных кодексах также не содержатся нормы права о соотношении принципов и норм права, содержащихся в формах международного права, с принципами и нормами права, выработанными в формах национального права. Ответ на данный сложнейший вопрос не содержится и в Конституции России.

Современные российские специалисты также занимают различные позиции по вопросу о соотношении международного и национального права. Например, Н. А. Цивадзе полагала: «Необходимым элементом современного конституционного законодательства стало положение, закрепляющее соотношение международного и внутригосударственного права. Вопрос о соотношении международного права и национального решается в пользу **сближения** норм двух систем с целью их эффективного взаимодействия»[1] (выделено мною. — *В.Е.*). Однако использованное Н. А. Цивадзе понятие «сближение» лишь подчеркивает наличие двух систем права и не отвечает

[1] *Цивадзе Н.А.* Применение норм международного права судами Российской Федерации: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 8.

на вопрос о соотношении международного и внутригосударственного права. Несколько отличную позицию занимал Е. Ю. Степкин: «важное значение, — писал он, — имеет выбор государством концепции соотношения международного и внутригосударственного права, среди которых основными являются дуалистическая и монистическая (с приоритетом международного права). При характеристике соотношения современного международного права с внутригосударственным правом России можно говорить о **диалектическом сочетании** обеих концепций»[1] (выделено мною. — *В. Е.*). Вместе с тем, выработанное автором понятие «диалектическое сочетание» также в достаточной степени не отвечает на длительный спор между сторонниками дуалистической и монистической концепции о соотношении международного и национального права.

По существу уход от ответа на принципиальный вопрос в дальнейшем, на мой взгляд, привел Е. Ю. Степкина к по меньшей мере спорным выводам: «Предлагается дополнить, — утверждал он, — ч. 4 ст. 125 Конституции РФ включением в нее положений о нормах международного права, а именно: «Конституционный Суд Российской Федерации по жалобам на нарушение конституционных прав и свобод граждан и по запросам судов **проверяет конституционность закона и (или) нормы международного права,** примененных или подлежащих применению в конкретном деле, в порядке, установленном федеральным законом»[2] (выделено мною. — *В. Е.*). В результате Е. Ю. Степкин по существу сделал предложение о создании монистической концепции «наоборот» с приоритетом национального права над международным. Возникают, как минимум, два вопроса. Первый: как и кем такие постановления Конституционного Суда Российской Федерации будет исполняться? Второй — соответствует ли такое предложение действующей Конституции Российской Федерации, основополагающим (общим) принципам права? Думаю, вопросы являются риторическими.

Противореча сам себе, Е. Ю. Степкин справедливо отмечал: «В мире преобладают две основные концепции — это дуалистическая концепция и монистическая концепция (та ее разновидность,

[1] *Степкин Е. Ю.* Соотношение норм конституционного права России и международного права при обеспечении личных прав человека и гражданина: Автореф. дисс... канд. юрид. наук. С. 10.

[2] Там же. С. 11.

которая утверждает примат международного права). Что касается нашей страны, то здесь нельзя однозначно сказать, что Россия избрала себе какую-либо определенную концепцию. С одной стороны, действуют положения дуалистической концепции о том, что международное и внутригосударственное право — это самостоятельные системы, взаимодействующие между собой. С другой стороны, нельзя не учитывать положения ч. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации, в которой общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации рассматриваются частью правовой системы России, а также признается преимущество международных договоров Российской Федерации перед внутренними законами, что укладывается в рамки монистической концепции примата международного права над внутригосударственным»[1]. Далее, подтверждая свой вывод, Е. Ю. Степкин сделал компромиссное предложение: «Если внимательно присмотреться к законодательству и к практике государства, то окажется, что в большинстве случаев речь идет не о примате, т. е. абсолютном превосходстве международных норм, а о более мягком характере соотношения, которое можно определить, как «приоритет». Действительно, ведь международные нормы действуют на территории нашей страны только в силу самой конституционной нормы и их приоритет не распространяется на Конституцию Российской Федерации»[2].

Достаточно сложную и противоречивую позицию, на мой взгляд, занимал Б. Л. Зимненко, полагающий, во-первых, что «ни при каких условиях сама по себе норма международного права не в состоянии регулировать отношения, возникающие между субъектами национального права, даже если законодательство государства «санкционирует» такое действие»[3]. Во-вторых, «принимая во внимание самостоятельность правовых порядков, основывающихся на международном и национальном праве, — думал он, — связь международного и национального права должна рассматриваться через **процесс взаимодействия, а не соотношения**, как утверждает большинство представителей отечественной и зарубежной доктрины международного права...международно-правовая норма и норма

[1] Там же. С. 16.

[2] Там же. С. 16, 17

[3] *Зимненко Б.Л.* Международное право и правовая система Российской Федерации: Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. М., 2006. С. 16.

внутригосударственного права являются нормами различных правовых систем, **которые могут взаимодействовать, но не коллидировать друг с другом**[1] (выделено мною. — *В.Е.*). В-третьих, сделал весьма спорный вывод Б.Л. Зимненко, взаимодействие международного и внутригосударственного права в сфере отношений с участием субъектов национального права осуществляется в форме национально-правовой имплементации. Причем выделяются следующие основные методы национально-правовой имплементации: метод внутригосударственного правотворчества; метод инкорпорационной отсылки; метод толкования. Вследствие действия метода инкорпорационной отсылки к источникам и нормам международного права, — в рамках правовой системы государства образуется внутригосударственная правовая норма, элементы логической структуры которой, а также компоненты содержания которой закрепляются одновременно как в источниках международного права, ставших частью правовой системы государства, так и в источниках национального права»[2].

В то же время, на мой взгляд, действующая Конституция Российской Федерации прямо не устанавливает примата или приоритета международного права над российским правом, к сожалению, включает в себя нормы, содержащие как элементы дуалистической, так и монистической концепции. Так, с одной стороны, во-первых, ч. 2 ст. 4 Конституции РФ предусматривает: «Конституция Российской Федерации и федеральные законы имеют верховенство на всей территории Российской Федерации». Во-вторых, ч. 4 ст. 15 Конституции РФ не отвечает на важнейший вопрос о соотношении общепризнанных основополагающих (общих) принципов и норм международного права с Конституцией Российской Федерации. В-третьих, ч. 1 ст. 120 Конституции РФ гласит: «Судьи независимы и подчиняются только Конституции Российской Федерации и федеральному закону». Отсюда многие исследователи утверждают о приоритете Конституции Российской Федерации над международным правом. Весьма характерно мнение Б.Л. Зимненко: «Конституция Российской Федерации в рамках правовой системы России обладает высшей юридической силой по отношению ко всем внутригосударственным нормативным актам, а также положениям, предусматриваемым

[1] Там же. С. 14, 35.
[2] Там же. С. 7.

источниками международного права, ставшими частью правовой системы государства. В случае возникновения коллизии между конституционными положениями и положениями международного права, государственный орган должен руководствоваться положениям, закрепленными в Конституции России»[1].

С другой стороны, во-первых, ч. 4 ст. 15 Конституции РФ устанавливает приоритет международных договоров Российской Федерации над национальными законами. Во-вторых, ч. 1 ст. 17 Конституции РФ содержит важнейшую норму: «В Российской Федерации признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права». В-третьих, ч. 3 ст. 46 Конституции РФ гарантирует: «Каждый вправе в соответствии с международными договорами Российской Федерации обращаться в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека, если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты». В — четвертых, ст. 18 Конституции РФ не сводит национальное право только к позитивному праву, правовым актам, принимаемым правотворческими органами государственной власти; гарантирует признание также и естественного права в качестве элемента национального права: «Права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими. Они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием».

Достаточно противоречивое правовое регулирование в Конституции Российской Федерации вопросов, связанных с соотношением международного и российского права, вполне естественно приводит научных исследователей к разнообразным выводам. Весьма характерным является мнение В. А. Толстика, который считал что «юридически обязательными для Российской Федерации являются только те нормы международного права, в отношении которых она выразила согласие на обязательность их для себя»[2]. Перефразируя его мнение, думаю, можно сделать достаточно странный вывод о необходимости применения лишь «нами признанных», а не «общепризнанных» норм международного права.

---

[1] Там же.

[2] *Толстик В.А.* Иерархия источников российского права: Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. Н. Новгород. 2002. С. 47.

Возможность непосредственного применения принципов и норм международного права изучается учеными в рамках проблемы «самоисполнимости» международного права в зависимости от форм международного права. Частично ответ на этот вопрос возможно найти и в федеральных законах. Так, согласно п. 3 ст. 5 ФЗ «О международных договорах Российской Федерация»: «Положения официально опубликованных международных договоров Российской Федерации, не требующие издания внутригосударственных актов для применения, действуют в Российской Федерации непосредственно. Для осуществления иных положений международных договоров Российской Федерации принимаются соответствующие правовые акты».

Большинство специалистов разделяют позицию, состоящую в том, что возможно непосредственное применение и действие самоисполнимых принципов и норм международного права в сфере внутригосударственных отношений. Вместе с тем, ряд авторов без достаточно убедительных теоретических и правовых аргументов отрицают такую возможность. Так, Б.Л. Зимненко полагал, что «нормы международного права по объективным критериям не способны регулировать внутригосударственные отношения, причем даже в том случае, если в национальном законодательстве будут предусматриваться соответствующие отсылочные нормы. В связи с этим на доктринальном уровне невозможно вести речь о существовании самоисполнимых норм, так как сами нормы международного права ни при каких условиях не могут быть реализованы в сфере отношений, участниками которых являются субъекты национального права независимо от того, носят ли такие нормы характер самоисполняемых, либо нет. Эти нормы не могут выполнять регулятивную функцию в сфере внутригосударственных отношений, даже если государство будет принимать дополнительные (конкретизирующие) правовые нормы. Даже на первый взгляд самоисполнимая норма международного права, с точки зрения доктрины, по своей сути всегда является несамоисполнимой (в том смысле, что она не способна регулировать внутригосударственные отношения)»[1].

Как представляется, теоретической основой как дуалистической концепции, так и различных видов отрицания непосредственного применения принципов и норм международного права,

[1] *Зимненко Б.Л.* Указ. соч. С. 27.

«самоисполнимости» международного права, возможности непосредственной реализации самоисполнимых принципов и норм международного права является юридический позитивизм, сведение права прежде всего к национальным правовым актам, принимаемым органами государственной власти. И наоборот: научно обоснованная концепция интегративного понимания права как сложная совокупность, синтез международного и национального права позволяет рассматривать международное и внутригосударственное право в рамках единой системы форм национального права, и международного права, монистической концепции непосредственного действия и применения самоисполняемых основополагающих (общих) и специальных принципов и норм международного права.

13 ноября 2003 г. Главное государственно-правовое управление Президента Российской Федерации совместно с Советом Европы провело Конференцию на весьма характерную тему: «Приведение в соответствие с европейскими стандартами российской правовой системы: десять лет сотрудничества с Советом Европы (1993–2003 гг.) и дальнейшие перспективы». Весьма показательно и то, что 21–22 марта 2006 г. в Москве состоялось заседание Постоянного совета партнерства (ПСП) Россия — Европейский союз по тематике общего пространства свободы, безопасности и правосудия, в повестке дня которого, в частности, рассматривались вопросы реализации «дорожной карты», борьбы с терроризмом, противодействия наркотикам, соглашения о визовых упрощениях, дальнейшие шаги по подготовке к переходу к безвизовому режиму взаимных поездок граждан, борьбы с оргпреступностью, миграционной проблематикой и правового сотрудничества.

2–4 июня 2004 г. в г. Санкт-Петербурге Российская академия правосудия совместно с Советом Европы провела Конференцию на тему: «Теоретические и практические вопросы применения международного права», посвященную принятому 10 октября 2003 г. Верховным Судом Российской Федерации Постановлению Пленума № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации». На конференции несколько раз выступил судья в отставке Европейского Суда по правам человека от Украины В. Г. Буткевич, подчеркнувший, в частности, несколько характерных тенденций и сделавший ряд важных выводов. Прежде

всего — постоянный рост обращений граждан в Европейский Суд, увеличение числа постановлений Европейского Суда против государств; возможность защиты Европейским Судом прав и свобод граждан в том числе и в случае их нарушения в результате применения национальных Конституций. В связи с этим представляется необходимым и актуальным еще раз вернуться к проблемам соотношения международного и национального права с позиции общей теории права, научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, деятельности правотворческих и правоприменительных органов.

В. Г. Буткевич в своем выступлении на названной выше конференции в г. Санкт-Петербурге дифференцировал пять отличных друг от друга подходов европейских государств по применению Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод: 1) автоматическое прямое применение; 2) опосредованное применение после принятия национального закона; 3) применение в результате весьма сложной обусловленности (например, в Швеции); 4) применение в случае отсутствия нормы в национальном праве; 5) прямое неприменение. Очевидно, что проанализированные выше выводы многих российских ученых и правотворческих органов большинства Европейских государств во многом совпадают.

Как представляется, вопросы о прямом или каком-то ином варианте применения международного права, соотношении международного и национального права прежде всего зависят, во-первых, от позиции государства, связанной со степенью ограничения суверенитета государства и государственной воли на ограничение действий (бездействия) национальных органов государственной власти не только (и не столько) собственными внутригосударственными правовыми актами, но также принципами и нормами международного права; во-вторых, от форм международного права, реализуемых в стране.

Важнейшее теоретическое и практическое значение имеет вопрос о прямом, не прямом или каком-то ином порядке применения принципов и норм права, содержащихся в формах международного права. Порядок их применения прежде всего зависит от типа правопонимания, господствующего в государстве. Например, с одной стороны, порядок применения принципов и норм права, содержащихся в международных договорах, может и должен быть определен в самих международных договорах. С другой стороны, основополагающие (общие) принципы международного права и обычаи

международного права, не нашедшие своего закрепления в международных договорах, в государствах могут быть признаны и самоисполнимыми формами международного права. Для России вопрос о самоисполнимости основополагающих (общих) принципов международного права и обычаев международного права после выхода из сложившегося в настоящее время экономического и политического положения с новой силой станет на повестку дня.

Наконец, вопрос о соотношении отдельных форм международного права с отдельными формами национального права должен быть разрешён посредством обсуждения, подготовки и принятия специального Федерального закона «О формах национального и международного права, реализуемого в Российской Федерации», внесения соответствующих изменений и дополнений в Конституцию Российской Федерации, кодексы и другие федеральные законы.

2.5. Источники и формы права

Понятия «источники права» и «формы права» имеют многовековую историю и активно исследуются научными работниками. Так, Тит Ливий в Древнем Риме категорию «источники права» применял в значении «юридического резервуарва», в котором содержались нормы права. В этом смысле он называл законы XII Таблиц (V в. до н. э.) источником всего публичного и частного права (Fons omnis publici privatique iuris). Следовательно, отсюда можно сделать вывод: в соответствии с историческим толкованием понятие «источник права» применялось как то, из чего исходит, возникает, проистекает что-нибудь, как основа происхождения чего-нибудь, а не внешняя форма чего-либо.

Языковое толкование понятия «источник права» возможно проанализировать, изучив, например, наиболее популярные современные национальные толковые словари. Так, понятие «источник права» в словаре С. И. Ожегова разъясняется как то, что дает начало чему-нибудь, откуда что-либо исходит[1]. В соответствии с толковым словарем русского языка понятие «источник права» — это «то, что дает начало чему-либо, служит основой для чего-либо»[2].

[1] *Ожегов С. И.* Толковый словарь русского языка. М., 1972. С. 237.
[2] Большой толковый словарь русского языка. СПб., 2001. С. 404.

Представители юридического позитивизма в XIX в. широко применяли выражения: «Как государь укажет». Дж. Остин в своей работе «The providence of jurisprudence determined», изданной в 1832 г., полагал, что право — это приказ суверена. Отсюда источником права признавалась воля государя, суверена и т. д., которая выражалась в его указах, законах и т. п.

Исходя из исторического и языкового толкования понятия «источник права» многие известные российские юристы убедительно разграничивали понятия «источники права» и «формы права». Например, Г. Ф. Шершеневич предлагал заменить традиционное (в том числе и в настоящее время) применение понятия «источники права» на понятие «формы права». Г. Ф. Шершеневич аргументировано писал: «Различные формы, в которых выражается право, носят...название источников права»[1]. Другой известный российский учёный-правовед Н. М. Коркунов пришел к аналогичному выводу: источники права — это «формы объективирования юридических норм»[2].

В СССР также активно проводилась дискуссия о понятиях «источники права» и «формы права». Так, С. Ф. Кечекьян — один из первых советских ученых-юристов, специально изучавший понятие «источники права», пришел к характерному выводу: под источником права следует понимать специфическую («особую») «форму» изъявления воли и придания ей значения общеобязательной нормы[3]. Убеждённым и последовательным сторонником применения понятия «формы права» в советский период был А. Ф. Шебанов, в частности, писавший: «Применение термина «формы права» вместо термина «источник права» в формальном смысле более оправдано...потому, что...не соответствует общепринятому в русском языке понятию слова «источник» как силы, причины, создающей данное явление»[4].

К сожалению, начиная с 80–90-х гг. XX в. в России многие ведущие специалисты в области теории права и государства без достаточно убедительных теоретических, правовых и практических

---

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права. (Философия права. Часть теоретическая). Рига, 1924. Т. 1. С. 368.

[2] *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права. СПб., 1897. С. 288.

[3] *Кечекьян С. Ф.* О понятии источника права // Учён. зап. МГУ. Труды юр. ф-та. Вып. 116. М., 1946. Кн. 2. С 4.

[4] *Шебанов А. Ф.* Форма советского права. М., 1968. С. 42.

аргументов начали активно применять понятие «источники права» по существу к внешним формам национального и (или) международного права. Например, С. С. Алексеев писал, что «источники права — это исходящие от государства или признаваемые им официально документальные способы выражения и закрепления норм права, придания им юридического, общепризнанного значения»[1]. Характерно, что весьма противоречивую позицию занимал и Л. С. Явич, другой известный учёный в области общей теории права в СССР: «Внешняя форма социалистического права состоит из источников объективного и субъективного права»[2].

Показательно также и то, что М. Н. Марченко, один из ведущих специалистов в области теории права и государства в России в XXI в., убедительно и тонко заметил: при рассмотрении «источников права» в «формально-юридическом плане...основное внимание исследователей концентрируется на средствах или способах внутренней организации правовой материи, а также на формах её выражения вовне»[3]. Однако, как это ни парадоксально, свою собственную работу М. Н. Марченко назвал традиционно: «Источники права»[4].

С. А. Калинин — один из соавторов пособия по общей теории Белорусского государственного университета определил источник права как «...многозначный **термин, характеризующий внешнее выражение права** (выделено мною. — *В. Е.*) и раскрывающий признак его формальной определенности»[5]. «Многозначность термина» «источник права», думаю, также проявляется и в том, что Глава 18 данного пособия называется «Источники (формы) права»[6].

К сожалению, в XXI в. многие российские специалисты в области общей теории права и государства понятия «источники права» и «формы права», также, как правило, нередко отождествляют[7].

---

[1] *Алексеев С. С.* Право: азбука — теория — философия: Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 76.

[2] *Явич Л. С.* Право развитого социалистического общества (сущность и принципы). М., 1978. С. 100.

[3] *Марченко М. Н.* Источники права. М., 2005. С. 51.

[4] Там же.

[5] *Калинин С. А.* Понятие и виды источников права / Общая теория права: Пособие / В. А. Абрамович [и др.]; под общ. ред. С. Г. Дробязко, С. А. Калинина. Минск, 2014. С. 283.

[6] Там же.

[7] Например: *Марченко М. Н.* Источники права. М., 2005. С. 55; *Малько А. В.* Краткий юридический словарь. М., 2007. С. 75.

Как заметил М. Н. Марченко, «во избежание недопонимания в подобных случаях при рассмотрении формы права, после написания «формы права», как правило, в скобках, в виде констатации тождественности и равнозначности искомых терминов следует термин «источник права»[1]. Целый ряд других ученых использует понятие «источники права» в действительности только к внешним формам международного и внутригосударственного права[2]. Так, М. И. Байтин **«под формой (источником) права» понимал «определенные способы (приемы, средства) выражения государственной воли общества»**[3] (выделено мною. — *В. Е.*).

Традиционно в юридической литературе выделяют различные «источники» права. Например, С. А. Калинин писал: «Под источником права обычно понимают материальные условия жизни общества (источник права в материальном смысле), причины юридической обязательности норм (источник права в формальном смысле), источники познания права (исторические источники права), политические и идеологические решения, определяющие направленность правового регулирования и содержания права (идеологические источники права)»[4].

Вместе с тем, необходимо подчеркнуть: значительное число специалистов все-таки считает возможным разграничивать понятия «источники права» и «формы права». Так, последовательным сторонником данной точки зрения являлся Д. А. Керимов, писавший еще в 1972 г.: ««форма права» характеризуется не только внутренней структурной организацией, но и разнообразием внешнего выражения... Внешняя форма правовой нормы — это выражение вовне внутренне организованного содержания ее»[5]. В работе «Методология права: Предмет, функции, проблемы философии права», изданной уже в 2003 г., Д. А. Керимов, анализируя вопрос о формах права, вообще не использовал понятие «источники права», акцентировав внимание читателей на содержании и формах права[6].

---

[1] Там же. С. 55.

[2] См., например: *Алексеев С. С.* Тайна и сила права. Наука права: новые подходы и идеи. Право в жизни и судьбе людей. М., 2011. С. 17; *Толстых В. Л.* Курс международного права: Учебник. М., 2010. С. 101–201.

[3] *Байтин М. И.* Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). С. 67.

[4] *Калинин С. А.* Указ. соч. С. 283, 284.

[5] *Керимов Д. А.* Философские проблемы права. М., 1972. С. 222, 226.

[6] *Керимов Д. А.* Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права. М., 2003. С. 166–179.

В. О. Лучин и А. В. Мазуров в 2000 г. пришли к обоснованному выводу о том, что если «форма права» показывает, как выражено вовне содержание права, то термин «источник права» охватывает истоки формирования права, систему факторов, предопределяющих его содержание и формы выражения»[1]. А. Ю. Калинин и С. А. Комаров, аргументируя данную точку зрения, также в 2000 г. убедительно заметили: «Источник содержит указание на происхождение, генезис явления, в то время как понятие форма характеризует способ организации его содержания»[2].

Развивая данный вывод в 2008 г., А. В. Васильев писал, что использование теорией государства и права понятия «источник права» в связи с анализом форм права не соответствует общепринятому, разработанному философией понятийному аппарату. Исходя из философского анализа понятия «источник», автор обоснованно сделал заключение о том, что данное понятие не является научным и не может быть использовано в юридической науке. Экономические, политические, национальные, религиозные, нравственные предпосылки создания права, по справедливому мнению А. В. Васильева, являются самостоятельными объектами исследования и использование для их анализа понятия «источники права» не соответствует объективной реальности, а потому является надуманным[3].

А. И. Экимов в 2008 г. также разграничивал понятия источники и формы права[4]. Убежденным сторонником дифференциации понятий «источники права» и «формы права» являлся В. П. Реутов, считающий, что необходимо «...различать источники права как истоки, порождающие право (экономика, нравственность, правосознание, доктрины и др.), и как внешние способы выражения и соответствующие им формы существования правовых норм»[5].

---

[1] *Лучин В. О., Мзуров А. В.* Указы Президента РФ. Основные социальные и правовые характеристики. М., 2000. С. 11.

[2] *Калинин А. Ю., Комаров С. А.* Форма (источник) права как категория в теории государства и права // Правоведение. 2000. № 6. С. 4–10.

[3] *Васильев А. В.* «Источники и формы права» как научная категория // Источники права: проблемы теории и практики. М., 2008. С. 39–42.

[4] *Экимов А. И.* К методологии анализа источников права // Источники права: проблемы теории и практики. М., 2008. С. 30.

[5] *Реутов В. П.* Типы правопонимания и проблема источников и форм права // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2010. № 2. С. 60.

Как представляется, имеются достаточные не только языковые, но прежде всего философские, теоретические и правовые аргументы для дифференциации понятий «источники права» и «формы права». Традиционно специалисты, разграничивающие понятия «источники права» и «формы права», ограничиваются только языковыми аргументами, приводя доводы, основанные на различной этимологии данных понятий. Понятие «источник» в русском языке означает «то, что дает начало чему-нибудь, откуда исходит что-нибудь»[1]. В то же время понятие «форма» определяет «внешнее очертание, наружный вид...[2], внешнее выражение чего-либо. Однако в пользу разграничения правовых категорий «источники права» и «формы права» имеются также и философские аргументы, изложенные в работах Д. А. Керимова, названных выше, а также теоретические аргументы, прежде всего основанные на научно обоснованной концепции интегративного правопонимания.

Характерно, что М. Н. Марченко в своей книге «Источники права» параграф 1 Главы 1 назвал «Проблемы правопонимания в связи с исследованием источников права». В данной работе автор убедительно писал, что от методологических позиций исследователя зависят его представления о формах и источниках права[3]. К аналогичному выводу приходят и многие другие научные работники[4].

Не вдаваясь в детальную дискуссию по данному вопросу, хотелось бы коротко высказать собственную точку зрения по данной проблеме. В мире в целом, в том числе и в России, как отмечалось в монографии ранее, доминируют два наиболее распространенных типа правопонимания: юридический позитивизм и интегративное правопонимание. В свою очередь, как представляется, существует множество разновидностей интегративного правопонимания. В целом, думаю, их возможно дифференцировать на два вида: научно обоснованное и научно дискуссионное интегративное правопонимание.

С позиции юридического позитивизма «источником» по существу «всего» права является деятельность правотворческих,

---

[1] *Ожегов С. И., Шведова Н. Ю.* Толковый словарь русского языка. М., 1999. С. 255, 256.

[2] Там же. С. 855.

[3] *Марченко М. Н.* Источники права. М., 2005. С. 29.

[4] Например: *Петров К. В.* Об источниках и формах права в постсоветском правоведении // Ленинградский юридический журнал. 2009. № 1. С. 75.

исполнительных и судебных органов государственной власти, а внешней «формой» права — прежде всего «законодательство», а точнее — национальные правовые акты. В странах англосаксонского права с позиции юридического позитивизма к праву относят и «судебные прецеденты» — результаты деятельности судов, также органов государственной власти. В России многие научные и практические работники «убеждены» (на мой взгляд, без достаточных теоретических и правовых аргументов), что «судебные прецеденты» также являются «источниками» права и в нашей стране[1].

К сожалению, широчайшее распространение во всем мире, в том числе, и в России, получили различные виды научно дискуссионных концепций интегративного правопонимания, основанные на одной из разновидностей синтетической теории права, искусственно и теоретически спорно интегрирующие в себе онтологически разнородные и многообразные как правовые, так и неправовые явления, например, нормы права, правосознание, правоотношения, «основы», «положения», идеи, «правовые позиции» суда, «судебные прецеденты», индивидуальные (частные) договоры и т. д. В этой связи с позиции данных концепций соответственно возникает огромное множество самых разнообразных «источников» и «форм» права.

В свою очередь, научно обоснованная концепция интегративного правопонимания, основанная на общенаучных положениях и выводах, сводится к интеграции только онтологически однородных, нашедших свое внутреннее и внешнее выражение форм национального и (или) международного права, «утвержденных» многовековой правореализационной и правотворческой практикой. При таком теоретическом подходе «источниками», например, национального права, в частности, является деятельность органов государственной власти, которая внешне выражается в «форме» внутригосударственных правовых актов; а также соглашения управомоченных органов, организаций, лиц и т. д., внешне выражающиеся в форме национальных правовых договоров. «Источниками» международного права в форме международных договоров — соглашения государств, управомоченных международных организаций и т. д.

---

[1] См., например: *Гук П. А.* Судебная практика как форма судебного нормотворчества в правовой системе России: общетеоретический анализ: Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. М., 2012.

В связи с вышеизложенными философскими, теоретическими, правовыми, историческими и языковыми аргументами, думаю, «источники» права обоснованно рассматривать как его начала, характеризующие происхождение права, генезис, то, из чего право происходит; в то же время — «формы» права — как внутреннее и внешнее выражение права. Данное понимание «источников» и «форм» права позволяет сделать и следующий вывод: анализируя право с позиции общей теории систем и научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, право прежде всего объективируется в принципах и нормах права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве. При таком теоретическом подходе считаю возможным прежде всего выделять следующие формы национального и международного права: основополагающие (общие) принципы внутригосударственного права; национальные правовые акты; национальные правовые договоры; обычаи национального права; основополагающие (общие) принципы международного права; международные договоры и обычаи международного права.

Весьма характерно, что не только в юридической литературе по общей теории права, но и в отраслевых научных исследованиях по проблемам, связанным с понятиями «источники права» и «формы права», по существу понятия «источники права» и «формы права» не разграничиваются. Так, традиционно многие специалисты по международному праву выделяют только один его «источник» — международные договоры. В то же время, полагаю, теоретически более обоснованно выделять, как минимум, следующие формы международного права: 1) основополагающие (общие) принципы международного права; 2) международные договоры; 3) обычаи международного права.

Например, действительным источником международных договоров являются соглашения государств и иных управомоченных субъектов международного права. Источником основополагающих (общих) принципов международного права — например, деятельность управомоченных специализированных международных учреждений (организаций), а также единообразные и неоднократно повторяемые действия субъектов международного права по защите своих правовых интересов, обеспеченные принуждением. При таком теоретическом

подходе источники национального и (или) международного права — это то, из чего право происходит. Формы национального и (или) международного права — его внутреннее и внешнее выражение[1].

Далее возможно привести аналогичные точки зрения, выработанные и в других отраслях права. Например, как правило, в статьях, монографиях, диссертациях и учебниках по арбитражному и гражданскому процессуальному праву, написанных с позиции юридического позитивизма, во-первых, применяется понятие «источники», а не «формы» процессуального права; во-вторых, по существу всё процессуальное право сводится к законам, правовым актам («законодательству»). Например, Г. А. Жилин писал: «Обычно источниками гражданского и арбитражного процессуального права называют правовые акты, содержащие нормы соответствующей отрасли права»[2]. В другой своей статье Г. А. Жилин последовательно продолжал: «По характеристике Конституции Российской Федерации **как источника** гражданского и **арбитражного процессуального права**...» (выделено мною. — *В. Е.*)[3]. В связи с этим многие специалисты делают вывод о том, что правовые акты есть «то, где содержится норма права, то, откуда юристы-практики черпают знания о нормах позитивного права»[4]. Определенным диссонансом представляется позиция Я. Ф. Фархутдинова: правовые акты, по его мнению, являются также способом выражения процессуальных норм, внешней формой их существования[5]. Вместе с тем весьма показательно, что данный вывод сделан Я. Ф. Фархутдиновым в статье, носящей название «Виды источников гражданского процессуального права»[6].

При таком доктринальном подходе вполне закономерными представляются и соответствующие положения в учебниках

---

[1] Например: *Ершов В. В.* Основополагающие общетеоретические и гражданско-правовые принципы права. М.: РАП, 2010. С. 8–96.

[2] *Жилин Г. А.* Значение решений Конституционного Суда РФ как источника гражданского и арбитражного процессуального права // Журнал конституционного правосудия. 2008. № 1. С. 22.

[3] *Жилин Г. А.* Конституция Российской Федерации как источник гражданского и арбитражного процессуального права // Журнал конституционного правосудия. 2008. № 3. С. 12.

[4] См., например: *Денисов С. А., Смирнов П. Л.* Теория государства и права: конспект авторских лекций. Тюмень, 2000. Ч. 1. С. 52.

[5] *Фархутдинов Я. Ф.* Виды источников гражданского процессуального права // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2001. № 1. С. 11.

[6] Там же.

по арбитражному и гражданскому процессуальному праву. Так, В. В. Ярков писал: «Источники арбитражного процессуального права — это правовые акты, содержащие нормы данной отрасли права. Источники арбитражного процессуального права разнообразны и делятся на два основных вида: законы и подзаконные нормативные акты...»[1]. В. В. Молчанов, изучив тему «законодательство о гражданском судопроизводстве в судах общей юрисдикции», по существу пришел к аналогичному выводу: «В силу свойственной праву системности его источники образуют взаимосвязанную совокупность, именуемую системой законодательства. Применительно к гражданскому процессуальному праву — это законодательство о судопроизводстве в судах общей юрисдикции»[2].

Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации и Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации в качестве «источников» гражданского и арбитражного процессуального права прежде всего выделяют «законодательство» о гражданском и арбитражном судопроизводстве. Так, ст. 1 ГПК РФ называется «Законодательство о гражданском судопроизводстве». В то же время в ч. 1 ст. 1 ГПК РФ установлено: «Порядок гражданского судопроизводства в федеральных судах общей юрисдикции определяется Конституцией Российской Федерации...» Отсюда возникают, как минимум, два вопроса. Первый: относится ли Конституция Российской Федерации к виду законодательства? Второй: как должны поступать судьи общей юрисдикции в случае установления противоречий (коллизий) между принципами и нормами права, содержащимися, с одной стороны, в Конституции Российской Федерации, с другой — в «законодательстве»? На эти, думаю, важнейшие теоретические и практические вопросы ответы в ст. 1 ГПК РФ, к сожалению, отсутствуют.

На мой взгляд, Конституция Российской Федерации является видом не «законодательства» в широком смысле этого слова, а фундаментальным видом национальных правовых актов[3]. В связи с этим предлагаю, во-первых, дополнить Гражданский процессуальный

---

[1] Арбитражный процесс: Учебник / Отв. ред. В. В. Ярков. М., 2008. С. 37.

[2] Гражданский процесс: Учебник / Под ред. М. К. Треушникова. М., 2011. С. 38, 39.

[3] См.: *Ершов В. В.* Конституция Российской Федерации как фундаментальный нормативный правовой акт, содержащий основополагающие принципы и нормы российского права, подлежащие прямому применению // Российской правосудие. 2009. № 2. С. 4–11.

кодекс Российской Федерации целым рядом статей о национальных правовых актах, содержащих принципы и нормы гражданского процессуального права. Во-вторых, считаю необходимым начать со статьи о применении Конституции в следующей редакции: «Конституция Российской Федерации содержит принципы и нормы гражданского процессуального права, имеющие высшую юридическую силу, прямое действие и применяющиеся непосредственно на всей территории Российской Федерации. В случае противоречия между основополагающими (общими) принципами и нормами права, содержащимися в Конституции России, со специальными принципами и нормами гражданско-процессуального права, установленными в иных правовых актах, применяются конституционные принципы и нормы права».

В части 2 ст. 1 ГПК РФ «Законодательство о гражданском судопроизводстве», установлено: «Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила гражданского судопроизводства, чем те, которые предусмотрены законом, применяются правила международного договора». Вместе с тем, во-первых, очевидно, что международные договоры не относятся к «российскому законодательству» о гражданском судопроизводстве. Во-вторых, думаю, также не вызывает сомнений и то, что принципы и нормы международного гражданского процессуального права содержатся не только в международных договорах. В этой связи предлагаю ч. 2 ст. 1 ГПК РФ признать утратившей силу и выработать в этом Кодексе, как минимум, одну специальную статью о формах международного гражданского процессуального права.

Дискуссионной представляется и ч. 4 ст. 1 ГПК РФ, согласно которой «В случае отсутствия нормы процессуального права, регулирующей отношения, возникающие в ходе гражданского судопроизводства, федеральные суды общей юрисдикции и мировые судьи... применяют норму, регулирующую сходные отношения (аналогия закона), а при отсутствии такой нормы действуют исходя из принципов осуществления правосудия в Российской Федерации (аналогия права)». Вместе с тем, прежде всего «в случае отсутствия нормы процессуального права» возникает пробел только в национальных правовых актах, который, по меньшей мере, спорно относить к «законодательству» о гражданском судопроизводстве. Кроме того, в специальной литературе традиционно разграничивают два вида

аналогии — отраслевая и межотраслевая. Наконец, под «аналогией права» в иных отраслях права обычно (и также спорно) понимают применение «общих начал и смысла...законодательства» (п. 2 ст. 6 ГК РФ), а не «принципов осуществления правосудия в Российской Федерации» (ч. 4 ст. 1 ГПК РФ), которые в Гражданском процессуальном кодексе Российской Федерации не определены. Такое правовое регулирование правоотношений выработано на основе традиционных выводов общей теории права, основанных на юридическом позитивизме. Например, В. В. Лазарев считал, что «аналогия права — это принятие решения, **исходя из общих начал и смысла законодательства»**[1] (выделено мною. — *В. Е.*).

В то же время, теоретически более обоснованной представляется иная точка зрения, в соответствии с которой «...с позиции научно обоснованной концепции интегративного понимания права, а также единой, развивающейся и многоуровневой системы форм внутригосударственного и международного права, ..., действительным пробелом в праве, а не только в российском законодательстве...необходимо признать отсутствие не только норм права, но и принципов права во всех формах как внутригосударственного, так и международного, права, реализуемого в России»[2].

Как это ни странно, но в Гражданском процессуальном кодексе Российской Федерации в Главе 1 «Основные положения» содержится не только ст. 1 «Законодательство о гражданском судопроизводстве», но также и ст. 11 «Нормативные правовые акты, применяемые судом при разрешении гражданских дел». На мой взгляд, данные статьи во многом необоснованно дублируют друг друга, содержат аналогичные и дискуссионные нормы права. Так, прежде всего ст. 11 ГПК РФ называется: «Нормативные правовые акты, применяемые судом при разрешении гражданских дел». В то же время очевидно, что в Гражданском процессуальном кодексе Российской Федерации содержатся не только нормы права, но и специальные принципы права. В связи с этим, считаю теоретически обоснованно, а практически необходимо называть ст. 11 ГПК РФ «Российские правовые акты».

---

[1] Общая теория государства и права. В 3 т. / Отв. ред. М. Н. Марченко. М., 2007. Т. 2. С. 746.

[2] *Ершов В. В.* Международное и внутригосударственное право с позиций легизма и интегративного понимания права // Российское правосудие. 2011. № 8. С. 14.

Кроме того, ч. 1 ст. 11 ГПК РФ предусматривает весьма неопределенную норму права: «Суд обязан разрешать гражданские дела на основании Конституции Российской Федерации». Слова «на основании Конституции Российской Федерации» не содержат для судей достаточно точного и определенного «порядка» (правила) рассмотрения гражданских дел. В части 1 ст. 11 ГПК РФ также установлено: «Суд обязан разрешать гражданские дела на основании...международных договоров Российской Федерации». Однако в ч. 1 ст. 11 ГПК РФ не указаны иные формы международного права, кроме международных договоров, и не установлено соотношение между формами международного права, содержащими принципы и нормы международного гражданского процессуального права, и соответствующими формами российского права.

В части 1 ст. 11 ГПК РФ, на мой взгляд, дискуссионно в числе иных национальных правовых актов, применяемых судом при разрешении гражданских дел, названы также и обычаи «делового» оборота «в случаях, предусмотренных нормативными правовыми актами». Как представляется, во-первых, теоретически более точно выделять «обычаи гражданского процессуального права», а не «обычаи делового оборота». Во-вторых, обычаи гражданского процессуального права, по моему мнению, являются не видом «национальных правовых актов», применяемых судом при разрешении гражданских дел, а самостоятельными формами как международного, так и внутригосударственного гражданского процессуального права. В-третьих, полагаю, «обычаи делового оборота» (точнее — обычаи права), предусмотренные «национальными правовыми актами», в результате своей эволюции могут трансформироваться в нормы, а в последующем и в специальные принципы гражданского процессуального права. Таким образом, обычаи гражданского процессуального права теоретически точнее относить к самостоятельным формам международного и внутригосударственного гражданского процессуального права.

Часть 2 ст. 11 ГПК РФ, с одной стороны, сделала значительный шаг вперед по сравнению со ст. 1 ГПК РФ: «Суд, установив при разрешении дела, что нормативный правовой акт не соответствует нормативному правовому акту, имеющему большую юридическую силу, применяет нормы акта, имеющего наибольшую юридическую силу». С другой стороны, полагаю, ч. 2 ст. 11 ГПК РФ сформулирована

теоретически недостаточно корректно. Предлагаю, действующую ч. 2 ст. 11 ГПК РФ признать утратившей силу и изложить её в следующей редакции: «В случае противоречия между специальными принципами и нормами права, содержащимися в различных национальных правовых актах, прямо и непосредственно применяются специальные принципы и нормы права, закрепленные в национальных правовых актах, имеющих большую юридическую силу».

К сожалению, ч. 3 ст. 11 ГПК РФ вошла в противоречие с ч. 4 ст. 1 ГПК РФ, несмотря на то, что данные нормы права регулируют аналогичные правоотношения, связанные с преодолением судами общей юрисдикции и мировыми судьями пробелов в национальных правовых актах. Так, согласно ч. 4 ст. 1 ГПК РФ: «В случае отсутствия нормы процессуального права, регулирующей отношения, возникающие в ходе гражданского судопроизводства, федеральные суды общей юрисдикции и мировые судьи...применяют норму, регулирующую сходные отношения (аналогия закона), а при отсутствии такой нормы действуют исходя **из принципов осуществления правосудия в Российской Федерации** (выделено мною. — *В.Е.*) (аналогия права)». Вместе с тем, в соответствии с ч. 3 ст. 11 ГПК РФ: «В случае отсутствия норм права, регулирующих спорное отношение, суд применяет нормы права, регулирующие сходные отношения (аналогия закона), а при отсутствии таких норм разрешает дело исходя из **общих начал и смысла законодательства** (аналогия права)» (выделено мною. — *В.Е.*).

По существу аналогичные дискуссионные нормы права содержатся и в Арбитражном процессуальном кодексе Российской Федерации. Например, ст. 3 АПК РФ называется «Законодательство о судопроизводстве в арбитражных судах». Согласно ч. 2 данной статьи «Порядок судопроизводства в арбитражных судах **определяется** Конституцией Российской Федерации» (выделено мною. — *В.Е.*). Часть 3 ст. 3 «Законодательство о судопроизводстве в арбитражных судах» также устанавливает: «Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила судопроизводства, чем те, которые предусмотрены законодательством Российской Федерации о судопроизводстве в арбитражных судах, применяются правила международного договора».

Во многом ст. 13 АПК РФ повторяет дискуссионные нормы права, содержащиеся в ст. 11 ГПК РФ. Например, в соответствии с ч. 1 ст. 13 АПК РФ: «Арбитражные суды рассматривают дела

на основании Конституции Российской Федерации, международных договоров Российской Федерации...» (выделено мною. — *В.Е.*).

Согласно ч. 4 ст. 13 АПК РФ: «Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены законом, арбитражный суд применяет правила международного договора». Наконец, ч. 6 ст. 13 АПК РФ, выработанная в соответствии с юридическим позитивизмом, устанавливает: «В случае, если спорные отношения прямо не урегулированы федеральным законом и другими нормативными правовыми актами или соглашением сторон и отсутствует применимый к ним обычай делового оборота, к таким отношениям, если это не противоречит их существу, арбитражные суды применяют нормы права, регулирующие сходные отношения (аналогия закона), а при отсутствии таких норм рассматривают дела исходя из общих начал и смысла федеральных законов и иных нормативных правовых актов (аналогия права)». Поскольку законодатель в данном случае ссылается на «общие начала и смысл федеральных законов и иных нормативных правовых актов...», постольку, на мой взгляд, теоретически точнее в данном случае ссылаться не на «аналогию права», а на межотраслевую аналогию принципов и норм права, содержащихся в иных национальных правовых актах (межотраслевую аналогию).

Вместе с тем в ст. 11 ГПК РФ и ст. 13 АПК РФ содержатся и прямо противоречащие нормы права по принципиальному вопросу, связанному с прямым применением Конституции Российской Федерации. Так, согласно ч. 2 ст. 11 ГПК РФ: «Суд, установив при разрешении гражданского дела, что нормативный правовой акт не соответствует нормативному правовому акту, имеющему большую юридическую силу (на мой взгляд, — в том числе Конституции), применяет нормы акта, имеющего наибольшую юридическую силу». Часть 2 ст. 13 АПК РФ, с одной стороны, содержит по существу аналогичную общую норму права: «Арбитражный суд, установив при рассмотрении дела несоответствие нормативного правового акта иному имеющему большую юридическую силу нормативному правовому акту, в том числе издание его с превышением полномочий, принимает судебный акт в соответствии с нормативным правовым актом, имеющим большую юридическую силу». С другой стороны, в ч. 3 ст. 13 АПК РФ содержится значительное изъятие из данного общего правила: «Если при рассмотрении конкретного дела

арбитражный суд придёт к выводу о несоответствии закона, примененного или подлежащего применению в рассматриваемом деле, Конституции Российской Федерации, арбитражный суд обращается в Конституционный Суд Российской Федерации с запросом о проверке конституционности этого закона». Как представляется, ч. 3 ст. 13 АПК РФ является спорной с позиции ч. 1 ст. 15 Конституции РФ, в соответствии с которой «Конституция Российской Федерации имеет высшую юридическую силу, прямое действие и применяется на всей территории Российской Федерации».

Подводя краткие итоги исследованных проблем и учитывая проанализированные теоретические и правовые аргументы, на мой взгляд, можно сделать, в частности, следующие выводы.

Первый. Прежде всего необходимо разграничивать понятия «источники» и «формы» права, в том числе арбитражного и гражданского процессуального права. Источники права — это его начала, то, из чего оно происходит. Формы права — его внутреннее и внешнее выражение.

Второй. Если, например, в Арбитражном процессуальном кодексе Российской Федерации и Гражданском процессуальном кодексе Российской Федерации в соответствии с юридическим позитивизмом внешние формы российского и международного арбитражного и гражданского процессуального права сводятся только к законам, «законодательству», национальным правовым актам и «международным договорам Российской Федерации», то с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания к международным и российским внешним «формам» арбитражного и гражданского процессуального права следует прежде всего также относить основополагающие (общие) принципы национального арбитражного и гражданского процессуального права; национальные правовые акты, обычаи процессуального права, основополагающие (общие) принципы международного арбитражного и гражданского процессуального права, международные договоры и обычаи процессуального права, содержащие соответствующие специальные принципы и права.

Третий. В свою очередь в числе «источников», например, международного арбитражного и гражданского процессуального права можно выделять соглашения государств, иных управомоченных субъектов международного арбитражного и гражданского процессуального права; правотворческую деятельность управомоченных

специализированных международных учреждений (организаций); действия управомоченных международных субъектов арбитражного и гражданского процессуального права по защите правовых интересов участников процесса, как их единообразное и неоднократное повторение, обеспеченное различного вида принуждением. Среди источников, в частности, российского арбитражного и гражданского процессуального права прежде всего возможно назвать правотворческую деятельность органов государственной власти, действия физических и юридических лиц по защите собственных правовых интересов как их единообразное и многократное повторение, обеспеченное в том числе государственным принуждением.

2.6. Парные регуляторы правоотношений

Регулирование правоотношений — один из фундаментальных вопросов права. В специальной литературе, как правило, категории «правовое регулирование» и «индивидуальное регулирование» правоотношений рассматриваются самостоятельно. Не исключая и такого варианта исследования данных правовых категорий, полагаю, более плодотворным, теоретически возможным и практически продуктивным взаимосвязанное изучение названных правовых категорий как парных. Безусловно, в этой связи неизбежно придется ограничиться лишь отдельными общенаучными, теоретическими и правовыми аргументами, а также краткими итоговыми выводами. Такой подход обусловлен тем, что, на мой взгляд, традиционное самостоятельное изучение как правового, так и индивидуального регулирования правоотношений, хотя теоретически и допустимо, но практически недостаточно. Учитывая прежде всего абстрактный и относительно определенный характер принципов и норм права, бесконечно возникающие коллизии и пробелы в национальных правовых актах, а также многообразие и развитие правоотношений, в случае, например, разрешения спора в суде, возможно сделать следующий вывод: правовое регулирование правоотношений как разновидности регулирования общественных отношений без индивидуального регулирования (а равно и наоборот) теоретически невозможно, а практически — контрпродуктивно.

В философии «категории» — это наиболее общие понятия, отражающие существенные, всеобщие свойства, закономерные связи

и отношения явлений действительности и познания[1]. С греческого языка слово «пара» возможно перевести «возле», «вне»... В русском языке слово «пара» означает «два однородных предмета, вместе употребляемые и составляющие целое»[2]. Учитывая этимологию слов «категории» и «пара», а также в соответствии с теорией систем, ряд советских и российских ученых-юристов пришли к теоретически обоснованному выводу о возможности построения органически целостной системы понятий общей теории права на основе метода восхождения от абстрактного к конкретному[3]. «Построенная методом восхождения от абстрактного к конкретному общая теория права как целостная система, — справедливо заметил В. В. Нырков, — должна представлять собой в результате совокупность диалектических пар — противоположных понятий, приведенную в состояние органического взаимодействия, взаимосвязи посредством множества операций их (пар) определения»[4]. При таком общенаучном подходе представляется теоретически обоснованным и практически необходимым прежде всего не самостоятельное исследование правового или индивидуального регулирования правоотношений, а их анализ в качестве разнообразных, но с объективной необходимостью взаимодействующих и взаимосвязанных диалектических пар.

Кроме того, рассматривая органы судебной власти с позиции теории систем, в качестве элемента системы органов государственной власти[5], представляется необходимым в начале данного параграфа монографии обратиться к общенаучным выводам и положениям. Важную роль системного подхода в процессе исследования сложных объектов отмечал ещё Г. Гегель, подчеркивавший: «Всякое содержание получает оправдание лишь как момент целого, вне которого оно есть необоснованное предположение или субъективная уверенность»[6]. При таком общенаучном подходе прежде всего необходимо еще раз обратиться к анализу понятий «обратная

---

[1] См.: Новейший философский словарь. Минск, 2001. С. 481.

[2] *Ожегов С. И.* Словарь русского языка. М., 1973. С. 450.

[3] См., например: *Васильев А. М.* Парные категории. Методологические аспекты разработки системы категорий права. М., 1976. С. 98–111.

[4] *Нырков В. В.* Роль парных юридических категорий в процессе восхождения от абстрактного к конкретному // Право и политика. 2003. № 2. С. 19.

[5] См. подробнее: *Ершов В. В.* Суд в правовом государстве: Дисс. ... д-ра юрид. наук. М., 1992. С. 9–30.

[6] *Гегель Г.* Энциклопедия философских наук. Т. 1. С. 100.

связь» и «принципы обратной связи». В философской литературе принято разграничивать данные понятия. «В первом случае, — убедительно писал Н. И. Жуков, — обычно имеется в виду лишь канал связи в направлении от управляемого объекта к регулятору, **сам же принцип обратной связи означает коррекцию в ходе управления»** (выделено мною. — *В. Е.*)[1]. Отсюда принцип обратной связи — универсальный способ управления сложноорганизованных систем, обеспечивающий эффективное регулирование, посредством реализации которого происходит конкретизация концептуальных положений диалектики о развитии, «самодвижении» и изменении сложных органических систем, в том числе и системы органов государственной власти.

Анализ принципа обратной связи может способствовать детализации одного из высших типов причинной связи — взаимодействию элементов системы, когда каждый процесс выступает и как причина, и как следствие; углублению раскрытия сущности социально-управленческой природы индивидуального регулирования правоотношений, в том числе индивидуального судебного регулирования правоотношений; исследованию роли, значения, способов и каналов воздействия, в частности, судебной практики на регулирование правоотношений, а также на развитие международного и внутригосударственного права. Следовательно, принцип обратной связи применительно к проблемам, затрагиваемым в данном параграфе монографии, возможно рассматривать как своеобразную «коррекцию» правового регулирования правоотношений управомоченными правотворческими органами и лицами. Необходимо только подчеркнуть: безусловно, в соответствии с принципами и нормами права, содержащимися в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемыми в государстве.

Н. Винер, один из основоположников кибернетики, называвший принцип обратной связи «секретом жизни», пришел к концептуальному выводу: **«Обратная связь есть метод управления системой путем включения в неё результатов предшествующего выполнения ею своих задач»**[2] (выделено мною. — *В. Е.*). Философской основой принципа обратной

[1] *Жуков Н. И.* Философские основы кибернетики. С. 48, 49.
[2] *Винер Н.* Кибернетика и общество. М., 1958. С. 71.

связи является отражение. Будучи активной формой проявления движения отражение носит мобильный, активный характер. Думаю, исследование принципа обратной связи является одним из наиболее перспективных направлений философской мысли. Так, Л. А. Петрушенко в специально посвященной этой проблеме монографии писал: «Этот принцип характеризует одно из наиболее общих и существенных свойств живого — его способность **самостоятельно поддерживать (в определенных пределах)** (выделено мною. — *В. Е.*) нормальный процесс жизни и линию поведения в изменяющихся условиях,...зависимость управления от передачи информации,... выявляет... **момент самодвижения, присущий всей материи**»[1] (выделено мною. — *В. Е.*).

Необходимость исследования принципа обратной связи в процессе изучения, например, судебного правоприменения отмечали также и советские ученые-юристы. Так, А. Б. Венгеров в самом общем виде обоснованно заметил: в процессе правового регулирования судебная практика играет роль одной из форм обратной связи, сигнализирует о социальной эффективности правового регулирования, отражает воздействие общественных отношений на правовые нормы[2]. Эту позицию также разделял и С. С. Алексеев, но ещё в более абстрактном виде, писавший: «именно практика через механизм «обратной связи» обуславливает дальнейшее развитие содержания правового регулирования»[3].

Характерной чертой любой социальной системы является наличие в ней процессов управления, связанных с её целесообразным функционированием, обменом информацией и развитием. Как представляется, это в полной мере относится и к системе правотворческих, исполнительных и судебных органов государственной власти, а также к происходящим в ней процессам правового и индивидуального регулирования (в том числе индивидуального судебного регулирования) правоотношений, связанных с защитой прав и правовых интересов физических и юридических лиц, обменом основополагающими (общими) и специальными принципами, а также нормами права и правоприменительной практикой.

---

[1] *Петрушенко Л. А.* Принцип обратной связи. М., 1967. С. 6, 7.

[2] *Венгеров А. Б.* Роль судебной практики в развитии советского права: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 1966. С. 6.

[3] *Алексеев С. С.* Механизм правового регулирования в советском государстве. М., 1966. С. 88.

В работах советских ученых-юристов неоднократно, но лишь в самом общем виде, отмечалось, что право[1], правоприменение[2] и, в частности, судебное правоприменение[3] являются объективно необходимыми средствами социального управления. На мой взгляд, например, судебное правоприменение обладает целым рядом признаков, в целом присущих социальному управлению. В их числе можно назвать: целенаправленное организующее регулирование правоотношений, выработку и принятие с этой целью решений, связь управления с информационными процессами; необходимость дополнения «внешнего» (правового) регулирования «внутренним саморегулированием» (индивидуальным регулированием) правоотношений в соответствии с принципами и нормами права, содержащимися в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемыми в государстве; наличие целой системы связей между правотворческими, исполнительными и судебными органами власти, антиэнтропийный характер управления, связь управленческих процессов с развитием системы права.

Вместе с тем, судебное правоприменение объективно отличается от иных средств управления. В частности, управляющее воздействие осуществляется прежде всего в соответствии с принципами и нормами права, содержащимися в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемыми в государстве; деятельность органов судебной власти обеспечивается возможностью использования принудительной силы преимущественно государства и происходит в процессуальных формах, установленных в федеральных законах.

Важнейшее значение в процессе изучения проблем социального управления имеет применение выводов и положений теории информации. Н. Винер убедительно писал: «Понимание общества возможно только на пути исследования сигналов и относящихся к нему средств связи, а теория управления является только частью теории информации, являющейся обозначением содержания,

---

[1] Право и социология. М., 1973. С. 5.

[2] *Дюрятин И.Я.* Применение норм советского права и социальное (государственное) управление: Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. Свердловск., 1975. С. 4.

[3] *Петрухин И.Л., Батуров Г.П., Морщакова Т.Г.* Теоретические основы эффективности правосудия. М.: Наука, 1979. С. 123, 124.

полученного из внешнего мира в процессе нашего приспособления к нему, мерой организации сложной системы»[1]. Положение о связи управления и информации в юридической литературе «приобрело статус методологического принципа исследования сложных динамических систем»[2].

С позиции теории информации управление можно рассматривать как уменьшение неупорядоченности (энтропии), достигаемое посредством обмена прескриптивной (предписывающей) информацией, например, основополагающими (общими) и специальными принципами, а также нормами права, содержащимися в системе форм национального и (или) международного права, реализуемыми в государстве, и дескриптивной (осведомительной, корректирующей) информацией, в частности, судебной практикой, способствующей индивидуальному регулированию правоотношений и направляемой по каналам обратной связи в правотворческие органы с целью дальнейшего развития принципов и норм права. «Окружающий нас мир, — гениально подчёркивал Н. Винер, — это мир процесса, а не окончательного, мертвого равновесия»[3].

Следовательно, с позиции теории информации регулирование правоотношений возможно рассматривать как уменьшение неупорядоченности (энтропии), которое достигается посредством правового регулирования правоотношений в результате реализации принципов и норм права, содержащихся в формах национального и (или) международного права, а также индивидуального регулирования правоотношений (обмена соответственно прескриптивной (предписывающей) и дескриптивной (корректирующей информацией)).

Важнейшее теоретическое и практическое значение имеет дифференциация сфер правового и индивидуального регулирования правоотношений. «Главным критерием такого разграничения, — заметили В. В. Глазырин и В. И. Никитинский, — может служить следующее правило: общие свойства объектов правового воздействия, существенные для правового регулирования данного вида общественных отношений, должны найти отражение в норме права (как правило общего действия). (На мой взгляд, — следовало бы

[1] *Винер Н.* Кибернетика и общество. С. 30.

[2] *Туманов Г. А., Герасимов А. П.* Методологические возможности кибернетики в государственно-правовой сфере. С. 34.

[3] *Винер Н.* Я — математик. С. 314.

уточнить и говорить прежде всего об основополагающих (общих) и (или) специальных принципах внутригосударственного и (или) международного права, а только в последующем — о нормах права, конкретизированных в соответствии с принципами права.) Индивидуальные же характеристики объектов — продолжают авторы,... отражаются на уровне правоприменения путём предоставления законом соответствующих возможностей для усмотрения правоприменителя»[1] (с моей точки зрения, теоретически точнее — индивидуального регулирования правоотношений).

Рассматривая управленческую природу, в частности судебного правоприменения, необходимо подчеркнуть недостаточность «внешнего», правового регулирования правоотношений, и необходимость его дополнения «внутренним саморегулированием», индивидуальным регулированием правоотношений. Этот вывод, на мой взгляд, убедительно подтверждается в случае применения общих законов управления в процессе анализа проблем, например, судебного правоприменения. Так, закон необходимого разнообразия позволяет определить степень (меру) требуемого разнообразия основополагающих (общих) и (или) специальных принципов, а также норм права, содержащихся в системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве, в соотношении с опосредуемыми развивающимися и многообразными правоотношениями. Ибо, согласно У. Эшби, сформулировавшему этот закон, степень разнообразия управляющей подсистемы должна быть не меньше степени разнообразия управляемой подсистемы, поскольку «...только разнообразие может уничтожить разнообразие»[2].

С позиции интегративного правопонимания, на мой взгляд, нормы права являются не единственными правовыми регуляторами, способными «уничтожить» всё «разнообразие» правоотношений. Как представляется, в наибольшей степени «разнообразными» являются другие ее правовые регуляторы — принципы права, поэтому являющиеся первичными регуляторами правоотношений по сравнению с нормами права. Вместе с тем в многочисленной специальной литературе с позиции юридического позитивизма принципы права традиционно относят к «идеям», «началам», «положениям» и т. д.

[1] *Глазырин В.В., Никитинский В.И.* Эффективность правоприменительных актов // Советское государство и право. 1984. № 2. С. 16.

[2] *Эшби У.Р.* Введение в кибернетику / Пер. с англ. М., 1959. С. 293–302.

Думаю, следует разделить вывод А. Л. Кононова: «понятие принципов права в советской правовой доктрине существует главным образом как...предельно идеологизированное. По сути под принципами права понимались не столько правовые, сколько политические идеи... Исключительно позитивистское понимание права не придавало принципам значение самостоятельных источников права, выводило их из законодательных норм и уже в силу этого понимания они не могли служить критерием оценки этих норм, как, впрочем, не допускалась и сама эта оценка»[1].

При таком теоретическом подходе принципы и нормы права, содержащиеся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемые в государстве, с объективной необходимостью должны предусматривать всё богатство индивидуализированных и конкретных правоотношений. Однако в действительности это даже теоретически недостижимо. В этой связи возникает необходимость в таких «компенсаторных» социальных «инструментах», средствах, как индивидуальное регулирование правоотношений.

С учетом разграничения правового и индивидуального регулирования правоотношений представляется теоретически недостаточным вывод С. С. Алексеева, полагавшего: «Право — это не только структурно сложная, динамическая система, но и система в известной степени «саморегулирующаяся» и «самонастраивающаяся»[2]. Принимая во внимание выше изложенные общенаучные и правовые аргументы, возможно сделать другой вывод: право является системой, но «саморегулирующейся» лишь частично в порядке, например, конкретизации основополагающих (общих) и (или) специальных принципов права и выработки правотворческими органами в результате их конкретизации норм национального и (или) международного права. Однако «настраивание», например, законодателем норм права должно производиться не произвольно, не «само...», а с учетом складывающейся правореализационной практики и реальных процессов индивидуального регулирования правоотношений на основе объективных фактических обстоятельств, конечно, в соответствии с принципами и нормами права, содержащимися в единой, развивающейся

[1] *Кононов А. Л.* Об общих принципах права во французской и бельгийской судебной практике по административным делам // Государство и право. 2001. № 3. С. 82.

[2] *Алексеев С. С.* Проблемы теории права. Свердловск, 1973. Т. 2. С. 265.

и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемыми в государстве.

Среди объективных причин необходимости индивидуального регулирования правоотношений прежде всего следует назвать абстрактный характер принципов и норм права. Абстракцию, из которой выхолощено всё особенное и единичное, Г. Гегель называл пустой, скучной, безжизненной, бесцветной и бессодержательной всеобщностью, а развитие понимал, как движения от абстрактного к богатому конкретному[1]. Понятие «абстракция» означает мысленное отвлечение от особенных и индивидуальных сторон предмета, выделение в нём существенных, главных характеристик. Абстрактному противоположно конкретное, представляющее собой результат синтеза, выделение более детальных, особенных сторон предмета. Вместе с тем, разграничивая понятие «абстрактное», «конкретное» и «индивидуальное», необходимо подчеркнуть их диалектическую взаимосвязь. «Абстрактное» выводится из конкретного, является выражением его существенных признаков. «Конкретное» характеризует особенности абстрактного, детализирует его сущность. В то же время «индивидуальное» выделяет единичные признаки предмета, отличающие его от других предметов этого же класса.

При таком общенаучном методологическом подходе развитие правового регулирования правоотношений теоретически более обосновано рассматривать как бесконечный процесс «восхождения» от общего — движение от абстрактных основополагающих (общих) принципов международного и (или) национального права к особенному (более «богатому конкретному») — специальным принципам и нормам, а также принципам и нормам отдельных институтов международного и (или) национального права; наконец — к «индивидуальному», «восхождению» к единичному, посредством индивидуального регулирования правоотношений в соответствии с принципами и нормами права, а также фактическими обстоятельствами данного казуса.

Теоретически разграничивая правовое и индивидуальное регулирование правоотношений, следует подчеркнуть также и объективную необходимость их взаимосвязи и совместного анализа как парных категорий. С одной стороны, безусловно, родовые и видовые

[1] *Гегель Г.* Соч. Т. VI. С. 17, 18, 315.

особенности правоотношений подлежат «абстрактному» и «конкретному», т. е. общему и специальному правовому регулированию. Вместе с тем единичные особенности конкретных правоотношений объективно требуют и их индивидуального регулирования (в том числе и индивидуального судебного регулирования).

Следует также подчеркнуть: индивидуальное регулирование правоотношений вызывается не только абстрактным характером принципов и норм права, но также и их относительной определённостью. Так, в национальных правовых актах весьма редко можно обнаружить абсолютно определённые нормы права, выраженные предельно точно, ясно и не нуждающиеся в индивидуальном регулировании правоотношений. Именно такие случаи более точно следует относить к «нетипичным». И наоборот, типичными случаями являются включение законодателем в национальные правовые акты относительно определенных норм права, не содержащих достаточных качественных и количественных характеристик об условиях их реализации, правах и обязанностях, предполагающих необходимость дополнительного индивидуального регулирования правоотношений, в виде прежде всего толкования принципов и норм права — например, уяснения судом принципов и норм права для себя и разъяснения их для других.

Весьма часто необходимость индивидуального регулирования правоотношений также обуславливается коллизиями между принципами и (или) нормами права, содержащимися в различных формах национального и (или) международного права. В этих случаях правореализующие органы и лица с целью эффективного правового регулирования правоотношений должны преодолевать имеющиеся коллизии в каждом конкретном случае (ad hoc). В юридической литературе прежде всего принято разграничивать преодоление иерархических, темпоральных, содержательных и смешанных коллизий[1].

Нередко объективная необходимость правового и индивидуального регулирования правоотношений с позиции юридического позитивизма связывается с «отсутствием» принципов и норм права в национальных правовых актах. Научные работники традиционно относят данный вид индивидуального регулирования

[1] *Ершов В. В.* Судебная власть в правовом государстве: Дисс. ... д-ра юрид. наук. С. 185–201.

правоотношений к пробелам в праве[1]. Так, В. В. Лазарев полагал: «Пробелом в праве является полное или частичное (неполнота) отсутствие норм, необходимость которых обусловлена развитием общественных отношений и потребностями практического решения дел, основными принципами советского законодательства, норм, в отношении создания которых воля трудящихся достаточно ясно выражена в соответствующих государственных или общественных актах»[2].

Вместе с тем с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания право не ограничивается только национальным «законодательством», а выражается прежде всего в принципах и нормах права, содержащихся во всех формах как национального, так и (или) международного права, реализуемых в государстве. При таком теоретическом подходе, во-первых, пробела в праве, как правило, нет. Пробел в праве мнимый. Во-вторых, например, суд должен исследовать все принципы и нормы права, содержащиеся как в формах национального, так и (или) международного права, реализуемые в государстве. В-третьих, применять имеющиеся принципы и нормы права, содержащиеся в других формах права[3].

Как представляется, принципы и нормы права, содержащиеся в формах национального и (или) международного права, реализуемые в государстве, прежде всего в силу их абстрактного и относительно определенного характера могут обеспечивать общее и специальное правовое регулирование правоотношений, регулировать лишь их родовые и видовые особенности. Индивидуальные характеристики конкретных правоотношений находятся за пределами возможностей общего и специального правового регулирования. Эта объективная реальность предполагает необходимость и неизбежность индивидуального регулирования фактически сложившихся правоотношений. Только совместное правовое и индивидуальное регулирование правоотношений может устранять, «снимать» названную объективную недостаточность принципов и норм права, по своей природе являющихся применением равной меры к фактически неравным конкретным правоотношениям. В связи с этим

---

[1] Там же. С. 227–246.

[2] *Лазарев В. В.* Избранные труды. В 3 т. М., 2010. Т. 2. С. 51.

[3] См. подробнее: *Ершов В. В.* Международное и внутригосударственное право с позиций легизма и интегративного понимания права // Российское правосудие. 2011. № 8. С. 13, 14.

представляется теоретически спорным, а практически контрпродуктивным классическое понимание процесса применения права, выработанного с позиции юридического позитивизма, как подведение фактических отношений только под абстрактные нормы права по методу логического умозаключения, в котором роль большей посылки играет право, а меньшей — конкретный казус.

Думаю, теоретически более обоснованно, а практически необходимо исследовать проблемы реализации права не в соответствии с юридическим позитивизмом (когда право — только приказ суверена, в жёстких рамках которого находятся органы и лица, его реализующие), а исходя из проанализированных общенаучных позиций, теории систем, системы органов государственной власти; интегративного правопонимания, в соответствии с которым право прежде всего выражается в принципах и нормах права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве.

Принимая во внимание изложенные выше общенаучные, теоретические и правовые аргументы, во-первых, право не ограничивается только нормами права, содержащимися в «законодательстве», вырабатываемом органами государственной власти, а с объективной необходимостью объективируется в основополагающих (общих) принципах внутригосударственного и (или) международного права, специальных принципах и нормах права, содержащихся в иных формах международного и национального права — международных договорах, обычаях международного права, национальных правовых договорах и обычаях права. Во-вторых, общее и специальное правовое регулирование правоотношений с объективной необходимостью дополняется индивидуальным регулированием правоотношений, «саморегулированием», но в пределах общих и специальных принципов, а также норм права, содержащихся в системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве, а также конкретных обстоятельств.

При таком общенаучном подходе представляется теоретически спорным рассмотрение теории разделения властей только как разделение функций органов государственной власти. Характерна точка зрения Н. М. Коркунова: «Русские дореволюционные юристы обратили внимание на невозможность употребления понятия «делимость» власти; **правильнее говоря о распределении отдельных функций**

государственной власти»[1] (выделено мною. — *В.Е.*). Жесткие рамки абсолютной монархии в России вынудили разделить данную позицию также и И.Я. Фойницкого, полагавшего: «Общий закон разделения труда с разделением культуры отражается и на государстве, вызывая разделение этих функций и создание для каждой из них особых, наиболее пригодных органов. В этом и состоит принцип разделения государственной власти», поскольку они «**не совокупность властей, а единая власть**»[2] (выделено мною. — *В.Е.*).

Вместе с тем, на мой взгляд, исходя из проанализированных выше общенаучных позиций, учитывая прежде всего положения и выводы теории систем, теории информации и теории управления, разделение властей более обоснованно исследовать не с точки зрения разделения функций органов государственной власти, а с позиции сдерживания и взаимного ограничения различных органов государственной власти, относительной саморегуляции, правового и индивидуального регулирования правоотношений, естественно в пределах принципов, а также норм права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве. При этом в качестве целей правового и индивидуального регулирования правоотношений, в частности, возможно назвать, во-первых, своевременную и наиболее эффективную защиту прав и правовых интересов прежде всего физических и юридических лиц; во-вторых, достижение «подвижного равновесия» основополагающих (общих) и специальных принципов, а также норм права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве[3].

Полагаю, классификацию видов индивидуального регулирования правоотношений возможно проводить по различным основаниям. В том числе по субъектам и содержанию процессов индивидуального регулирования правоотношений. Так, по субъектам

---

[1] *Коркунов Н.М.* Русское государственное право. СПб., 1913. Т. 2. С. 54.

[2] См.: *Тихомиров Ю.А.* Разделение властей или разделение труда // Советское государство и право. 1967. № 1. С. 14–22; *Барнашов А.М.* Теория разделения властей: становление, развитие, применение. Томск, 1988.

[3] См.: *Ершов В.В.* Суд в системе органов государственной власти // Российское правосудие. 2006. № 1. С. 39–51.

индивидуального регулирования правоотношений возможно выделять: 1) индивидуальное договорное регулирование; 2) индивидуальное медиативное регулирование; 3) индивидуальное судебное регулирование.

По содержанию процессов считаю возможным дифференцировать виды индивидуального регулирования правоотношений на: 1) толкование принципов и норм права; 2) преодоление коллизий в праве; 3) применение факультативных, альтернативных, относительно определенных, диспозитивных и т. д. принципов и норм права; 4) преодоление пробелов в праве[1].

1 декабря 2016 г. в Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации был проведен VI Международный конгресс сравнительного правоведения на тему «Современное правосудие: национальное и международное измерение». На данном конгрессе выступил Г. А. Гаджиев на тему: «Проблемы «50 оттенков серого в международном и национальном правосудии». Используя терминологию автора, хотелось бы подчеркнуть: не пятьдесят, а бесчисленное множество «оттенков» правоотношений возможно индивидуально регулировать, безусловно, в соответствии с принципами и нормами права, содержащимися в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и международного права, реализуемыми в государстве.

В связи с изложенными общенаучными, теоретическими и правовыми аргументами считаю возможным сделать несколько итоговых выводов.

Первый: правовое регулирование правоотношений («управляющая подсистема») прежде всего в силу ее объективно абстрактного и относительно определенного характера, а также субъективно неизбежных разнообразных и многочисленных ошибок управомоченных органов и лиц в принципе не может быть выше «степени разнообразия» бесчисленного многообразия конкретных правоотношений («управляемой подсистемы»).

Второй: в результате объективно сложившейся реальности правовое регулирование правоотношений неизбежно подлежит дополнению индивидуальным регулированием. В результате правовое

[1] См. подробнее: *Ершов В. В.* Дисс. ... д-ра юрид. наук. С. 154–265.

и индивидуальное регулирование правоотношений теоретически обосновано рассматривать как парные категории «совокупность диалектических пар..., приведенную в состояние органического взаимодействия, взаимосвязи...»[1].

2.7. Верховенство права

Многие научные и практические работники активно применяют в своих исследованиях понятие «верховенство права», зачастую глубоко не вдаваясь в его природу. Термин «верховенство права» включается также в многочисленные и весьма противоречивые международные юридические документы, содержащие самые разнообразные точки зрения, связанные, например, с его содержанием и сущностью. Например, В. А. Виноградов полагал: «...в ряде случаев — это всего лишь «правовая мимикрия», когда копируется внешняя форма, при этом содержание остается свое собственное»[2]. Видимо, невозможно исключить использование термина (понятия) «верховенство права». Весьма характерным представляется вывод B. Leoni, который верховенство права связывал с «неким идеалом, без сомнения берущим начало от идеи свободы личности, понимаемой как свобода от неправомерного произвольного посягательства на права личности кого бы то ни было, включая представителей власти»[3].

Характерно, что по мнению О. Х. Филипса, «Исторически эта фраза (верховенство права — *В. Е.*) использовалась в отношении веры в существование закона, обладающего властью — божественной или естественной — выше власти земных правителей, т. е. закона, эту их власть ограничивающего»[4]. «Вера» в существование такого «закона» конечно же оставляла открытым вопрос о его природе и о действительном соотношении с «законом» «земных прави-

---

[1] *Ныркова В. В.* Указ. соч. С. 19.

[2] *Виноградов В. А.* Правовое государство и верховенство права: Доктрины, конкуренция юрисдикций, обеспечение правовой свободы. Позиции Конституционного Суда РФ в отношении правового государства // Доктрины правового государства и верховенства права в современном мире: Сб. ст.; отв. ред.: В. Д. Зорькин, П. Д. Баренбойм. М., 2013. С. 375.

[3] *Leoni B.* Freedom and the law. 1972. С. 76. URL: https://oll.libertyfund.org/titles/920>

[4] *Phillips O. H., Jackson P.* O. H. Phillips Constitutional and administrative law. 7th ed. 1987. С. 37.

телей». Однако важно другое: в соответствующем контексте данное понятие появилось ещё у Платона и Аристотеля, а затем получило свое дальнейшее развитие у христианских философов. Например, Аристотель противопоставлял верховенство права верховенству какого-либо индивидуума, а Фома Аквинский рассматривал его как комплексную концепцию, включающую целый ряд правовых и институциональных инструментов «по защите граждан от власти государства»[1]. В этой связи, полагаю, необходимо вновь обратиться к анализу понятия (термина) «верховенство права», но уже с позиций юридического позитивизма, научно обоснованной и научно дискуссионных концепций интегративного правопонимания.

Концепция верховенства права в Англии формировалась судами общего права еще начиная с XIII в. Например, Г. Брактон во время правления Генриха II полагал: король «должен подчиняться Богу и праву, потому что Право создает короля»[2]. В дальнейшем эта позиция, сформированная примерно в 1260 г., нашла свое развитие как в научных работах, так и в решениях судов общего права. Например, в решении по делу Бонхама (1610 г.) судья Э. Коук пришел к выводу о том, что «акты британского парламента могут быть судами признаны недействующими, если они противоречат общим правам и здравому смыслу либо являются отвратительными и неисполнимыми»[3].

Как утверждал М. Крайгир: «В соответствии с традицией общего права общепринятой практикой было на протяжении долгих лет времени считать, что «издревле обретенное собрание неписаных заветов и обычаев» являлось главным источником права и единственным способом подтвердить, что та или иная сентенция есть норма общего права, показав, что она всегда соблюдалась согласно обычаю...». В пользу такого обычая свидетельствовало...наличие другого незаконодательного источника, а именно решений судов по конкретным делам, им представленным. **Это и было «общим правом»**, которое сторонники концепции верховенства права в XVII в.

---

[1] *Bedner A.* An Elementary Approach to the Rule of law, Hague journal on the Rule of Law. 2010. P. 50.

[2] См. подробнее: *Лафитский В. И.* Сравнительное правоведение в образах права. Т. 1. М., 2010. С. 340, 342.

[3] *Berger R.* Doctor Bonhams Cace statutory construction or constitutional theory? // University of Pennsylvania Law Review. 1969. № 117.

предпочитали повелениям своего короля. Отсюда «общее право» — это «право, сформированное сложившейся практикой, право, не созданное по воле, приказанию или праву самодержца, ограничивало его правление, лишая его возможности творить произвол... Конечно, сегодня...в XVIII в....законодательство превысило обычаи судебного обихода и даже судебные решения, став главным и все более властным источником права также и в случаях общего права, по аналогии с остальным миром»[1]. Отсюда, думаю, возникает риторический вопрос: в странах общего права в настоящее время «правом» является все-таки преимущественно «законодательство»?

Англо-американская концепция верховенства права прежде всего состоит из двух важнейших и взаимосвязанных компонентов: правопорядка, выражающегося в обязательстве каждого гражданина подчиняться закону; а также ограничения власти правительства, состоящего в его обязательстве действовать в рамках права. В соответствии с теорией общественного согласия, выдвинутой Дж. Локком, во-первых, власть дается правительству с согласия народа. Во-вторых, единственной целью правительства является защита прав граждан. Если правительство этого не делает, то граждане имеют право призвать такое правительство к ответу[2]. В этой связи в соответствии с англо-американской концепцией верховенства права негативные права граждан, существующие объективно, ограничивают государственную власть. В то же время, согласно континентальной концепции верховенства права правительство ограничивает себя само, предоставляя гражданам лишь позитивные права.

А. В. Дайси в 1885 г. использовал понятие «верховенство права» для установления ограничений, налагаемых на британское правительство. «Верховенство права, — писал он, — по сей день остается отличительной особенностью английской конституции. В Англии никто не может нести наказание или возмещать убытки за любые свои деяния, если те не запрещены законом в явной форме. Законные права и ответственность каждого гражданина неизменно определяются обычными судами королевства, а права каждого человека в гораздо меньшей степени представляют собой результат действия нашей конституции, чем той основы, на которой конституция

[1] *Крайгир М.* Верховенство права // Доктрины правового государства и верховенства права в современном мире. Сб. ст. С. 473, 474.

[2] U. S. Declaration of Independence.

базируется»[1]. Далее, развивая свою точку зрения, А. В. Дайси подчеркивал: «Движение правового позитивизма, разработанное Дж. Бентамом, Дж. Остином и другими, согласно которому право определяется государством, является по сути своей инструменталистским и никак не согласуется с концепцией верховенства права»[2]. Таким образом, британская концепция верховенства права прежде всего основывалась лишь на судейском праве и на ограничении только исполнительной власти государства. При таком понимании понятия «верховенство права» остаются открытыми вопросы о формах национального и международного права, разграничении правового и индивидуального регулирования правоотношений, а также об ограничении органами судебной власти не только исполнительных, но и правотворческих органов государственной власти.

Отцы-основатели США попытались разрешить некоторые из названных выше вопросов, создав систему органов государственной власти, в которой каждый орган государственной власти контролировал бы другие органы. Так, Джемс Мэдисон писал: «Наилучшая защита от постепенной концентрации нескольких властей в одном ведомстве состоит в предоставлении тем, кто этим ведомством управляет, необходимость конституционных средств и личных мотивов для противопоставления посягательствам других... То есть нужно сделать так, чтобы амбиции одних противостояли амбициям других. В Декларации независимости основатели США установили: власть государства основывается на согласии ее управляемых, права граждан — первичны, неотъемлемы и не дарованы государством, а задача государственной власти состоит в защите неотъемлемых прав граждан от посягательств на них как самого государства, так и иных лиц».

Вместе с тем, думаю, ни английский, ни американский варианты концепций верховенства права не дают теоретически убедительных и практически необходимых ответов в XXI в. на важнейший вопрос: что же является правом? Закон? «Законодательство»? Судебная практика? Нечто иное? Роско Паунд — один из наиболее известных американских юристов середины XX в. попытался ответить на этот вопрос: «Статуты уступают перед устоявшимися навыками

[1] *Dicey A. V.* Introduction to the study of the law of the constitution. 1915 (Liberty classics, 1982).

[2] Там же.

правового мышления, которое мы называем общим правом. Судьи и юристы, не колеблясь, утверждают, что существуют надконституционные ограничения законодательной власти, которые ставят догмы общего права за пределы досягаемости статутов»[1]. Судья Верховного Суда США Оливер Вендел Холмс также пришел к весьма неопределенному и дискуссионному выводу: вопросы Конституции должны рассматриваться «в свете нашего опыта, а не только в контексте того, что было сказано сто лет назад»[2]. Кроме того, О. В. Холмс выработал знаменитую идею, выраженную в формуле: «Жизнью права является не логика, а опыт»[3]. Однако, если опыт является «жизнью» права, то все-таки остаётся открытым вопрос: что же является собственно правом?

В связи с продвижением России на Восток, по справедливому замечанию Т. Я. Хабриевой: «...все более укрепляются такие тоталитарные и восточные элементы государственной жизни, как «верховное право правителя» (imperium). Усиливаются авторитарные формы организации власти, а достаточно развитые формы самоуправления — вечевые собрания, земские соборы и т. д. предаются забвению. Этот перелом произошел в правление Ивана Грозного. В это время создается новая концепция самодержавной, ничем не ограниченной царской власти. Отпечаток восточных традиций можно обнаружить и в более поздней российской истории...»[4].

В качестве предпосылок появления российской модели концепции верховенства права Г. А. Гаджиев называл «добротную конституцию и судебную власть, развивающую прецедентные начала в праве»[5]. С одной стороны, он справедливо напоминал, что «...судебное правотворчество...существовало во второй половине XIX в. благодаря деятельности Правительствующего Сената»[6]. Вместе с тем, с другой стороны, Г. А. Гаджиев оставлял открытым вопрос об иных формах национального и (или) международного права и не при-

[1] Цит. по: *Carr R. R.* The Supreme court and judicial reviewю. N. Y., 1940. P. 17.

[2] *Gompers V.* U. S., 233 U. S. 604–610 (1913).

[3] *Holmes O. V. Jr* The common law. Cambridge, 1963. P. 5.

[4] *Хабриева Т. Я.* На путях создания российской модели правового государства // Доктрины правового государства и верховенства права в современном мире: Сб. ст. С. 99.

[5] *Гаджиев Г. А.* Российская судебная доктрина верховенства права: двадцать лет спустя. Там же. С. 226.

[6] Там же. С. 223.

водил достаточных и убедительных теоретических, а также правовых аргументов в пользу судебного правотворчества. Кроме того, Г. А. Гаджиев сделал самостоятельный и весьма характерный вывод: «Российская судебная доктрина верховенства права находится в самом начале своего становления, развиваясь с учетом исторически сложившейся правовой традиции континентальной правовой семьи»[1].

Вместе с тем правовые традиции континентальной правовой семьи, на мой взгляд, в большей степени основаны на концепции не верховенства права, а правового государства, в соответствии с юридическим позитивизмом ограниченного прежде всего собственными законами, «законодательством». Характерно и собственное замечание Г. А. Гаджиева: «...суды на континенте, **руководствуясь концепцией правового государства** (выделено мною. — *В. Е.*), не играют той роли в политическом устройстве страны и не влияют на общественное мнение так, как английские и американские суды»[2].

В юридической литературе традиционно выделяют «Восемь принципов Лона Фуллера»[3] в процессе исследования верховенства права и правового государства. Среди этих принципов называются: 1) всеобщность (generality), 2) общеизвестность (notice or publicity), 3) перспективность (prospectivity), 4) ясность (clarity), 5) непротиворечивость (consistecy), 6) соответствие (conformability), 7) постоянство (stability), 8) сравнимость (congruency)[4]. В свою очередь К. Штерн выработал принципы правового государства, которое он ограничивал только конституционным государством. Среди них К. Штерн выделял: 1) человеческое достоинство, свободу и равенство, 2) контроль за государственной властью, 3) законность (только законность, а не соответствие принципам и нормам права, содержащимся во всех формах национального и (или) международного права, реализуемым в государстве — *В. Е.*), 4) юридическую защиту, 5) возмещение вреда, 6) защиту от злоупотребления властью[5].

Однако, во-первых, данные «принципы» не являются основополагающими (общими) принципами собственно национального и (или) международного права, реализуемыми в государстве,

---

[1] Там же. С. 214.
[2] Там же. С. 215.
[3] *Fuller L. L.* Morality of Law. New Haven, 1969. С. 33–38.
[4] *Radin M. J.* Beconsidering the rule of law. Boston, 1989. P. 781, 785.
[5] *Stern K.* Das Staatsrecht der Bundes republic Deutschland. Munich, 1984.

самостоятельными формами права; во-вторых, перечень подобных «принципов» возможно было бы и бесконечно расширять; в-третьих, названные «принципы» носят самый общий и весьма неопределенный характер; в-четвертых, по наличию или отсутствию названных «принципов» будет затруднительно разграничивать государства, в которых господствует право или отсутствует «верховенства права», а также дифференцировать «правовые» государства от «неправовых» государств.

Как представляется, понятие «верховенство права» предусматривает соответствие праву любых действий (бездействий) должностных лиц, а также национальных правовых и индивидуальных актов органов государственной власти и муниципальных органов. В некоторых странах сущность концепции «верховенства права» со временем была значительно искажена, отождествлялась. С «rule by law», «rule by the law», или даже «law by rules». По мнению В. А. Шарандина и Д. В. Кравченко, такое толкование дало возможность правительствам совершать авторитарные действия[1]. Многие специалисты полагают, что концепция «верховенства права» более точно переводится на английский язык «supremacy of law», а не «rule of law».

В отчете Венецианской комиссии от 25–26 марта 2011 г. концепция «верховенства права» («supremacy of law») характеризуется весьма неопределенно и спорно шестью признаками: законность, в том числе прозрачность, подчиненность и демократичность процесса принятия законов; правовая определенность; недопущение произвола; доступ к правосудию, осуществляемый независимым и беспристрастным судом, включающий судебный контроль актов, принятых в административном порядке; соблюдение прав человека; недискриминация и равенство перед законом (п. 41 Отчета)[2].

В перечне этих признаков концепции «верховенства права» прежде всего обращает внимание и вызывает сомнение ограничение «всего» права только «законностью», «законами». Как представляется, такая трактовка признаков «верховенства права» Венецианской комиссией в конечном результате неизбежно может привести к отождествлению концепций «Supremacy of law» и «Rechtsstaat».

---

[1] См. подробнее: *Шарандин Ю. А., Кравченко Д. В.* Верховенство права, правовое государство и другие международные правовые доктрины: Лингвистические аспекты конвергенции и разграничения // Доктрины правового государства и верховенства права в современном мире. С. 308.

[2] Там же. С. 309.

В свою очередь, организация World Justice Project выделяет только четыре признака концепции «верховенства права», но также формулирует их лишь в самом общем виде: 1) государственная власть, ее должностные лица и представители, «равно как и человек или организация подчинены праву; 2) законы являются определенными, публикуемыми, стабильными и справедливыми, применяются равным образом по отношению ко всем и защищают базовые права, в том числе безопасность и защищают личность и собственность; 3) законодательный процесс является открытым, справедливым и эффективным; 4) правосудие отправляется компетентными, моральными и независимыми представителями и нейтральными лицами...»[1].

С одной стороны, организация World Justice Project справедливо отмечает необходимость «подчинения» государственной власти, ее должностных лиц и представителей, а также физических и юридических лиц праву в целом, а не только «закону». Однако, с другой стороны, она не выработала определение права и его соотношения с «законом» и, к сожалению, во втором и третьем признаках авторы концепции ограничиваются только «законами» и «законодательным процессом». Отсюда возможно сделать, как минимум, два вывода. Первый — переводы терминов «верховенство права» и «правовое государство» оставляют желать лучшего. Второй и более существенный: концепции «верховенство права» и «правовое государство» нуждаются в дальнейшем и более глубоком исследовании.

В общей теории права открытым остается и другой важный вопрос: *какова природа «верховенства права»?* Так, Дж. Р. Силкенат, думаю, дискуссионно писал: «...принцип верховенства права...фактически включает в себя различные доктрины и концепции. Более того, верховенство права является постоянно развивающимся, «живым» принципом...этот принцип постоянно эволюционирует»[2]. Отсюда возникает целый ряд вопросов. Первый: верховенство права является принципом чего? Второй: «принцип верховенства права» все-таки является принципом, доктриной или концепцией? Третий: если «принцип верховенства права» является «живым», то какова же его природа, сущность и содержание хотя бы в современный период?

[1] Там же.

[2] *Силкенат Дж. Р.* Верховенство права и его значение // Доктрины правового государства и верховенства права в современном мире. М., 2013. С. 15.

Более того, рассматривая верховенство права как принцип, Джеймс Р. Силкенат, ссылаясь далее на «более глубокое определение верховенства права», сделанное в проекте «World Justice Project», соглашался с рассмотрением верховенства права в качестве системы, «в которой соблюдаются четыре универсальных принципа»[1]. В их числе World Justice Project называет: «(1) Государственный аппарат и его должностные лица и официальные представители подчиняются праву; (2) Нормативные правовые акты являются ясными и определенными, официально публикуются, отвечают требованиям стабильности и справедливости и направлены на обеспечение и защиту основных прав, в том числе защиту личности и собственности; (3) Процесс принятия, исполнения и обеспечения действия нормативных правовых актов является открытым, справедливым и рациональным; (4) Правосудие осуществляется компетентными, высокоморальными и независимыми заседателями или нейтральной стороной, которые имеются в государстве в достаточном количестве, обладают адекватными ресурсами и отражают структуру общества...»[2].

С одной стороны, в первом «универсальном принципе» справедливо говорится о «подчинении праву», хотя и не уточняются формы национального и (или) международного права. Вместе с тем, с другой стороны, как это ни странно, во втором и третьем «универсальных принципах» авторы почему-то ограничиваются только внутригосударственными правовыми актами, являющимися лишь одной из форм и только национального права. Отсюда, думаю, верховенство права (если его рассматривать как принцип) нельзя ограничивать только принципом законности, соблюдением лишь законов, содержащихся в «национальных правовых актах». Кроме того, организация World Justice Project, как и многие другие организации, не отвечает на принципиальный вопрос: «верховенство права» — это «верховенство» чего и над чем (кем)?

В. Д. Зорькин как верховенство права, так и правовое государство относил к «конституционным принципам»[3]. Например, В. А. Виноградов, разделявший идею отнесения верховенства права к принци-

[1] Там же.С. 16.

[2] Там же.

[3] *Зорькин В.Д.* Правовая трансформация России: Вызовы и перспективы // Доктрины правового государства. ... С. 20.

пам, полагал, что «принцип верховенства права» состоит из целого набора входящих в них «конституционно-правовых субпринципов»[1]. Вместе с тем, как представляется, во-первых, весьма спорно относить что-либо из названного к «принципам права» вообще. Основополагающие (общие) принципы национального и (или) международного права, являющиеся самостоятельными формами национального и (или) международного права, а также специальные принципы национального и (или) международного права, содержащиеся в иных формах национального и (или) международного права, являются самостоятельными и первичными правовыми регуляторами правоотношений по сравнению с нормами права, реализуемыми в государстве. При таком теоретическом подходе, полагаю, во-первых, дискуссионно относить «верховенство права» к принципам национального и (или) международного права. Во-вторых, Конституция Российской Федерации, безусловно, фундаментальный вид национальных правовых актов. Вместе с тем, в России реализуются и другие формы как национального, так и международного права. Отсюда право, реализуемое в России, в целом прежде всего объективируется в принципах и нормах права, содержащихся не только в Конституции, но и в иных видах национальных правовых актов, а также в других формах национального и (или) международного права.

По мнению Г. А. Гаджиева, «не только верховенство права и правовое государство различаются между собой, но и верховенство права не существует (и не может существовать) как универсальная, общеобязательная концепция. Скорее всего... «семья взаимосвязанных концепций». Если быть более точным — сообщество однородных, но имеющих существенное различие судебных доктрин...верховенства права в России развивается прежде всего, как судебная доктрина, при практически пассивном участии законодателя и доктрины»[2]. Вместе с тем, если рассматривать доктрину как сложившуюся систему научных взглядов, получившую частичное или подавляющее признание как в научном, так и в практическом юридическом

[1] *Виноградов В. А.* Правовое государство и верховенство права: доктрины, конкуренции юрисдикций, обеспечение правовой свободы. Позиции Конституционного Суда РФ в отношении правового государства. Там же. С. 376.

[2] *Гаджиев Г. А.* Российская судебная доктрина верховенства права: двадцать лет спустя // Доктрины правового государства ... С. 214.

сообществе, то с выводом Г. А. Гаджиева вряд ли возможно согласиться. Так, весьма характерно признание автора: «Российская судебная доктрина верховенства права находится в самом начале своего становления»[1]. Думаю, действительно сложившаяся и получившая всеобщее признание доктрина верховенства права не только в России, но и в мире в целом ещё ждёт своих дальнейших глубоких исследований.

Традиционно считается, что наиболее полно концепция верховенства права разработана А. Дайси в работе «Основы государственного права Англии», в которой он писал: «Никто не может быть наказан и поплатиться лично или своим состоянием иначе, как за определенное нарушение закона, доказанное обычным законным способом перед обыкновенными судами страны...

Жители ограждены от произвола власти... (и) подчиняются законам, а не капризам...

У нас нет никого, кто был бы выше закона...всякий человек каково бы ни было его происхождение, подчиняется обыкновенным законам государства и подлежит юрисдикции обыкновенных судов... Конституция основана на верховенстве права, потому что общие принципы конституции...являются у нас результатом судебных решений, определяющих права частных лиц в отдельных случаях, представляемых на решение судов...

Самые чрезвычайные полномочия, которые даются или санкционируются статутами, не могут быть действительно не ограничены, так как они зависят от выражений самого акта, и главное — от того толкования, какое дадут статуту суды...»[2].

Вместе с тем возникает вопрос: с позиции современной общей теории права возможно ли выводы о верховенстве права, к которым пришёл А. Дайси, признать сложившейся доктриной, т. е. устоявшейся системой убедительных и достоверных научных взглядов, получивших признание хотя бы среди большинства научных и практических работников? Думаю, нет. Во-первых, в данной цитате А. Дайси четыре раза применил термин «закон», а не «право» и не уточнил их содержание. Во-вторых, он дискуссионно утверждал о том, что «Конституция основана на верховенстве права, потому

[1] Там же.

[2] *Дайси А.* Основы государственного права Англии. М., 1905. С. 209, 210, 212, 216, 223, 400.

что общие принципы конституции...являются у нас результатом судебных решений»[1].

На мой взгляд, специальные принципы как национального, так и международного права, реализуемые в государстве, могут быть выработаны во многих его формах. Не только принципы права, содержащиеся в Конституции, являются результатом практической деятельности всех участников правоотношений и впоследствии лишь могут найти свое отражение в судебных решениях. В-третьих, «статут» (правовой «акт») является лишь одной из форм национального права, который не может исключать иных форм как национального, так и международного права. В-четвертых, суды вправе давать лишь буквальное толкование «статутов» (правовых «актов») и исключать в своей практике расширительное и ограничительное толкование права.

Таким образом, концепция «верховенства права», основанная лишь на отрицании деспотизма и произвола власти, разработанная А. Дайси, требует своего дальнейшего и более глубокого развития. В отличие от права времен А. Дайси, современное право, как родовое понятие выражается не только в исследованных им статутах, но также и в иных формах как национального, так и международного права. Безусловно, для Англии времён Альберта Венна Дайси сделанные им выводы являлись не только научным прорывом, но и человеческим подвигом. Однако не следует забывать, что концепцию «верховенства права» он прежде всего использовал применительно к привлечению лиц к уголовной ответственности и исключительно в случаях нарушения статутов, а не на основании произвола должностных лиц, то есть формального равенства всех перед законом. В современный период концепция «верховенства права» должна иметь значительно более глубокое содержание и, следовательно, нуждается в существенном теоретическом переосмыслении.

Лорд Бингхем (Bingham) в 2006 г., анализируя первую статью Закона Великобритании о конституционной реформе 2005 г., установившей, что Закон не может повлиять негативным образом на «существующий конституционный принцип верховенства права», обоснованно заметил: суды регулярно ссылаются на верховенство права, но не указывают, что они под этим понимают. Более того,

[1] Там же.

многие авторы убедительно сомневаются в значении и ценности указанного понятия, например, Раз (Raz), Финнис (Finnis), Шкляр (Scklar), Валдрон (Waldron) и Таманаха (Tamanaha)[1].

Индекс верховенства права, ежегодно издаваемый в рамках проекта «World justice Project», оценивает верховенство права с использованием следующих индикаторов: 1) ограниченные полномочия государственного аппарата; 2) отсутствие коррупции; 3) порядок и безопасность; 4) основные права; 5) открытое правительство; 6) надлежащее правоприменение; 7) гражданское судопроизводство; 8) уголовное судопроизводство. На мой взгляд, во-первых, данные «индикаторы» носят весьма неопределённый характер и могли бы быть применены к самым разнообразным как правовым, так и неправовым социальным явлениям. Во-вторых, думаю, перечень таких «индикаторов» с такой же долей вероятности возможно было бы продолжать бесконечно.

В специальной литературе активно изучается позиция о верховенстве права, высказанная Б. З. Таманахой. По его мнению: «Верховенство права, по своей сути, требует, чтобы должностные лица и граждане подчинялись и действовали в обязательном порядке на основе права. Это основное требование влечёт установление минимального набора признаков: право должно быть установлено заранее (относится к будущему), быть обнародованным, общим, чётким, стабильным и определённым и применяться ко всем. В случае отсутствия этих признаков наличие верховенства права не признаётся»[2]. Вместе с тем, «минимальный набор признаков» верховенства права, предлагаемый Б. З. Таманахой, во-первых, не является оригинальным. Названные «признаки» возможно в равной степени относить как к отдельным формам национального права (в частности, к национальным правовым актам или обычаям), так к международному и национальному праву во всех его формах в целом. Во-вторых, Б. З. Таманаха не указал формы международного и национального права. В-третьих, не разъяснил, над чем (кем) же «право» верховенствует.

Традиционно в самом общем виде специалисты рассматривают концепцию «верховенства права» как противоположность

[1] *Bingham Lord.* The rule of law // 66 The Cambridge Law journal. 2007. Vol. 66. P. 67–85.

[2] *Tamanaha B. Z.* Concise Guide to the Rule of Law // in Palombella G., Walker N. Relocating the rule of law. Hart. Oxford. 2009. P. 3.

произволу. Однако в этой связи остаётся открытым вопрос: произволу каких органов или лиц? Так, верховенство права по Дайси сводилось лишь к ограничению исполнительной власти и не включало ограничение законодательной власти парламента. Вероятно, такое ограниченное понятие верховенства права основывалось на концепции «верховенства парламента».

М. Крайгир обоснованно заметил: «...пишущие о верховенстве права часто различают его «тонкие» или «формальные» концепции, с одной стороны, и «толстые», «существенные» или «материальные» концепции — с другой. Первые ограничиваются формальными свойствами законов и правовых институтов, ставящих своей целью верховенство права. Вторые же требуют включения существенных элементов более широкой концепции идеального общества и государства — демократического, с рыночной экономикой, уважением прав человека или чего-либо подобного»[1]. По мнению Крайгира, «современные правоведы — аналитики предпочитают первый путь. Они зачастую даже принимают...или расширяют...восемь известных принципов Лона Фуллера, относящихся к тому, что сам он называл «этикой права», в том смысле, что эти принципы являлись определяющими характеристиками верховенства права, даже если эти правоведы не соглашались с Фуллером относительно того, заслуженно ли эти принципы именуются морально-этическими. По словам Фуллера, эти принципы заключались в том, что должны существовать некие правила, которым нужно быть общеизвестными, предсказуемыми, понятными, непротиворечивыми, принципиально выполнимыми и достаточно стабильными — с тем чтобы граждане могли ориентироваться на них в своих действиях, — а также осуществляемыми посредством методов, совпадающих с их условиями»[2].

Как «тонкие», так и «толстые» концепции «верховенства права» предоставляются теоретически дискуссионными, а практически неэффективными. «Тонкие» концепции «верховенства права», ограничивающиеся «формальными свойствами законов и правовых институтов, ставящих своей целью формирование верховенства права», во-первых, ограничиваются прежде всего «законами» и не включают в единую систему права иные формы национального и (или)

[1] *Крайгир М.* Указ. соч. С. 478, 479.
[2] Там же.

международного права. Во-вторых, с позиции научно дискуссионных концепций интегративного правопонимания в концепцию верховенства права традиционно включают, например, «правовые институты, ставящие своей целью формирование верховенства права», на мой взгляд, не имеющие достаточно определённой природы и являющиеся неправом. Следовательно, сторонники «тонких» концепций «верховенства права», с одной стороны, исходя из юридического позитивизма, прежде всего ограничиваются только одной формой внутригосударственного права «законом», «законодательством» (а точнее — национальными правовыми актами); с другой стороны, противореча сами себе, в соответствии с научно дискуссионной концепцией интегративного правопонимания включают в право также и «неправо», например, «правовые институты, ставящие своей целью формирование верховенства права».

Учитывая изложенные теоретические аргументы, хотелось бы присоединиться к убедительному выводу А. Ф. Черданцева и Н. А. Власенко: «С позиции онтологии в понятие права мы не должны включать разноплановые явления (на мой взгляд, точнее — разнородные явления — *В. Е.*), хотя и в чём-то связанные между собой. В этой ситуации право лишается онтологической однородности, монолитности и становится явлением неопределённым»[1]. Как представляется, с позиции онтологии, исходя из научно обоснованной концепции интегративного понимания права, теоретически более обосновано, а практически продуктивно включать собственно в «право» только однородные и лишь правовые явления — прежде всего принципы и нормы права, содержащиеся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемые в государстве. В результате право будет находиться в непрерывном диалектическом развитии от меньшей степени определенности к большей степени его определенности. При таком теоретическом подходе определенность права возможно рассматривать не только как соответствующее качество права, но и как цель совместной деятельности управомоченных правотворческих и правоприменительных органов, организаций и т. д., к которой необходимо стремиться постоянно.

[1] *Черданцев А. Ф.* Теория государство и права. М., 1999. С. 203; *Власенко Н. А.* Правопонимание в свете категорий определённости и неопределённости // Журнал российского права. 2014. № 2. С. 39.

Теоретически ещё более спорными, а практически контрпродуктивными являются «толстые» концепции «верховенства права», основанные на различных видах научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания, включающие в право разнообразные социальные элементы — справедливость, права человека, достоинство личности и т. д. Полагаю, в результате подобное «размывание» права неправом может привести (и приводит) к разнообразной и даже противоречивой правоприменительной (в том числе — судебной) практике, а, следовательно, к нарушению прав и правовых интересов физических и юридических лиц[1].

Характерно, что в английской концепции «верховенства права» «государство» вообще не содержится. По мнению М. Крайгира, это связано с тем, что «...английская традиция долгое время придерживалась плюралистического подхода в своей концепции источников права...с множеством взаимодополняющих и конкурирующих авторитетных источников, в том числе обычаев судебного обихода, судебных решений и писаных законов... В соответствии с традицией общего права, общепринятой практикой было принято на протяжении долгого времени считать, что «издревле обретённое собрание неписанных заветов и обычаев...являлось главным источником права и единственным способом подтвердить, что та или иная сентенция есть норма общего права, показав, что она соблюдалась согласно обычаю... В пользу такого обычая свидетельствовало...наличие другого незаконодательного источника, а именно решений судов по конкретным делам... Вот это и было «общее право» ..., которое сторонники верховенства права в XVII в. предпочитали повелениям своего короля: «Право, сформированное сложившейся практикой, право, не созданное по воле, приказанию или праву самодержца, ограничивало его правление, лишая его возможности творить произвол»[2].

В то же время, начиная с XVIII в. с позиции юридического позитивизма право начало преимущественно рассматриваться как продукт деятельности законодателя, «суверена». Отсюда возник вопрос о трансформации сущности как права, так и «верховенства права». В связи с этим М. Крайгир писал: «Потрясённые таким понижением статуса права, ранее имевшего верховенство над сувереном, и тем,

[1] См. подробнее: *Ершов В. В.* Право и неправо: Дискуссионные вопросы теории и практики // Российское правосудие. 2013. № 1. С. 24–31.

[2] *Крайгир. М.* Указ. соч. С. 473.

это они «сочли» «произволом» по отношению к себе со стороны суверенного британского парламента, американские колонисты вначале устроили революцию, а затем применили прорывную инновацию — писаную конституцию, обязательную для законодателя и регулярно контролируемую независимым Верховным Судом, чьи решения со временем также стали обязательными для законодателя. Это было новаторским способом реабилитировать давнишний правовой принцип»[1].

В современный период, как справедливо признавал М. Крайгир: «...законодательство перевесило обычаи судебного обихода и даже судебные решения, став главным и всё более властным источником права также и в странах общего права...»[2]. В этой связи, например, по обоснованному мнению Д. Паломбелла, сущность верховенства права состоит в подчинении государства праву[3]. Другое дело, что в разные исторические периоды и в различных государствах преобладали разнообразные формы прежде всего национального права. Думаю, насущная задача любого современного государства (в том числе и России) состоит в разработке и закреплении в Конституциях и иных национальных правовых актах единой системы форм национального и (или) международного права, содержащего принципы и нормы права, обязательные для всех участников правоотношений, в том числе не только для правоприменительных, но и правотворческих органов государственной власти.

Характерно, что современная концепция верховенства права не ограничивается только национальным правом. В настоящий период в международных декларациях о верховенстве права в самом общем виде говорится о соблюдении человеческого достоинства, фундаментальных прав и участии в демократических процессах. Весьма показателен и третий параграф Всеобщей декларации прав человека, устанавливающей: «Принимая во внимание, что необходимо, чтобы права человека обеспечивались верховенством права в целях обеспечения того, чтобы человек не был вынужден прибегать в качестве последнего средства к восстанию против тирании

---

[1] Там же. С. 476.

[2] Там же. С. 474.

[3] *Паломбелла Д.* Мера права. Неинструментальная правовая точка зрения: От государства до международного уровня (от Хамдана к Аль-Джедде) // Доктрины правового государства ... С. 362.

и угнетения»[1]. В 2004 г. Генеральный секретарь ООН разъяснил данный параграф: «Верховенство права является стержневой концепцией для миссии ООН. Оно подразумевает такую организацию управления, при которой все люди, институты, организации, публичные и частные, включая само государство, **подчиняются законам,** которые, в свою очередь, подлежат официальному обнародованию, применяются равно по отношению ко всем и реализуются независимым судом, а также соответствуют международным стандартам и нормам в области прав человека. Оно также требует обеспечения реализации принципов приоритета права, равенства перед законом, ответственности перед законом, беспристрастности в правоприменении, разделения властей, участия людей в принятии решений, правовой определённости, недопущения произвола, а также процедурной и правовой прозрачности»[2] (выделено мною. — *В.Е.*).

В этом документе обращает на себя внимание то, что, во-первых, несколько раз говорится не о праве как о родовом понятии, а только о законе. Во-вторых, в данном документе даже не сделана попытка определить иные формы национального права. В-третьих, о международном праве традиционно говорится лишь в самом общем виде: «международные стандарты и нормы в области прав человека». В-четвертых, ничего не пишется о соотношении международного и национального права.

В самом общем виде упоминается о верховенстве права и в последнем параграфе преамбулы Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г.: «Преисполненные решимости как правительства европейских государств, движимые единым стремлением и имеющие общее наследие политических традиций, идеалов, свободы и верховенства права, сделать первые шаги на пути обеспечения коллективного осуществления некоторых из прав, изложенных во Всеобщей декларации».

Термин «верховенство права» содержится во многих национальных конституциях. Однако в большинстве из них «право» сводится к «законам», принятым правотворческими органами государства. Ф. Вентер справедливо полагал: «Это понятие фактически приобрело статус некоего «шифра», алгоритма желательного поведения государства.

---

[1] В официальном переводе — «охранялись властью закона» // http://www.un.org.ru/documents/decl. conv/declarations/declhr. shtml.

[2] The rule of law and trasitional justice in conflict and postcoflict societies UN Security Council S /2004/616; 23 August 2004, par III 6.

Оно отражает, по широкому и разнообразному мнению, нечто, что является конституционным, юридическим и политическим благом. Однако ключевой вопрос в данном случае: как можно наполнить его содержанием при отсутствии новых или оспариваемых определений «верховенства права»? Это всё равно, что наполнять сосуд жидкостью, которая не течёт»[1]. Ф. Вентер, пытаясь ответить на данный ключевой вопрос, думаю, пришёл к теоретически дискуссионному выводу: «...верховенство права является частью конституционализма как одного из его элементов...»[2]. На мой взгляд, при всей важности национальных конституций, безусловно, являющихся фундаментальным видом национальных правовых актов, которые возможно рассматривать как одну из форм и лишь внутригосударственного права[3].

Как представляется, требуется не простое уточнение, детализация или переосмысление концепции «верховенства права», а её существенная модернизация, объективно предполагающая необходимость более глубокого теоретического исследования с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания. Один из разработчиков категории «верховенство права» профессор А. В. Дайси использовал её только применительно к привлечению к уголовной ответственности и исключительно в случае нарушения строго установленных правил поведения. Вместе с тем, в настоящее время возникает множество и иных вопросов. Например, первый: каковы современные формы международного и национального права? Второй: имеется ли иерархия принципов и норм права, содержащихся в формах международного и национального права? Третий: какова природа принципов международного и национального права? Четвёртый: концепция верховенства права относится только к гражданам и юридическим лицам либо также и ко всем органам государственной власти и органам местного самоуправления без какого-либо исключения? Пятый: принципы и нормы права — «продукт» только правотворческих органов государственной власти, либо возможны и иные их источники? Шестой: если да, то какие?

---

[1] *Вентер Ф.* Верховенство права как глобальная мера конституционализма // Доктрины правового государства... С. 81.

[2] Там же. С. 94.

[3] См. подробнее: *Ершов В. В.* Соотношение международного и внутригосударственного права в условиях глобализации // Российское правосудие. 2011. № 6. С. 4–10.

Весьма характерным представляется вывод С. Ф. Ударцева и Ж. Р. Темирбекова, полагающих, что в целом «...доктрины верховенства права и правового государства — **два варианта обозначения приоритета права**, развивающиеся в разных правовых системах. Доктрина верховенства права является относительно более общим выражением места права в системе общества, а доктрины правового государства — относительно более частной, ориентированной на определение соотношения права и государства, на программирование правомерности и разумного ограничения (в том числе самоограничения) деятельности государства как главного института, обеспечивающего правотворчество и правоприменение»[1] (выделено мною. — *В. Е.*).

К сожалению, научные работники, пишущие как на английском, так и на русском языках, не всегда разграничивают понятия «концепция» и «доктрина». Весьма показательно, что процитированные выше авторы назвали статью «Концепции» «верховенство права» и «правового государства», а в тексте той же статьи применяют другое понятие — «доктрина». Вместе с тем в соответствии с философским энциклопедическим словарём доктрина (от лат. doctrina — учение) — это «систематизированное политические, идеологическое или философское учение,...совокупность принципов»[2], а концепция (от лат. conception) — ведущий замысел, определённый способ понимания, трактовки какого-либо явления; внезапное рождение идеи, основной мысли...»[3].

Даже краткий анализ становления и дальнейшего развития термина «верховенство права» в международных документах и понятия «верховенство права» в зарубежной литературе позволяет сделать следующие неутешительные выводы.

Первый: доктрина «верховенства права» как сложившаяся и признанная система научных взглядов, имеющая существенное практическое значение, на мой взгляд, до настоящего времени в мире еще не разработана.

Второй: поскольку современное право с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания является

---

[1] *Ударцев С. Ф., Темирбеков Ж. Р.* Концепции «Rule of law» («верховенство права») и «Rechtsstaat» («правовое государство»): сравнительный анализ // Государство и право. 2015. № 5. С. 16.

[2] Философский энциклопедический словарь. М., 2000. С. 142.

[3] Там же. С. 222.

по отношению к государству как «внешним» (например, международные договоры), так и «внутренним» (например, национальные правовые акты) регулятором правоотношений, постольку самостоятельная концепция, а тем более «доктрина» «верховенства права» представляется и теоретически дискуссионной.

Третий: с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания «верховенство права», полагаю, теоретически более обосновано рассматривать как цель регулирования правоотношений в «правовом государстве», самоограниченным не только собственным внутригосударственным правом, но и ограниченным правом международным, например, международными договорами, а в пределе — основополагающими (общими) принципами национального и (или) международного права.

2.8. Правовое государство

Многочисленные зарубежные, советские и российские специалисты на протяжении нескольких веков исследовали теоретические и практические проблемы, связанные с правовым государством. По справедливому замечанию Н. Е. Недзела, к концу XIX в. и в начале XX в. термин «Rechtsstaat» сделался настолько эластичным, что временами рассматривался как «волшебный ящик», откуда умелый юрист, словно цирковой фокусник, мог извлечь любой необходимый государству правовой принцип или требование. Некоторые юристы, не стесняясь, квалифицировали гитлеровский Третий рейх как образцовое Rechtsstaat[1]. Если Rechtsstaat определять просто как государство, основанное на правопорядке, то — поскольку последний в третьем рейхе присутствовал в полной мере — гитлеровская Германия являлась таким «Rechtsstaat»[2].

Как полагают многие исследователи, само понятие «правовое государство» появилось в работе Карла Велькера[3], которое автор

[1] *Schmitt C.* Nationalsozialismus und Rechstaat. Juristische Wochenschchrift 716 (1934)/ C/ 716.

[2] *Недзель Н. Е.* Верховенство права или правовое государство: Откуда мы пришли и куда мы идём // Доктрины правового государства ... С. 121.

[3] См., например: *Виноградов В. А.* Правовое государство и верховенство права: Доктрины, конкуренция юрисдикций, обеспечение правовой свободы, позиции Конституционного Суда РФ в отношении правового государства / Там же. С. 373; *Тидеманн П.* Принцип Rechtsstaat в Германии / Там же. С. 272.

понимал, как государство, управляемое рациональным (volonte general (общим проявлением воли)[1]. Такая позиция была связана с тем, что в XIX в. право рассматривалось как задача, которую должен был решать правитель посредством принятия позитивного законодательства[2]. Отсюда, как обоснованно заметил П. Тидеманн: **«Изначально смысл и функция принципа Rechtsstaat заключались в оберегании и защите индивидуальных свобод посредством позитивного права»**[3] (выделено мною. — *В.Е.*)**.**

Впоследствии понятие «правовое государство», в частности, изучалось Робертом фон Молем, полагавшим целью правового государства — источника «права» является упорядочение жизни людей[4]. По сравнению с другими типами государств (например, Machstaat (властное государство) или Polizeistaat (полицейское государство), которые могли управлять людьми и без «права»), «правовое государство» с позиции юридического позитивизма несомненно можно рассматривать как государство, ограниченное, как минимум, своими собственными принципами и нормами права.

Такой подход в том числе основывается и на определении правового государства, выработанном И. Кантом. Как считал автор, основополагающими принципами государства, управляемого справедливыми законами, является свобода каждого члена общества как человеческого существа, равенство человека с другими людьми в качестве субъекта и независимость каждого члена сообщества как гражданина[5]. Данное государство должно вовлекать граждан как непосредственно, так и через их представителей в процесс создания законов, которые они должны соблюдать как члены общества; в результате они должны будут соблюдать лишь те законы, которые выбрали для себя сами[6]. При таком подходе И. Кант определял го-

---

[1] *Welcker C.T.* Die letzten Gründe von Recht, Staat und strafe: philosophisch und nach den Gesetzen der merkwürdigsten Vöolger rechtshistorisch entwickelt (1813).

[2] *Rotteck Carl v.* Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staat swissenschaften. Vol. 1 (1829)

[3] *Тидеманн П.* Указ. соч. С. 272.

[4] *Mohl Robert*, Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsatzen des Rechtsstaates, [Police science according to the Principle of the Rule of Law State], Ist ed. (1832) at 1/7/ (cited in Dietze, id., 23 note 35).

[5] *Kant I.* Uber der Geteinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht in der Praxis, 1793.

[6] Там же. С. 46–48.

сударство как объединение множества людей по законам справедливости по существу не в «правовом», а в «законном» государстве.

Однако после поражения революции 1848 г. взгляды на правовое государство изменились. Возобладала точка зрения о том, что Rechtsstaat не имеет ничего общего с целью и сущностью государства, а уделяет внимание только методам и средствам их реализации[1]. В связи с этим возможно согласиться с выводом Р. Грота: «Конец XIX столетия стал свидетелем постепенной трансформации концепции Rechtsstaat в принцип законности в чистом виде»[2]. Наконец, на современном этапе многие авторы считают, что понятие «Rechtsstaat» лучше всего переводить как «конституционное государство» в связи с усилением роли и влияния в Германии Конституционного суда[3]. Более того, например, Н. Е. Недзел полагал: «...концепция Rechtsstaat превратилась в конституционный принцип управления деятельностью государства, — что включает в себя такие фундаментальные организационные принципы, как принцип разделения властей, возможность пересмотра судебных решений Конституционным Судом Германии..., а также принципы соблюдения законности, справедливой процедуры, правовой определённости и пропорциональности»[4].

Во Франции концепция правового государства (Etat de droit) была выработана на основе воплощения единой воли (volonté générale), исследованной Ж.-Ж. Руссо. Так, Ж. Жиккель и Ж.-Э. Жиккель полагали: из общей воли и уважения Конституции проистекает **«хорошее управление или правовое государство»,** под его сенью граждане получают защиту от произвола. Более того — отмечали они — при отсутствии в Конституции Франции нормы о правовом государстве, **«Конституционный совет Франции есть воплощение правового государства»**[5] (выделено мною. — *В. Е.*).

В соответствии с французской правовой доктриной того времени государство — постреволюционное общество, характеризующееся

---

[1] Gemeinspruch (note 4), 46–48. Stahl F. J. Die Philosophie des Rechts nach geschtlicher Ansicht, 3rd edition. Tubingen 1856. S. 137.

[2] *Грот Р.* Германский Rechtsstaat в сравнительной перспективе // Доктрины правового государства ... С. 241.

[3] См., например: *Kommers D., Miller R.* Конституционная юстиция ФРГ. Durham 2012. S. 48, 49.

[4] *Недзель Н. Е.* Указ. соч. С. 122.

[5] *Gicguel J., Gicguel J. E.* Droit constitutionnel et institutions politigues. 2011. P. 11, 433.

суверенитетом законодателя, принимающего законы. Например, Монтескье писал: «Государство есть общество, где есть законы»[1]. «Таким образом, — сделала убедительный вывод Ф. Желина́, — семантическое содержание понятия «правовое государство»...сводится частично к понятию просто «государства» до того момента, когда оно не стало ассоциироваться в современной доктрине права с конституционным контролем законов, введённым Конституцией 1958 года»[2].

В связи с изложенными мнениями проанализированных немецких и французских учёных, думаю, возможно сделать, как минимум, два вывода. Первый: концепция «правового государства» в Германии и во Франции на протяжении нескольких веков претерпела существенные изменения и в настоящее время стала весьма эластичной и чрезмерно неопределённой. Второй: названные сторонники правового государства в этих странах с позиции юридического позитивизма по существу признавали деятельность государства единственным источником права, а законы, принятые государством, — его внешней формой. Третий: проанализированные авторы по существу не рассматривали иные национальные и международные формы права, которые также могут и должны ограничивать государство.

В России среди специалистов, изучавших вопросы правового государства, прежде всего возможно назвать С. С. Алексеева, В. М. Гессена, Ф. Ф. Кокошина, С. А. Котляровского, Н. И. Палиенко и Б. Н. Чичерина. Так, В. М. Гессен вслед за немецкими и французскими учеными признавал государство правовым, если оно «в своей деятельности, в осуществлении правительственных и судебных функций ограничено и связано правом, стоит под правом, а не вне и не над ним»[3]. В дальнейшем В. М. Гессен уточнил своё понимание правового государства: «...только конституционное государство может быть государством правовым; **отождествление понятий правового и конституционного государства является общим местом современной германской доктрины государственного права»**[4] (выделено мною. — *В. Е.*).

[1] Montesguieu Esprit des loix T. 1 Aamsterdam: Par la Compagnie, 1758. P. 268.

[2] *Желина́ Ф.* Правовое государство и эволюция Конституционного совета Франции (Верховенство права как фактор экономики) / В коллективной монографии; под ред. Е. В. Новиковой, А. Г. Федотова, А. В. Розенцвайга, М. А. Субботина. М., 2013. С. 274.

[3] *Гессен В. М.* Основы конституционного права. Пг., 1918. С. 1.

[4] Там же.

В то же время В. М. Гессен сделал весьма характерный вывод: «...однако, **разумеется, что реализация основными законами конституционного начала, будучи необходимым, не является достаточным условием правового государства** (выделено мною. — *В. Е.*). Господство права в государственной жизни страны предполагает и требует последовательного и строгого осуществления начала подзаконности правительственной власти. Наличность сверхзаконных полномочий у главы государства — права диспенсации, права издания исключительных указов — противоречит существу правового государства. С другой стороны, для того чтобы государство могло быть признано вполне и безусловно правовым, необходима не только конституционная, но и административная реформа. Необходимо такое административное законодательство, которое сводило бы к возможному minimum'у дискреционный характер полномочий правительственной власти; такое законодательство, которое, налагая на власть обязанности, предоставляло бы гражданам соответствующие этим обязанностям субъективные публичные права. Наконец, без наличия системы правовых гарантий, обеспечивающих неприкосновенность публичных прав, нет и не может быть правового государства. В частности, административная юстиция — своеобразная организация судебной (а не административной) власти, назначение которой заключается в защите субъективных публичных прав путем отмены незаконного распоряжения административной власти, — является краеугольным камнем правового государства. **Конституционное государство может быть более или менее правовым;** антитезой абсолютной монархии является не правовое государство, а конституционное государство»[1] (выделено мною. — *В. Е.*).

Б. Н. Чичерин с позиции сильной, но демократической государственной власти разработал концепцию «охранительного либерализма». Сущность этой концепции он выразил формулой: «либеральные меры и сильная власть». Б. Н. Чичерин по существу также с позиции юридического позитивизма, в частности, писал: «Либеральные меры, представляющие обществу самостоятельную деятельность, обеспечивающие права и личность граждан»; **«сильная власть, блюстительница государственного единства, связывающая и сдерживающая общество, охраняющая порядок, строго надзирающая за исполнением законов...разумная сила,**

[1] *Гессен В. М.* Указ. соч.

которая сумеет отстоять общественные интересы против напора анархических стихий и против воплей реакционных партий»[1] (выделено мною. — *В.Е.*).

В современной Европе термин «правовое государство» впервые на конституционном уровне, но также с позиции юридического позитивизма, был закреплен в преамбуле Конституции Португалии 1967 г., ст. 3 которой характерно называлась: «Суверенитет и законность», согласно ч. 2 «государство **подчиняется Конституции и опирается на демократическую законность»** (выделено мною. — *В.Е.*). В преамбуле Конституции Испании 1978 г. установление правового государства было определено одной из целей государства. Вместе с тем, ч. 3 ст. 9 Конституции Испании **«гарантирует принцип законности...»** (выделено мною. — *В.Е.*). Однако ч. 3 ст. 20 Основного закона Германии 1949 г. установила более сложную формулу: «Законодательство связано конституционным строем, **исполнительная власть и правосудие — законом и правом»** (выделено мною. — *В.Е.*). Наконец, Союзная Конституция Швейцарской Конфедерации содержит ст. 5 «Принципы действия правового государства», согласно которой основой и пределом государственных действий является не «закон» либо «закон и право», а «право», как родовое понятие. Как видим, в Конституциях современных государств Европы также не нашла своего закрепления единая и устойчивая европейская доктрина правового государства.

В свою очередь, Конституция России 1993 г. в ч. 1 ст. 1, с одной стороны, констатирует: «Россия есть...правовое государство». В Конституции России отсутствует аутентичное толкование термина «правовое государство». С другой стороны, системное толкование ч. 1 ст. 1 Конституции Российской Федерации с иными статьями, содержащимися в Конституции Российской Федерации, позволяет сделать вывод о том, что «правовое государство» в России — это государство прежде всего ограниченное Конституцией Российской Федерации и российскими законами. Например: «Конституция Российской Федерации имеет высшую юридическую силу на всей территории Российской Федерации (ч. 1 ст. 15); «Все равны перед законом и судом» (ч. 1 ст. 19); «судьи независимы и подчиняются только Конституции Российской Федерации и федеральному закону. Суд, установив при рассмотрении дела несоответствие акта

[1] *Чичерин Б.Н.* Различные виды либерализма // Несколько современных вопросов. М., 1862. С. 187–205.

государственного или иного органа закону, принимает решение в соответствии с законом» (ст. 120).

Зарубежные исследователи также разграничивают «тонкие» или «формальные» концепции, «толстые», «существенные» или материальные концепции «правового государства». В «тонких» концепциях «правового государства» с позиции юридического позитивизма ученые ограничиваются анализом только формальных свойств и лишь законов, ограничивающих государство. В «толстые» концепции «правового государства» с позиции разнообразных научно дискуссионных концепций интегративного правопонимания включаются и иные признаки правового государства, например, уважение прав человека, рыночной экономики, демократического общества и т. д. Как справедливо заметил М. Крайгир, «...доктрина Rechtsstaat колебалась между «толстыми» и «тонкими» в течение всех двух веков своей эволюции. Она была впервые оформлена немецкими либеральными теоретиками конституционного и административного права, такими как Карл Роттек, Карл Теодор Велькер и Роберт фон Моль, которые стремились охарактеризовать правопорядок с точки зрения ценностей, которым служили...»[1]. В свою очередь, например, социолог Ф. Селзник выработал ещё более сложную комбинацию «тонких» и «толстых» концепций[2].

И. Кант большинством исследователей традиционно признаётся основоположником юридической концепции правового государства. Как подчеркнул Г. А. Гаджиев, «**Канта в большей степени заботили проблемы устройства государственной власти, а не личность, поэтому эта концепция называется правовое государство**»[3] (выделено мною. — *В. Е.*). В то же время, в литературе широко известны «восемь принципов Лона Фуллера», в частности, характеризующие правовое государство: всеобщность, общеизвестность, перспективность, ясность, непротиворечивость, соответствие, постоянство, сравнимость[4]. Клаус Штерн выработал во многом схожий, но более развёрнутый и эластичный перечень характеристик правового государства: 1) человеческое достоинство, свобода и равенство; 2) контроль за государственной

[1] *Крайгир М.* Верховенство права // Доктрины правового государства ... С. 479.

[2] Там же.

[3] *Гаджиев Г. А.* Российская судебная доктрина верховенства права: двадцать лет спустя / Там же. С. 215.

[4] См., например: *Недзел Н. Е.* Указ. соч. С. 110.

властью; 3) законность; 4) юридическая защита; 5) возмещение вреда; 6) защита от злоупотребления властью[1].

Данные «принципы» или «характеристики» «правового государства» с таким же «успехом» было бы возможно продолжать бесконечно. Во-первых, на мой взгляд, многие из них не имеют непосредственного отношения собственно к праву как одному из регуляторов правоотношений, являются простым перечислением каких-либо как правовых, так и иных социальных явлений. Например, общеизвестность, перспективность, ясность, непротиворечивость, соответствие, постоянство, сравнимость, свобода. Во-вторых, действительно «правовое государство» может быть ограничено в своей деятельности не «просто» «принципами» или «характеристиками», а прежде всего принципами и нормами права, содержащимися в различных формах не только национального, но и международного права.

По мнению Джованни Сартори, «Верховенство права обусловливает существование не государства, а автономного права внешнего по отношению к государству, а именно: общего права, прецедентного права, оба из которых являются результатом деятельности конкретного судьи, а также судейского права. Таким образом, существует «верховенство права» без государства; и даже, выражаясь более точно, не требуется того, чтобы государство монополизировало процесс правотворчества...в то время **как подлинная сущность правового государства (stato di diritto) состоит в самоподчинении государства своему собственному праву, в случае «верховенства права» государство подчиняется праву, которое не является его собственным»** (выделено мною. — *В.Е.*)[2].

Изложенная точка зрения вызывает целый ряд принципиальных уточнений и возражений. Первое: с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания представляется теоретически более обоснованным условно разграничивать право на «внешнее» по отношению к государству, например, основополагающие (общие) принципы международного права, национальные правовые договоры и право «внутреннее», «собственное» (в частности, внутригосударственные правовые акты), действующее в единой и многоуровневой системе как «внешнего», так и «внутреннего» права по отношению к данному государству. Второе: спорным, полагаю,

[1] Цит. по: *Недзел Н.Е.* Указ. соч. С. 110.

[2] *Sartori G.* Nota sul rapporto tra Stato di diritto e Stato di giustizia, in Rivista internazionale di filosofiadel del deritto. 1964. At. 310, 311.

является выделение «прецедентного права» или «судейского права». В процессе рассмотрения конкретных споров судья вырабатывает не «судейское» или «прецедентное право», а в результате индивидуального судебного регулирования правоотношений устанавливает конкретные права и обязанности только участников конкретного спора, обязательные лишь для данных лиц[1]. Третье: в то же время эффективное регулирование правоотношений возможно лишь на основе оптимального сочетания как правового, так и индивидуального регулирования правоотношений, являющихся парными категориями и объективно недостаточными друг без друга[2].

Четвертое: при таком теоретическом подходе не происходит монополизации государством процесса правотворчества, а действительная подлинная сущность современного правового государства, на мой взгляд, выражается в подчинении государства как «внешнему» праву, так и в самоподчинении «внутреннему» праву. Пятое: отсюда, полагаю теоретически дискуссионным существование двух самостоятельных концепций: «верховенства права» и «правового государства». Как представляется, с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания «верховенство права», думаю, теоретически более обосновано рассматривать как цель регулирования правоотношений в «правовом государстве», самоограниченным не только собственным внутригосударственным правом, но и ограниченным правом международным, например, международными договорами, а в пределе — основополагающими (общими) принципами национального и международного права. Следовательно, правоотношения в действительно правовом государстве должны регулироваться принципами и нормами права, содержащимися как во «внутреннем», так и во «внешнем» праве.

Думаю, далеко не случайно в специальной литературе и во многих международных документах зачастую понятия «верховенство права» и «правовое государство» не разграничивают и даже отождествляют. Так, в тексте отчета Европейской комиссии за демократию через право (Венецианской комиссии) «The Rule of Law and the Rechtsstaat» 2009 г. отмечалось, что эти две доктрины во многом пересекаются

[1] См. подробнее: *Ершов В.В.* «Судебный прецедент?», «Судебный прецедент толкования права?» // Российское правосудие. 2013. № 9. С. 4–6.

[2] См.: *Ершов В.В.* Правовое и индивидуальное регулирование как парные категории // Российское правосудие. 2013. № 4. С. 4–23.

и не могут быть легко отделены друг от друга, преследуют общие цели предотвращения произвольных действий государства[1].

В связи с этим трудно согласиться с Н.Е. Недзелом, считающим: «...термин «правовое государство», он же etat de droit, он же Rechtsstaat, относится к государству, которое использует для целей управления законодательные акты, принятые демократическим парламентом. Отсюда следует, что такое государство управляется посредством закона и по закону»[2]. В реальном правовом государстве должны реализоваться прежде всего принципы и нормы права, содержащиеся не только во «внутреннем», но и во «внешнем» по отношению к государству праве. Говоря теоретически более точно, действительное правовое государство, должно характеризоваться реализацией прежде всего принципов и норм права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права[3]. Отсюда снимается спор о праве и государстве, как дискуссия о «курице» и «яйце»[4], спор о том, что первично — право или государство?

Во «внешнем» праве первично право по отношению к государству, во «внутреннем» праве государство первично по отношению к праву.

Весьма характерно, что, по мнению С.Ф. Ударцева и Ж.Р. Темирбекова, постепенно происходит и внутренняя эволюция содержания «Rechtsstaat» в чистом виде как государства, где «властвуют акты законодательства», дополняется определениями правового государства как обеспечивающего реальную правовую защиту («Rechtsschutzstaat») и «государство правосудия» («Justizstaat»), государства с правовым законодательством, с «правовой властью», т.е. ограниченного правом, как государства «разумного»[5].

При таком историческом развитии концепции «правового государства» представляются спорными знаменитые выражения Вольтера: свобода заключается в том, чтобы «зависеть только от законов»[6] и Монтескье, для которого свобода значила «право делать всё,

---

[1] Report on the rule of law // Adopted by the Venice Comission at its 86th plenary session. Venice, 25–26 March 2011.

[2] *Недзел Н.Е.* Указ. соч. С. 109.

[3] См.: *Ершов В.В.* Система форм права в Российской Федерации // Российское правосудие. 2009. № 1. С. 7–15.

[4] *Нерзел Н.Е.* Указ. соч. С. 115.

[5] *Ударцев С.Ф., Темирбеков Ж.Р.* Указ. соч. С. 15.

[6] Voltaire Pensees sur le gouvernement 1752 // Euvres de Voltaire. T. XXXIX. Paris; 1830. P. 425.

что дозволено законами»[1], а также концепции «самоограничения» (Р. Иеринга) и «самообязывания» (г. Еллинека), разработанные на основе юридического позитивизма и подвергнутые обоснованной критике учёными из-за теоретической необоснованности и практической несостоятельности. Так, Р. Иеринг самоограничение государства и его власти понимал, как разумное осознание и понимание им своих собственных интересов. На каждой ступени развития общества и государства «это разумение, обусловленное собственным интересом, служит настолько же к усилению, насколько и к умерению власти; гуманность, до которой возвышается человек, в её первоначальном источнике есть не что иное, как самообуздание власти и силы, обусловленное разумно понятым собственным интересом[2]».

В свою очередь, Г. Еллинек, исходя из этатистских позиций, полагал: «Государство одно является источником планомерного развития права, и только в его распоряжении находятся средства правового принуждения»[3]. Он считал, что у государства есть способность к самообязыванию посредством принятия законов для себя и ограничения правами, которые оно признает в других. По его мнению, государство способно отделять свою собственную сферу деятельности от сферы частной жизни. Например, такие личные права, как свобода совести, печати, собраний и т. д. составляют сферу, на его взгляд, свободную от государственного вмешательства[4]. Подобные взгляды убедительно оспаривал Н. М. Коркунов: «Всякий имеющий власть стремится ею злоупотреблять; он всегда простирает свою власть так далеко, как может. Поэтому для устранения произвола необходимо поделить власть между различными учреждениями так, чтобы власть одного останавливала, сдерживала власть другого[5]». Данные концепции представляются не только теоретически весьма противоречивыми, но и практически контрпродуктивными, приводящими на практике в том числе и к трагическим результатам (например, дети Г. Еллинека Дора и Отто погибли в руках нацистов).

Теоретически более обоснованной, а практически необходимой представляется научно обоснованная концепция интегративного

---

[1] Montesguieu Esprit des loix T. 1. Amsterdam, 1758. P. 268.
[2] *Иеринг Р.* Цель в праве. СПб., 1881. С. 184.
[3] *Еллинек Г.* Общее учение о государстве. СПБ., 1908. С. 186.
[4] *Georg Jellinek*. Allgemeine Staatslehre. 1922. P. 419, 420.
[5] *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права. СПб., 2003. С. 322.

правопонимания, в соответствии с которой право не ограничивается только одними «внутренними» источниками — прежде всего государственными, а объективно имеет и разнообразные «внешние» источники по отношению к государству. Например, источниками национальных правовых договоров и обычаев права является не государство, а деятельность иных управомоченных органов и лиц[1]. При таком теоретическом подходе с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания правовое государство можно рассматривать как государство, ограниченное в своей деятельности как «внешним» правом, прежде всего, основополагающими (общими) принципами международного и (или) национального права, специальными принципами и нормами права, выработанными в международных договорах и обычаях права, национальных правовых договорах и обычаях права, так и «внутренним» правом, содержащимся, например, в специальных принципах и нормах права, установленных, в частности, в национальных правовых актах, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права[2].

В специальной литературе далеко не всегда разграничивают и более того нередко отождествляют понятия «концепция» и «доктрина». В то же время, в соответствии с Философским энциклопедическим словарём «доктрина (от лат. doctrina — учение) — это систематизированное политическое, идеологическое или философское учение,...совокупность принципов»[3], а «концепция (от лат. conception) — ведущий замысел, определенный способ понимания, трактовки какого-либо явления; внезапное рождение идеи, осн. мысли...»[4].

Таким образом, краткий анализ точек зрения проанализированных зарубежных и российских ученых, а также разнообразных международных и российских документов, полагаю, позволяет сделать несколько итоговых выводов.

---

[1] См. подробнее: *Ершов В.В.* Частный договор — источник российского права // Российское правосудие. 2013. № 7. С. 5–11; *Ершов В.В., Ершова Е.А.* Обычаи трудового права: актуальные общетеоретические и практические проблемы // Российское правосудие. 2013. № 5. С. 67–77.

[2] См.: *Ершов В.В.* Соотношение международного и внутригосударственного права в условиях глобализации // Российское правосудие. 2011. № 6. С. 4–10.

[3] Философский энциклопедический словарь. М., 2000. С. 142.

[4] Указ. соч. С. 222.

Первый: на мой взгляд, теоретически дискуссионно существование в специальной литературе, международных и национальных документах двух отдельных концепций «верховенства права» и «правового государства».

Второй: с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания верховенство права, полагаю, теоретически более обоснованно рассматривать как цель регулирования правоотношений в правовом государстве, самоограниченным не только «внутренним» правом, но и ограниченным «внешним» правом.

Третий: исследованные в работе многообразные и зачастую теоретически весьма противоречивые представления многочисленных научных работников о правовом государстве скорее возможно отнести к множеству дискуссионных и весьма «эластичных» концепций.

Четвертый: выработанные научными работниками концепции правового государства по различным типам правопонимания прежде всего возможно классифицировать на концепции правового государства, разработанные на основе: юридического позитивизма («тонкие» концепции); научно дискуссионные концепции интегративного правопонимания, спорно синтезирующие как право, так и неправо («толстые» концепции)[1].

Пятый: с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания действительное правовое государство самоограничено не только «внутренним», но и ограничено «внешним» правом, а теоретически точнее — принципами и нормами права, содержащимися в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права.

2.9. Пробелы в праве

Пробелы в праве — одна из наиболее значимых для практики проблем, активно дискутируемая многочисленными научными работниками. Необходимо подчеркнуть: исследователи в большинстве случаев занимают прямо противоположные позиции, прежде всего исходя из разделяемых ими типов правопонимания. Существующие

[1] Подробнее см.: *Ершов В.В.* Право и неправо: Дискуссионные вопросы теории и практики // Российское правосудие. М., 2013. № 1. С. 24–31.

научные дискуссии не могли не найти своего отражения и в национальных правовых актах.

Так, согласно ст. 6 ГК РФ: «В случаях, когда предусмотренные пунктами 1 и 2 ст. 2 настоящего Кодекса отношения прямо не урегулированы законодательством или соглашением сторон и отсутствует применяемый к ним обычай, к таким отношениям, если это не противоречит их существу, применяется гражданское законодательство, регулирующее сходные отношения (аналогия закона).

При невозможности использования аналогии закона, права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости».

Данная статья, как это ни странно, выработана одновременно со спорных позиций юридического позитивизма, а также научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания. Во-первых, в п. 1 ст. 6 ГК РФ с позиции юридического позитивизма установлено: «В случаях..., когда отношения прямо не урегулированы законодательством...». Вместе с тем с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания гражданское право не ограничивается только гражданским «законодательством».

Во-вторых, «соглашение сторон» с точки зрения разграничения правового и индивидуального регулирования правоотношений относится не к правовому, а к индивидуальному регулированию гражданских правоотношений.

В-третьих, национальные обычаи права — лишь одна из форм и только российского права. В-четвертых, термин «аналогия закона» только подтверждает, что пробела в праве в целом нет, поскольку в «законодательстве» имеется «закон», регулирующий сходные правоотношения. В-пятых, по «аналогии закона» применяется не «закон», а принципы и (или) нормы права, содержащиеся в законе.

В-шестых, полагаю, спорным является и понимание законодателем «аналогии права» как «общих начал и смысла гражданского законодательства». Прежде всего возникает вопрос: что означают слова «общие начала» и «смысл гражданского законодательства»? А главное — почему «всё» гражданское право сводится только к «гражданскому законодательству»? Наконец, в-седьмых, законодателем «добросовестность, разумность и справедливость» включены в Гражданский кодекс Российской Федерации с позиции научно дискуссионной концепции

правопонимания и скорее являются разновидностью неправа, онтологически не однородных социальных регуляторов общественных отношений, а не правовыми регуляторами гражданских правоотношений. Таким образом, в п. 1 ст. 6 ГК РФ теоретически спорно, а практически контрпродуктивно содержатся онтологически разнородные правовые и иные социальные регуляторы, право и неправо.

Вместе с тем, в соответствии с ч. 4 ст. 1 ГПК РФ в случае отсутствия нормы процессуального права суд «...действует исходя из **принципов осуществления правосудия в Российской Федерации (аналогия права)»** (выделено мною. — *В. Е.*). Однако прежде всего «принципы осуществления правосудия в Российской Федерации» в Гражданском процессуальном кодексе Российской Федерации не определены. В этой связи ч. 4 ст. 1 данного Кодекса в судебной практике фактически не применяется. Кроме того, на мой взгляд, было бы теоретически более обосновано, а практически продуктивно выработать в Гражданском процессуальном кодексе Российской Федерации специальные принципы российского процессуального права, а не «принципы осуществления правосудия в Российской Федерации».

В то же время, ст. 7 Жилищного кодекса РФ по существу возвращает нас в 1994 г., год принятия части первой Гражданского кодекса Российской Федерации:

«1. В случаях, когда жилищные отношения не урегулированы жилищным законодательством или соглашением участников таких отношений, и при отсутствии норм гражданского или иного законодательства, прямо регулирующих такие отношения, к ним, если это не противоречит их существу, применяется жилищное законодательство, регулирующее сходные отношения (аналогия закона).

2. При невозможности использования аналогии закона права и обязанности участников жилищных отношений определяются исходя из общих начал и смысла жилищного законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, гуманности, разумности и справедливости». Аналогичный вывод можно сделать в процессе анализа и ч. 6 ст. 15 КАС РФ от 8 марта 2015 г.: «В случае отсутствия норм права, регулирующих спорные отношения, к таким отношениям, если это не противоречит их существу, суд применяет нормы права, регулирующие сходные отношения (аналогия закона), а при отсутствии таких норм права разрешает административное дело исходя из общих начал и смысла законодательства (аналогия права)».

В специальной литературе, в основном также написанной с позиции юридического позитивизма, право, как правило, фактически отождествляется с «законодательством». Так, П. Е. Недбайло в самом общем виде писал: «Пробел в праве — это пробел в содержании действующего права в отношении фактов общественной жизни, находящихся в сфере правового воздействия»[1]. Кроме того, еще в 1948 г. С. И. Вильнянский, думаю, также спорно утверждал: пробелы в праве не сводятся к полному отсутствию нормативного регулирования каких-то отношений. Они могут иметь место и там, где действующие нормы страдают неполнотой, т. е. не учитывают полностью необходимых особенностей данного случая, и там, где имеется несколько норм, находящихся между собой в противоречии[2]. В этой связи представляется объяснимым и понятие пробелов в праве, выработанное В. В. Лазаревым в одной из самых известных в нашей стране работ на данную тему, — «Пробелы в законодательстве: установление, преодоление, устранение». Несмотря на то, что работа называется «Пробелы в законодательстве...», В. В. Лазарев в данной работе с позиции юридического позитивизма дал понятие пробела в «праве». Пробелом «...**в праве**, — писал он, — является полное или частичное (неполнота) отсутствие норм, необходимость которых обусловлена развитием общественных отношений и потребностями практического решения дел, основными принципами советского законодательства, норм, в отношении создания которых воля трудящихся достаточно ясно выражена **в соответствующих государственных или общественных актах»** [3] (выделено мною. — *В. Е.*).

В свою очередь А. Т. Боннер спорно полагал: «Разрешение дела на основании закона или аналогии права не может быть признано формой судейского усмотрения, так как здесь отсутствует какая-либо свобода при выборе вариантов решения»[4]. В то же время К. И. Комиссаров занимал прямо противоположную точку зрения: в случаях применения аналогии закона или права «...суд по собственному усмотрению констатирует правовой характер того или иного

---

[1] *Недбайло П. Е.* Применение советских правовых норм. М., 1960. С. 456.

[2] *Вильнянский С. И.* Толкование и применение гражданско-правовых норм: Метод. матер. М., 1948. С. 54.

[3] *Лазарев В. В.* Избранные труды. Т. 2. С. 51.

[4] *Боннер А. Т.* Применение закона и судебное усмотрение // Советское государство и право. 1997. № 6. С. 42.

общественного отношения, хотя оно прямо и не урегулировано конкретным законом»[1]. На мой взгляд, трудно согласиться с А. Т. Боннером, полагающим, что при пробелах в праве «отсутствует какая-либо свобода при выборе вариантов решения», так как в этих случаях правоприменитель выбирает различные варианты решения в соответствии с аналогией закона или межотраслевой аналогией закона.

В свою очередь М. Г. Авдюков писал: «Аналогия процессуального закона не согласуется с принципом законности»[2]. Однако В. М. Жуйков справедливо возражал против такой точки зрения: «...при применении аналогии надо иметь в виду, что она допустима, когда, во-первых, действительно имеется пробел в процессуальном законодательстве...во-вторых, при условии, что её применение не приведет к ущемлению прав каких-либо лиц, как участвующих, так и не участвующих в деле»[3].

Вместе с тем с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания право выражается в принципах и нормах права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве. При таком теоретическом подходе система права, состоит из двух подсистем внутригосударственного и международного права. В свою очередь подсистемы права образованы составляющими их формами национального и (или) международного права. Среди них, как минимум, возможно выделять следующие формы национального и (или) международного права: основополагающие (общие) принципы внутригосударственного права, национальные правовые акты, национальные правовые договоры, обычаи национального права, основополагающие (общие) принципы международного права, международные договоры и обычаи международного права. При таком общенаучном подходе пробел в праве (а не в законодательстве), на мой взгляд, теоретически возможен только при отсутствии принципов и (или) норм права во всех формах как национального, так и международного права, реализуемых в государстве. Большинство практических и научных работников

---

[1] *Комиссаров К. И.* Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства. Свердловск, 1971. С. 55.

[2] *Авдюков М. Г.* Принцип законности в гражданском судопроизводстве. М., 1970. С. 177–190.

[3] *Жуйков В. М.* Проблемы гражданского процессуального права. М., 2001. С. 73.

теоретически дискуссионно относят к пробелам в «праве» по существу пробел «в законодательстве». В этих случаях, на мой взгляд, пробел в «праве» отсутствует, пробел в «праве» является мнимым.

Переходя к вопросу о природе «аналогии права», прежде всего необходимо обратиться к выводам научных работников, имеющимся в юридической литературе. Так, исследователи, изучавшие проблемы аналогии права с позиции юридического позитивизма, традиционно подчеркивали условность понятия «аналогия права»[1], поскольку норма права в национальных правовых актах в этих случаях отсутствует. Большинство научных и практических работников считает применение аналогии права нежелательным в связи с возрастанием возможности «субъективного усмотрения должностных лиц»[2]. Некоторые авторы, не исключая возможности применения аналогии права, полагают, что она практически не применяется[3].

Однако с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, на мой взгляд, право в большинстве случаев беспробельно, поскольку не ограничивается только нормами права, содержащимися в «законодательстве» (а точнее — в национальных правовых актах). С позиции научно обоснованной концепции интегративного понимания права возможно также критически оценить и следующие традиционные взгляды на аналогию права. Например, В. И. Леушин спорно писал: «...при аналогии права принципы выполняют непосредственно регулирующую функцию и выступают единственным **нормативно-правовым основанием** правоприменительного решения»[4] А. Л. Захаров разделял такую точку зрения (как и многие другие научные и практические работники): **«...принципы права... служат доступным средством восполнения пробелов в праве»**[5] (выделено мною. — *В. Е.*). В то же время, исходя из научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, такой вывод представляется дискуссионным, поскольку не только нормы права, но и принципы права являются правовыми регуляторами правоотношений.

---

[1] См., например: *Вильнянский С. И.* Значение логики в применении правовых норм // Учен. зап. Харьковск. юрид. ин-та. 1948. Вып. 3. С. 105.

[2] *Пиголкин А. С.* Обнаружение и преодоление пробелов в праве // Советское государство и право. 1970. № 3. С. 52.

[3] *Коренев А. П.* Толкование и применение норм советского административного права // Советское государство и право. 1971. № 1. С. 53.

[4] Теория государства и права / Отв. ред. В. Д. Перевалов. М., 2005. С. 246.

[5] *Захаров А. Л.* Указ. соч. С. 8.

При таком теоретическом подходе пробел в праве отсутствует, пробел в праве является мнимым. В этой связи необходимо подчеркнуть: принципы права применяются в качестве правовых регуляторов правоотношений, имеющихся в формах национального и (или) международного права, а не в порядке «аналогии права».

Далее хотелось бы привести несколько соответствующих примеров, основанных, полагаю, на спорной судебной практике. Первый основывается на Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 27 октября 2015 г. № 28-П «По делу о проверке конституционности пункта 1 ст. 836 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан И. С. Билера, П. А. Гурьянова, Н. А. Гурьяновой, С. И. Каминской, А. М. Савенкова, Л. И. Савенковой и Н. П. Степанюгиной».

> В соответствии с названным Постановлением в 2012 г. с данными гражданами в здании банка, в присутствии его работников, осуществляющих обслуживание клиентов банка, были заключены договоры банковского вклада. Кроме того, И. С. Билер в течение срока действия договора неоднократно вносил дополнительные денежные средства, а также получал проценты по вкладу. Весной 2013 г. указанные граждане обратились в банк с заявлениями о досрочном возврате денежных средств. Гражданам в этом было отказано на том основании, что договоры между ними и банком заключены не были, поскольку подписавшее их лицо не имело полномочий на совершение этих сделок от имени банка, а денежные средства, на принятие которых этим лицом для зачисления во вклады указанных в данных им документах, в кассу банка не поступали.
>
> Исковое заявление граждан о взыскании денежных средств, находящихся в их банковских вкладах, процентов за неправомерное пользование чужими денежными средствами и упущенной выгоды в связи с нарушением ответчиком условий заключенных ими договоров банковского вклада судом первой инстанции были оставлены без удовлетворения. Суд первой инстанции со ссылкой на п. 1 ст. 836 Гражданского кодекса Российской Федерации признал данные договоры ничтожными, либо незаключенными. Решения суда первой инстанции были оставлены без изменения апелляционными определениями суда второй инстанции. Как было указано в данных судебных актах, экземпляры договоров не соответствуют утвержденной банком типовой форме и от его имени подписаны неуполномоченным лицом.
>
> В то же время Конституционный Суд Российской Федерации в названном постановлении убедительно подчеркнул: «К договорам присоединения относится и договор банковского вклада, условия которого в соответствии с п. 1

> ст. 428 Гражданского кодекса Российской Федерации определяются одной стороной – банком в стандартных формах и который признается публичным договором…граждане – вкладчики обычно лишены возможности влиять на его содержание…Внесение денежных средств на счет банка гражданином-вкладчиком, действующим при заключении договора банковского вклада разумно и добросовестно может доказываться любыми выданными ему банком документами… Если из обстоятельств дела следует, что договор банковского вклада, одной из сторон которого является гражданин, был заключен от имени банка неуполномоченным лицом, необходимо учитывать, что для гражданина, проявляющего при заключении договора необходимые разумность и добросовестность, соответствующие полномочия представителя может явствовать из обстановки, в которой он действует»[1].

Согласно п. 1 ст. 836 ГК РФ: «Форма договора банковского вклада» «Договор банковского вклада должен быть заключен в письменной форме. Письменная форма договора банковского вклада считается соблюденной, если внесение вклада удостоверено сберегательной книжкой, сберегательным или депозитным сертификатом либо иным выданным банком вкладчику документом, отвечающим требованиям, предусмотренным для таких документов законом, установленными в соответствии с ним банковскими правилами и применяемыми в банковской практике обычаями делового оборота».

В этой связи возможно сделать несколько предварительных выводов.

Первый: форма договора банковского вклада не является абсолютно определенной только Гражданским кодексом Российской Федерации.

Второй: письменная форма договора банковского вклада считается соблюденной, если внесение вклада установлено выданным банком вкладчику документом, отвечающим требованиям, предусмотренным в том числе обычаями права.

Третий: в этой связи возможно констатировать, что пробел имеется только в п. 1 ст. 836 ГК РФ. Пробела в праве в целом нет, пробел в праве является мнимым, поскольку с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания сложившиеся правоотношения могут быть также урегулированы и посредством применения норм права, выработанных в обычаях права (ст. 5 ГК РФ).

[1] Там же.

Второй пример основывается на Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 19 ноября 2015 г. № 29-П «По делу о проверке конституционности п. 1 ст. 10 Федерального закона «О трудовых пенсиях в Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина Н. К. Шматкова».

> В соответствии с данным постановлением приказом председателя правления банка от 26 января 1995 г. Н. К. Шматков в связи с привлечением его к уголовной ответственности был отстранен от работы с приостановкой выплаты заработной платы. Предварительное следствие и судебное разбирательство по данному уголовному делу длились с 1995 по 2006 г. Приговором суда первой инстанции от 25 августа 2006 г., вступившим в законную силу 16 октября 2006 г., Н. К. Шматков был оправдан по предъявленному обвинению в связи с отсутствием в его действиях состава преступления и за ним было признано право на реабилитацию.
>
> 31 декабря 2001 г. Н. К. Шматков обратился в суд с иском о восстановлении своих пенсионных прав, в частности о включении в страховой стаж периода с 1 января 2002 г. по 2 ноября 2010 г. Решением суда первой инстанции от 30 октября 2012 г., оставленным без изменения апелляционным определением суда второй инстанции, Н. К. Шматкову в иске было отказано. В судебных актах отказ обосновывался отсутствием правовых оснований для включения в страховой стаж в ст. 10 Федерального закона «О трудовых пенсиях в Российской Федерации», т. е. пробелом не в праве, а в законе.
>
> Вместе с тем, Конституционный Суд Российской Федерации в названном постановлении убедительно установил: «…нормы пенсионного законодательства должны согласоваться с предписанием Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации о необходимости восстановления пенсионных прав… Исключив возможность зачета в страховой стаж лица периода временного отстранения от должности (работы) в связи с уголовным преследованием, федеральный законодатель породил…несогласованность между положениями уголовно-процессуального закона и пенсионным законодательством, заведомо ведущую к невозможности реализации в полном объеме права на реабилитацию, предполагающего восстановление в пенсионных правах лиц, незаконно или необоснованно подвергшихся уголовному преследованию»[1].

В этой связи, думаю, возможно сделать, как минимум, два вывода. Первый: пробел действительно имелся только в п. 1 ст. 10 ФЗ «О трудовых пенсиях в Российской Федерации», а не в праве

[1] Российская газета. 2015. 30 ноября. № 270.

в целом. Второй: пробела в праве в целом не было. Пробел в праве являлся мнимым и мог быть преодолён судом посредством системного толкования и применения как п. 1 ст. 10 названного закона, так и ст. 19 (ч. 1 и 2), 39 (ч. 1 и 2) и 53 Конституции РФ.

Третий пример возможно привести в результате изучения принятого Конституционным Судом Российской Федерации постановления от 20 октября 2015 г. № 27-П «По делу о проверке конституционности ч. 3 ст. 333 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан А. И. Карабанова и В. А. Мартынова»[1].

> В анализируемом Постановлении Конституционный Суд Российской Федерации отметил: заявление садоводческого товарищества «Заря» о возмещении расходов на оплату услуг своего представителя определением суда первой инстанции было удовлетворено. Частная жалоба А. И. Карабанова на это определение была оставлена без удовлетворения судом второй инстанции, рассмотревшим ее без вызова сторон. В названном постановлении Конституционным Судом Российской Федерации исследованы и другие судебные акты. Суд второй инстанции, рассмотрев частную жалобу В. А. Мартынова на определение суда первой инстанции, без вызова сторон апелляционным определением оставил его без изменения.
>
> В удовлетворении ходатайства В. А. Мартынова об извещении сторон о времени и месте рассмотрения частной жалобы было отказано со ссылкой на ч. 3 ст. 333 Гражданского процессуального Кодекса Российской Федерации. В. А. Мартынову в передаче кассационной жалобы в следующие судебные инстанции также было отказано в соответствии с первым абзацем части третьей ст. 333 Гражданского процессуального Кодекса Российской Федерации.
>
> Конституционный Суд Российской Федерации, как представляется, в свою очередь также дискуссионно постановил: *«Признать ч. 3 ст. 333 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в редакции Федерального закона от 28 декабря 2013 г. № 436-ФЗ* (выделено мною. — *В. Е.*) не противоречащей Конституции Российской Федерации, поскольку по своему конституционно-правовому смыслу в системе действующего правового регулирования ее положения во взаимосвязи с ч. 1 ст. 98, ч. 1 ст. 100 и ст. 104 данного Кодекса, предоставляя суду апелляционной инстанции, рассматривающему частную жалобу на определение суда первой инстанции о распределении судебных расходов, правомочие — с учетом характера и сложности разрешаемого процессуального вопроса, а также доводов частной жалобы, в том числе относительно необходимости исследования до-

[1] Российская газета. 2015. 30 октября. № 246.

> казательств по данному вопросу, и возражений на частную жалобу не вызывать лиц, участвующих в деле, в судебное заседание и не извещать их о времени и месте его проведения, вместе с тем предполагают, что сторонам будет обеспечена возможность — посредством процессуальных механизмов (процедур) письменного производства без проведения слушания с участием сторон — изложить свои доводы и возражения по рассматриваемому вопросу и направить суду письменные доказательства. Если для проверки законности и обоснованности определения суда первой инстанции, на которое подана частная жалоба, суду апелляционной инстанции необходимо исследовать и оценить не только доказательства, положенные в основу данного определения, но и предоставленные стороной новые доказательства, которые не были ею представлены в суд первой инстанции по уважительной причине, суд апелляционной инстанции обязан назначить судебное заседание с проведением слушания и известить лиц, участвующих в деле, о времени и месте судебного заседания»[1].

Вместе с тем, судья Конституционного Суда Российской Федерации Г. А. Жилин в своем особом мнении, думаю, теоретически более убедительно написал: «...законодатель, преследуя цель снижения нагрузки на суды, пошел не по пути введения упрощенной (письменной) формы проверки законности и обоснованности не вступивших в законную силу определений суда первой инстанции, а **по пути лишения прав лиц, участвующих в деле, быть извещенными о времени и месте судебного заседания. И это при том, что действующее гражданское процессуальное законодательство, нормы которого должны применяться в системной связи, требует от судов в таких случаях применять общий порядок апелляционного производства, не предусматривающий различий в зависимости от того, рассматривается частная жалоба на определения с извещением или с неизвещением лиц, участвующих в деле** (выделено мною. — *В. Е.*) ... Важнейшим...в системе действующего гражданского процессуального регулирования является право на личное участие в судебном заседании, обеспечивающее соответствующим субъектам судопроизводства надлежащую реализацию других процессуальных прав. **Правило о неизвещении участвующих в деле лиц о времени и месте судебного заседания без введения законом специального упрощенного (письменно) производства не лишает их процессуальных прав, гарантированных иными нормами закона, а лишь создает препятствия для реализации таковых** (выделено мною. — *В. Е.*) ... Оспоренное положение ч. 3 ст. 333 Гражданского процессуального

[1] Там же.

Кодекса Российской Федерации следовало признать не соответствующим Конституции Российской Федерации, ее ст. 19 (ч. 1), 46 (ч. 1) и 123 (ч. 3), в той мере, в какой оно при решении судом первой инстанции вопроса о распределении судебных расходов определением не предполагает обязательного извещения лиц, участвующих в деле, о времени и месте рассмотрения апелляционной инстанцией частной жалобы (представления) притом, что в системе действующего гражданского процессуального регулирования данный вопрос по общему правилу разрешается решением суда, жалоба (представление) на которое рассматривается в апелляционном порядке с обязательным извещением лиц, участвующих в деле»[1].

В целом, соглашаясь с доводами Г. А. Жилина, с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания хотелось бы также и дополнить его выводы. На мой взгляд, судами всех инстанций было необходимо в данном споре исходить из того, что право прежде всего выражается в принципах и нормах права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в России, а не только в соответствующих нормах права, установленных законодателем в Гражданском процессуальном кодексе Российской Федерации. Следовательно, в аналогичных случаях теоретически более обоснованно в процессах судебного разбирательства анализировать все принципы и нормы права, содержащиеся в единой системе права, в том числе принципы и нормы права, выработанные в Конституции Российской Федерации и уголовно-процессуальном праве, а не только в ч. 3 ст. 333 ГПК РФ. Согласно ч. 1 ст. 46 Конституции РФ проблему возможно поставить и значительно глубже. Как правило, согласно ч. 1 ст. 46 Конституции РФ судебной защите подлежат права и правовые интересы каждого без каких-либо исключений и ограничений. При таком правовом регулировании правоотношений иные ограничения, а также исключения в защите судом прав и правовых интересов лиц, участвующих в деле, установленные в ч. 1 ст. 333 ГПК РФ, представляются теоретически спорными. В этой связи предлагаю изложить ч. 3 ст. 333 ГПК РФ в следующей редакции: «Частная жалоба, представление прокурора на определение суда первой инстанции в связи с предполагаемым

[1] Там же.

нарушением прав и правовых интересов лиц, участвующих в деле, суд апелляционной инстанции рассматривает с извещением лиц, участвующих в деле, известив их о времени и месте рассмотрения частной жалобы, представления прокурора». В то же время в ч. 3 ст. 333 ГПК РФ в ред. Федерального закона от 28.11.2018 № 451-ФЗ были внесены изменения, в соответствии с которыми многие частные жалобы и представления прокурора на определения суда первой инстанции апелляционные суды вправе рассматривать без извещения лиц, участвующих в деле.

Учитывая проанализированные выше теоретические и практические аргументы, хотелось бы сделать несколько общих итоговых выводов.

Первый: как правило, пробелы в «праве» содержатся не в «праве» в целом, а только в «законодательстве», а точнее в отдельных внутригосударственных правовых актах, которые суд может преодолевать в конкретных спорах (ad hoc) посредством применения аналогии закона или межотраслевой аналогии закона; в этих случаях пробела в праве в целом нет, пробел в праве является мнимым.

Второй: пробел в праве с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, в частности, возможно рассматривать как отсутствие прежде всего принципов и норм права в целом в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве.

Третий: пробел в праве устраняется соответствующими управомоченными правотворческими органами, организациями, лицами и т. д., в результате выработки принципов и (или) норм права в формах национального и (или) международного права, реализуемых в государстве.

Четвертый: правовая категория «аналогия права» в традиционном («устоявшемся») понимании с позиции научно обоснованной концепции интегративного понимания права представляется дискуссионной, а с практической — контрпродуктивной, поскольку под «общими началами законодательства» в специальной литературе традиционно понимаются принципы права, в действительности являющиеся правовыми регуляторами правоотношений. При таком теоретическом подходе пробела в праве нет, пробел в праве является мнимым. Термин «смысл...законодательства» является теоретически неопределённым, а практически — контрпродуктивным.

«Законодательство» (а точнее национальные правовые акты) — лишь одна из форм и только национального права.

Пятый: основополагающие (общие), специальные принципы национального и (или) международного права, принципы отдельных институтов национального и (или) международного права являются правовыми регуляторами правоотношений, применяющимися непосредственно, а не по «аналогии права». Пробел в праве в этих случаях мнимый.

Шестой: учитывая изложенные и многие иные проблемы, а также спорные точки зрения, высказанные в юридической литературе, принимая во внимание дискуссионные нормы права, содержащиеся, например, в российских правовых актах, предлагаю рассмотреть вопрос о необходимости принятия Федерального закона «О пробелах в праве». В данном Федеральном законе, на мой взгляд, должны быть выработаны специальные принципы и нормы права, в которых с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания прежде всего необходимо сформулировать аутентичное понимание пробела в праве, установить перечень органов, управомоченных устранять и преодолевать пробелы в праве.

2.10. Принципы права

Принципы права, с одной стороны, в самом общем виде нередко упоминаются в специальной литературе. Например, В. М. Сырых справедливо писал: «Принципы права теоретически обосновано рассматриваются "...в качестве самостоятельного компонента предмета общей теории права и других отраслей правоведения... Принципы права, признаваемые в качестве юридических закономерностей, подобно основной структурной связи, а также закономерной связи сущности и явления, содержания и формы, причины и следствия, необходимости и случайности, качества, количества и меры, должны отражать связи и отношения правовых явлений и процессов"»[1]. А. М. Васильев и многие другие специалисты в области общей теории права теоретически убедительно относят принципы к самостоятельной научной категории[2].

[1] *Сырых В. М.* Логические основания общей теории права: Элементный состав. М., 2004. Т. 1. С. 70, 71.

[2] См., например: *Васильев А. М.* Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы категорий права. М., 1976. С. 216–226.

Однако, с другой стороны, нельзя не согласиться с точкой зрения Т. Г. Гордиенко, полагавшей, что «несмотря на свою теоретическую и практическую значимость, проблемы принципов права в современной правовой науке и учебной литературе по общей теории права и государства большой популярностью не пользуются»[1]. Подчеркнем, недостаточно исследована и проблема природы принципов национального и международного права, реализуемых в России, с позиций юридического позитивизма, а также научно дискуссионной и научно обоснованной концепций интегративного правопонимания.

Слово «принцип» в XVIII в. заимствовано из французского и немецкого языков и восходит к латинскому («principium» — начало, основа)[2]. Этимологическое значение категории «принцип» — «основа», «начало», «основоположение», «руководящая идея», «основное правило поведения»[3]. В древние времена подчеркивали: «принцип есть важнейшая часть всего» (principium est potissima pars cujuque rei). В философском энциклопедическом словаре понятие «принцип» толкуется в двух смыслах — субъективном и объективном. В субъективном смысле как основное положение, предпосылка. В объективном — исходный пункт[4]. Например, Аристотель понимал «принцип» в объективном смысле в виде первой величины; то, исходя из чего, нечто существует или будет существовать[5].

В философском смысле «принцип» — это теоретическое обобщение наиболее типичного, выражающего закономерности, положенное в основу чего-либо. В логике «принцип» рассматривается в качестве центрального понятия, основания системы, представляющего обобщение и распространение какого-либо положения на все явления той области, из которой данный принцип абстрагирован. Весьма характерно суждение Ф. Бэкона: **«Принципы — «первичные и наиболее простые элементы, из которых образовалось все остальное»**[6] (вы-

[1] *Гордиенко Т. Г.* Принципы права — основа права и правовых систем // Личность и государство на рубеже веков: Сборник научных статей / Под ред. В. В. Невинского. Барнаул, 2000. С. 39.

[2] См., например: Этимологический словарь русского языка // Шанский Н. М., Боброва Т. А. М., 1994. С. 254.

[3] См., например: *Прохоров А. М.* Большой энциклопедический словарь. М., СПб., 1997. С. 60.

[4] Философский энциклопедический словарь. М., 1997. С. 363.

[5] Логический словарь-справочник. М., 1975. С. 477.

[6] *Бэкон Ф.* О принципах и началах. М., 1937. С. 22.

делено мною. — *В.Е.*). И. Кант также подчеркивал: «Принцип есть то, что содержит в себе основания всеобщей связи всего, что представляет собой феномен»[1]. Убедительно и тонко по этому вопросу заметил Гегель: «принцип есть...единое...»[2].

По мнению советского философа В. Н. Гасилина, «критериями философского принципа является способность выступить основой философской концепции или философской теории в целом»[3]. В связи с этим, перефразируя известное выражение Гельвеция «знание принципов возмещает незнание некоторых фактов», можно сделать следующие выводы: «знание» и реализация принципов права способствует системному, определенному, предсказуемому, единообразному, ожидаемому и прозрачному правоприменению и правотворчеству; позволяет правоприменительным органам преодолевать коллизии в праве и в соответствии с ними рассматривать в судах правовые споры в «трудных ситуациях» до устранения управомоченными правотворческими органами и лицами коллизий и пробелов в соответствующих формах права; правотворческим органам и управомоченным лицам — вырабатывать специальные принципы и нормы права в иных формах внутригосударственного и международного права, конкретизирующие, например, основополагающие (общие) принципы национального и (или) международного права.

Дореволюционные российские ученые, анализируя источники права (на мой взгляд, теоретически точнее — формы права), не выделяли основополагающие (общие) принципы национального и (или) международного права в качестве самостоятельных форм права, отграничивались только законом, обычаем и судебной практикой, как это ни странно, исходя из различных типов правопонимания — юридического позитивизма, научно обоснованной и научно дискуссионной концепций интегративного правопонимания[4]. Если научные работники и рассматривали принципы права, то только принципы права, закрепленные в законах. Вместе с тем, принципы права часто критиковались. Например, Г. Ф. Шершене-

[1] *Кант И.* Соч. В 6 т. М., 1964–1966. Т. 1. С. 340.

[2] *Гегель Г.* Наука логики. Соч. В 3 т. 1970. Т. 1. С. 123.

[3] *Гасилин В.Н.* Принципы в структуре философского знания: Дисс. ... д-ра филос. наук. Саратов, 1989. С. 19.

[4] См., например: *Коркунов М.Н.* Лекции по общей теории права. С. 290.

вич, общепризнанный дореволюционный классик теории права, под принципами права понимал общую мысль, направление, вложенное законодателем сознательно или бессознательно в целый ряд юридических норм[1]. Весьма распространенной также была точка зрения Е. В. Васьковского, высказанная им без каких-либо необходимых теоретических и правовых аргументов: «Принципы права вообще и естественного, в частности, являются спорными...дело сведется к полному и бесконтрольному судейскому усмотрению, от которого недалеко и до произвола»[2]. При такой подавляющей позиции большинства дореволюционных ученых-юристов удивительным прозрением представляется мнение Л. А. Тихомирова: «Должен же...чем-нибудь руководствоваться сам законодатель, давая или не давая личности права или определяя какие-либо действия, как ее обязанность»[3].

В советский период доминировало позитивистское правопонимание, не допускавшее признание исследователями принципов права правовыми регуляторами правоотношений, ограничивавшееся лишь нормами права, выработанными органами государственной власти. Характерной является точка зрения одного из классиков советской теории права Н. Г. Александрова: «Основные принципы социалистического права, — писал он, — представляют собой **положения**, выражающие общую направленность и наиболее существенные черты содержания социалистического правового регулирования общественных отношений»[4] (выделено мною. — *В. Е.*). Н. Г. Александров, в частности, выделял также такие социалистические «принципы» советского права, как «закрепление политической власти трудящихся во главе с рабочим классом», «демократического централизма» и «обеспечение плановой дисциплины»[5].

Е. А. Лукашева в 1970 г. одна из первых в СССР сделала важный, но недостаточный и теоретически весьма спорный шаг вперед,

---

[1] См., например: *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). М., 1995. С. 15.

[2] *Васьковский Е. В.* Руководство к толкованию и применению законов (по изданию 1913 г.). М., 1997. С. 102.

[3] *Тихомиров Л. А.* Монархическая государственность. М., 1998. С. 569.

[4] *Александров Н. Г.* Социалистические принципы советского права // Советское государство и право. 1957. № 11. С. 17.

[5] Там же. С. 19–21.

определив принципы права как «...объективно обусловленные **начала, в соответствии с которыми строится система права»**[1]. В этой же работе Е. А. Лукашева подчеркнула: «...**начала, идеи** и являются принципами права» (выделено мною. — *В. Е.*)[2]. В то же время она противоречиво, с позиций как научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания, так и юридического позитивизма назвала следующие, на мой взгляд, спорные «принципы» права: справедливость, законность, неразрывную связь прав и обязанностей, сочетание убеждения и принуждения[3].

Кроме того, в советский период многие ученые-правоведы не разграничивали понятия «принцип права» и «правовой принцип», как не делают это большинство исследователей и в современный период. Так, по мнению Е. А. Лукашевой, которая в 1970 г. считала, что правовые принципы тождественны принципам права, а различие между ними может быть проведено лишь условно, поскольку, будучи воплощенными в системе права, правовые принципы остаются принципами правосознания и оказывают воздействие на функционирование всей системы правового регулирования[4]. Данную точку зрения и даже в более категоричной форме разделяют многие ученые уже и в XXI в. Например, А. Л. Захаров писал: «Считаю не корректно разделять принципы права и правовые принципы...я склонен рассматривать принцип права и правовые принципы как синонимы»[5]. Вместе с тем, он делал весьма симптоматичную оговорку: «...правовые принципы...**в ряде случаев полностью совпадают...отпадает...основание для разграничения понятий «принцип права» и «правовые принципы»** (выделено мною. — *В. Е.*)[6].

Другие научные работники, не приводя достаточных теоретических доводов, считали, что «правовые принципы» и «принципы права» совпадают частично. Например, В. М. Реуф полагал: «...правовые принципы и принципы права...в ряде случаев совпадают...отпадает и основание для разграничения понятий «принципы права» и «правовые

---

[1] *Лукашева Е. А.* Принципы социалистического права // Сов. государство и право. 1970. № 6. С. 21.

[2] Там же. С. 22.

[3] Там же. С. 25–29.

[4] Там же. С. 21.

[5] *Захаров А. Л.* Межотраслевые принципы права: Дисс. ... канд. юрид. наук. Самара, 2003. С. 19.

[6] Там же. С. 29.

принципы»[1]. Вряд ли можно считать теоретически корректной также и позицию З.С. Байниязовой, пришедшей к выводу о том, что «соотношение «принципа», «правового принципа» и «принципа права» выступает в виде всеобщего, общего, особенного»[2].

Многие исследователи с позиции юридического позитивизма проводят дифференциацию понятий «правовой принцип» и «принцип права» в связи с «закреплением» принципов права или отсутствием такового в «законодательстве». Например, Е.В. Скурко полагал: «...по критерию нормативности, или формального закрепления принципа в нормативном правовом акте, может появиться разграничение категорий «правовой принцип» и «принцип права» (имеется ввиду нормативность последнего) ...»[3].

Как представляется, теоретически более обосновано разграничивать «правовые принципы» и «принципы права». По существу, это различные правовые категории. Так, Д.А. Керимов под «правовыми принципами» понимал устоявшиеся основы правового сознания и главные направления правовой политики[4], т.е., на мой взгляд, неправо. Кроме того, к правовым принципам, полагаю, можно также относить основополагающие идеи, не нашедшие своего закрепления в формах национального и (или) международного права. В то же время, с другой стороны, представляется спорным вывод О.Е. Суркковой о том, что основополагающие принципы права не являются его формой: в литературе уже сложилось понимание о принципе как самостоятельной правовой категории[5]. Думаю, основополагающие (общие) принципы национального и (или) международного права, специальные принципы права, содержащиеся в иных формах национального и (или) международного права, а также принципы права отдельных институтов национального и (или) международного права, реализуемые в государстве, теоретически обосновано,

---

[1] *Реуф В.М.* Специально-юридические принципы права: Дисс. ... канд. юрид. наук. Самара, 2004. С. 29.

[2] *Байниязова З.С.* Принципы правовой системы России: Проблемы теории и практики / Под ред. В.Н. Синюкова. Саратов, 2006. С. 31.

[3] *Скурко Е.В.* Правовые принципы в правовой системе, системе права и системе законодательства // Правоведение. 2006. № 2. С. 56.

[4] *Керимов Д.А.* Методология права: предмет, функции, проблемы философии права. М., 2000. С. 356.

[5] *Суркова О.Е.* Факторы формирования и реализации принципов права: Дисс. ... канд. юрид. наук. Самара, 2004. С. 29.

а практически продуктивно относить к самостоятельным правовым регуляторам правоотношений.

«Советская правовая доктрина, — более убедительно, но недостаточно определенно отмечала К. В. Ведяхина, — не признавала за принципами права статуса источника права. Это аргументировалось тем, что принципы права не имеют собственной формы выражения, а обладают формой того акта, составной частью которого они являются»[1]. Например, С. С. Алексеев, в 80–90-х гг. XX в. являвшийся ведущим советским специалистом в области общей теории права, в 1972 г. частично повторил точку зрения Е. А. Лукашевой, сделав также весьма неопределенный, но в дальнейшем многократно повторяемый другими специалистами в области общей теории права вывод: принципы права — это «...выраженные в праве **исходные нормативно-руководящие начала,** характеризующие его содержание, его основы, закрепленные в нем закономерности общественной жизни. Принципы — это то, что пронизывает право, **выявляет его содержание в виде исходных, сквозных «идей», главных начал, нормативно-руководящих положений»**[2] (выделено мною. — *В. Е.*).

В данном определении принципов права С. С. Алексеев, во-первых, не определил их природу. Во-вторых, выработал теоретически неопределенное, весьма противоречивое понимание принципов права как «исходных нормативно-руководящих начал», «главных нормативно-руководящих положений» и «исходных, сквозных «идей». К сожалению, в дальнейшем аналогичные неопределенные и весьма противоречивые определения принципов права бесконечно тиражировали в своих исследованиях многочисленные научные и практические работники, несмотря на то, что, на мой взгляд, такие определения мало что «определяли».

Вместе с тем в 1981 г. С. С. Алексеев по существу повторил свое определение понятия принципов права: «это выраженные в праве исходные нормативно-руководящие начала, характеризующие его содержание, его основы...**принципы имеют значение особого звена структуры права...представляют собой основополагающие регулятивные элементы**

---

[1] *Ведяхина К. В.* Основные нравственно-этические и социально-политические принципы российского права: Дисс. ... канд. юрид. наук. Самара, 2001. С. 20.

[2] *Алексеев С. С.* Проблемы теории права: Основные вопросы общей теории социалистического права: Курс лекций в 2-х томах. Свердловск: Издательство Свердл. юрид. ин-та, 1972. Т. 1. С. 102.

структуры...» (выделено мною. — *В.Е.*)[1]. В своих последующих трудах С.С. Алексеев продолжал утверждать, что «принципы права...это... идеи..., содержащиеся в нормах»[2]. Наконец, в 2002 г. он сделал практически аналогичный вывод[3].

В связи с этим возникают вопросы: что автор понимал под «основами права, характеризующими нормативно-руководящие начала»? Что означают его слова: «Принципы имеют значение особого звена структуры права»? И главное, если принципы права — это «идеи», то как можно понимать фразу С.С. Алексеева о том, что принципы права «...представляют собой **основополагающие регулятивные элементы структуры»** (выделено мною. — *В.Е.*)?

Л.С. Явич в 1976 г. вслед за С.С. Алексеевым утверждал: «Принципы права — это ведущие начала его формирования, развития и функционирования»[4]. Однако уже в 1978 г. он пытался развить свою точку зрения и писал: «Принципы права — это...начала, отправные идеи его бытия...обладают универсальностью, высшей императивностью и общезначимостью»[5]. И здесь же Л.С. Явич анализировал «нормы-принципы»[6], при этом он еще в 1978 г. теоретически обоснованно подчеркивал: «С гносеологической точки зрения важно, что категория «принцип» тесно связана с категориями «законность» и «сущность»[7].

Аналогичной точки зрения придерживался в 1977 г. О.В. Смирнов: «Принципами права в советской юридической науке, — писал он, — принято считать руководящие идеи (положения), закрепленные в законах»[8]. Проанализировав принципы права и «нормы-принципы», он пришел к обоснованному выводу о том, что принципы права отражают качества общего, абстрактного, существенного и системного; принципы глубже нормы, норма — богаче принципа[9].

---

[1] *Алексеев С.С.* Общая теория права: в 2-х т. М.: Юрид. лит-ра, 1981. Т. 1. С. 98, 262.

[2] *Алексеев С.С.* Общие дозволения и общие запреты в советском праве. М., 1989. С. 232.

[3] *Алексеев С.С.* Восхождение к праву. Поиски и решения. М., 2002. С. 228.

[4] *Явич Л.С.* Общая теория права. Л., 1976. С. 151.

[5] *Явич Л.С.* Право развитого социалистического общества (сущность и принципы). М., 1978. С. 11.

[6] Там же. С. 32.

[7] Там же. С. 8.

[8] *Смирнов О.В.* Соотношение норм и принципов в советском праве // Советское государство и право. 1977. № 2. С. 11.

[9] Там же. С. 11–18.

Тем самым можно сделать важный вывод: О. В. Смирнов в 1977 г. сделал значительный шаг вперед в изучении принципов права и разграничении принципов права и норм права.

В это же время в соответствии с «устоявшимся» подходом в специальной литературе весьма последовательно и «убедительно» было выработано понятие «нормы-принципы». Так, С. С. Алексеев считал: «Принципы права по большей части выступают в виде норм (норм-принципов)»[1]. Правовая категория «нормы-принципы» также широко применяется в научной литературе по общей теории права и в XXI в. В частности, О. Э. Лейст полагал: «нормы-принципы...представляют собой нормативные предписания высокого уровня обобщения,...обретающие действенность и юридическую силу лишь в составе каждой из них»[2]. Вместе с тем, ещё В. П. Грибанов в 1966 г. весьма характерно подчеркивал: «Отождествление правового принципа (на мой взгляд, — принципа права — *В. Е.*) с нормой права практически равнозначно отрицанию правовых принципов вообще»[3]. В. С. Нерсесянц в 1983 г., думаю, был ближе многих других исследователей к пониманию сущности принципов права, но также лишь в самом неопределенном виде писал: принципы права в правовой системе играют роль «жизненной силы», «механизма саморегулирования», «стержня», обеспечивающего единство и согласованность всех элементов правовой системы[4].

Принимая во внимание изложенные взгляды советских специалистов в области общей теории права и государства в 50-х — 90-х гг. XX в. можно сделать, как минимум, три вывода о том, что ведущие советские специалисты в области общей теории права и государства с позиции юридического позитивизма: 1) не относили основополагающие (общие) принципы национального права к самостоятельной форме национального права, традиционно ограничиваясь анализом только норм права, установленных государством; 2) не считали национальные принципы права самостоятельными правовыми регуляторами правоотношений; 3) не разграничивали принципы права и нормы права. Убежден, данный подход основывался

[1] *Алексеев С. С.* Указ. соч. С. 103; *Алексеев С. С.* Восхождение к праву. Поиски и решения. С. 228.

[2] *Лейст О. Э.* Нормы права // Проблемы теории государства и права: Учебное пособие / Под ред. М. Н. Марченко. М., 2002. С. 610.

[3] *Грибанов В. П.* Принципы осуществления гражданских прав // Вестник МГУ. Серия «Право». 1966. № 3. С. 12.

[4] *Нерсесянц В. С.* Право и закон. М., 1983. С. 342, 343.

на догматическом понимании права — юридическом позитивизме, ограничивающем по существу «все» право только «законодательством» как в «узком», так и в «широком» смысле слова.

В конце XX в. российские специалисты в области общей теории права и государства в основном повторяли либо уточняли взгляды своих предшественников. Например, Н. Н. Вопленко в 1998 г. опубликовал учебное пособие на тему: «Сущность, принципы и функции права», в котором написал: «Принципы права — это «сквозные и генеральные» идеи, определяющие общий «дух» и направленность правового регулирования»[1]. Н. Н. Вопленко выделял следующие специальные юридические «принципы» права: «законности»; «выражения в праве воли и интересов народа»; «равенства всех граждан перед законом»; «сочетания прав и обязанностей»; «ответственности за вину»; «сочетания убеждения и принуждения»[2].

К существенному признаку принципов права авторы в конце XX в. прежде всего вновь относили закрепленность принципов права в национальных правовых актах[3]. Среди форм выражения принципов права в специальной литературе выделялись: 1) закрепленные в законодательстве нормы-принципы; 2) косвенно выводимые из норм права[4]. В 1999 г. И. Муромцев рассматривал принципы права как комплекс основополагающих идей[5].

В 2000 г. А. В. Малько также относил принципы права к идеям, только уточнил: «...они выражают закономерности права, его природу и социальное назначение»[6].

В связи с этим не удивительно, что в конце XX в. во многих учебниках по теории государства и права принципы права, как правило, не анализировались. Лишь в некоторых принципы права упоминались и то в традиционном смысле — с позиции юридического позитивизма. Например, Р. З. Лившиц писал: «Принцип — это всегда исходное направляющее начало. Применительно к праву — идея»[7].

---

[1] *Вопленко Н. Н.* Сущность, принципы и функции права: Учебное пособие. Волгоград, 1998. С. 34.

[2] Там же. С. 54, 55.

[3] См., например: Русская философия права. СПб., 1997. С. 26–29.

[4] Там же. С. 54, 55.

[5] Проблемы общей теории права и государства / Под ред. В. С. Нерсесянца. М., 2000. С. 111.

[6] *Малько А. В.* Теория государства и права. М., 2000. С. 111.

[7] *Лившиц Р. З.* Теория права: Учебник. М., 1994. С. 195.

В начале XXI в. подавляющее большинство исследователей принципов российского права продолжали поддерживать и уточнять ранее высказанные точки зрения. Например, С. Н. Кожевников уже в 2004 г. написал: «...принципы права — основополагающие идеи, выражающие его сущность»[1]. Другие ученые подчеркивали необходимость закрепления принципов права в национальных правовых актах. Например, С. Ю. Лаврусь утверждала: «Принцип права можно определить как **сформулированные в нормативно-правовых предписаниях либо выводимые из них фундаментальные идеи**, выражающие сущность права, определяющие его содержание и общий характер правового регулирования общественных отношений»[2] (выделено мною. — *В. Е.*). Поскольку диссертация С. Ю. Лаврусь называлась «Реализация принципов права в юридической практике», постольку неизбежно возникает не только теоретический, но и практический вопрос: если принципы права — это «фундаментальные идеи», то возможно ли «идеи» реализовывать на практике, в том числе в судебных актах? На мой взгляд, данный вопрос является риторическим и ответ на него вполне очевидный — нет! В то же время, с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания суд имеет право применять только принципы и нормы права, содержащиеся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм внутригосударственного и (или) международного права.

В 2006 г. М. Ю. Осипов, в свою очередь, выработал понимание принципов права, основанное на выводах Е. А. Лукашевой, сформулированных еще в 1970 г.: «Под принципами правового регулирования следует понимать **основные начала**»[3] (выделено мною. — *В. Е.*). Большинство исследователей разделяло позицию С. Ю. Лаврусь. Так, Е. В. Киськин замечал: «Многие ученые справедливо отмечают, что принцип — это, прежде всего, идея»[4]. Е. В. Скурко в 2008 г. опубликовала монографию на тему: «Принципы права», в которой пришла

[1] *Кожевников С. Н.* Проблемы теории права: Курс лекций. Н. Новгород, 2004. Ч. 1. С. 34.

[2] *Лаврусь С. Ю.* Реализация принципов права в юридической практике: Дисс. ... канд. юрид. наук. Самара, 2005. С. 199.

[3] *Осипов М. Ю.* Принципы правового регулирования и их социально-юридическая обусловленность // Право и государство: теория и практика. 2006. № 12. С. 24.

[4] *Киськин Е. В.* Принципы-императивы и принципы-стандарты в правотворческой практике // Актуальные проблемы теории и истории правовой системы общества: Сб. научн. тр. Ярославль, 2008. Вып. 8. Ч. 2. С. 21.

по существу к аналогичному выводу: «...принципы права в нашем представлении — это прежде всего норма, идея, профессионального правового сознания, атрибут правового мышления юриста»[1].

Разделял данную точку зрения и Г. Т. Чернобель: «Главной существенной особенностью правовых принципов, — писал он, — является то, что заключая в себе определенную синтезированную правовую идею, определенный правовой идеал,...они выступают как идеологический ключ к пониманию, восприятию действующей системы права... Короче, правовые принципы — это не что иное, как правовая идеология, рожденная правосознанием...»[2].

С позиции юридического позитивизма многие также разделяли изложенные выше точки зрения и в дальнейшем. Например, В. И. Анишина и П. А. Гук, продолжая не разграничивать принципы права и правовые принципы, развивали данную точку зрения: «Правовые принципы можно определять как основополагающие идеи правовой действительности, основанные на объективных закономерностях развития материального мира, легально закрепленные или официально признаваемые в определенной правовой системе»[3]. Вслед за Н. Г. Александровым и Е. А. Лукашевой, высказавших свое мнение о принципах права как о соответственно «положениях» и «началах» права еще в 1957 и 1970 гг., А. М. Экмалян уже в 2015 г. пришел к аналогичному выводу: «Принципы банковского права, — подчеркивал он, — это **закрепленные в Конституции Российской Федерации и специальном банковском законодательстве либо выводимые путем анализа данного законодательства его специфические основные начала (исходные положения),** определяющие порядок регулирования и осуществления банковской деятельности в целях развития и укрепления банковской системы Российской Федерации»[4] (выделено мною. — *В. Е.*).

В 2016 г. научные и практические работники продолжали отождествлять правовые принципы и принципы права, относя их к «началам», «идеям». Так, В. С. Белых писал: «Правовые принципы — это выраженные в праве исходные **нормативно-руководящие начала...**

[1] *Скурко Е. В.* Принципы права: Монография. М., 2008. С. 22.

[2] *Чернобель Г. Т.* Техника формирования и закрепления правовых принципов / Нормотворческая юридическая техника / Под ред. Н. А. Власенко. М., 2011. С. 107.

[3] *Анишина В. И., Гук П. А.* Правовые основы советской власти в Российской Федерации: Учеб. пособие. М., 2015. С. 71.

[4] *Экмалян А. М.* Принципы права и правотворчество // Государство и право. 2015. № 5. С. 65.

принципы права — это его **сквозные фундаментальные идеи...»**[1] (выделено мною. — *В. Е.*).

В связи с «сложившимися» и «устоявшимися» во второй половине XX — начале XXI в. точками зрения, мнениями и выводами подавляющего большинства российских научных работников — специалистов в области общей теории права и государства о природе принципов права, изложенными в статьях, монографиях и диссертациях, вполне ожидаемыми и объяснимыми представляются соответствующие параграфы о принципах права, например, в учебниках, справочниках и учебных пособиях в начале XXI в. Например, В. Н. Карташов пришел к выводу о том, что разнообразные юридические идеи и идеалы только тогда становятся принципами права, когда они непосредственно (легально) выражены в нормативных правовых актах или иных формах права[2].

По мнению М. И. Байтина, содержащемуся в учебнике по теории государства и права, принципы права — это «...исходные, определяющие идеи, положения, установки, которые составляют нравственную и организационную основу возникновения, развития и функционирования права»[3]. В учебнике под редакцией В. К. Бабаева написано: принципы права — «это руководящие начала..., определяющие общую направленность правового регулирования общественных отношений»[4]. В юридическом энциклопедическом словаре принципы права рассматриваются как «основные идеи, исходные положения или ведущие начала процесса его формирования»[5]. В учебнике «Общая теория государства и права», изданном в 2007 г., по существу сделан аналогичный вывод: под принципами права «...следует понимать исходные нормативно-руководящие начала (императивные требования), определяющие общую направленность правового регулирования общественных отношений...По своей сути, истокам принципы права тоже представляют собой определенные фундаментальные идеи, которые сформулированы на основе научного

[1] *Белых В. С.* К вопросу о принципах предпринимательского права / Проблемы реализации принципов права в предпринимательской деятельности. М., 2016. С. 22.

[2] Общая теория государства и права. В 3 т. / Отв. ред. М. Н. Марченко. Т. 2. С. 75.

[3] Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. М., 2001. С. 151.

[4] Теория государства и права / Под ред. В. К. Бабаева. М., 2002. С. 222.

[5] Юридический энциклопедический словарь / Буянова М. О. и др.; отв. ред. М. Н. Марченко. М., 2006. С. 570.

и практического опыта...однако разнообразные юридические идеи и идеалы только тогда становятся принципами, когда они непосредственно (легально) выражены в нормативно-правовых актах или иных формах права»[1].

В учебном пособии Белорусского государственного университета принципы права так же определяются, как «...исходные, **непререкаемые положения, наиболее характерно выражающие его сущность, непосредственно предопределяющие его содержание (нормы), юридически закрепляющие реальные устои регулируемых сфер общественных отношений**»[2] (выделено мною. — *В. Е.*).

К. А. Чернов, анализируя специальную литературу по общей теории права, в которой исследовались теоретические вопросы принципов права, в частности, выделял шесть подходов к определению их природы[3]. 1) Принципы права — особые разновидности правовых норм[4]. Большинство авторов выделяют «нормы-принципы», определяющие исходные начала права[5]; 2) под принципами права понимаются определенные основополагающие черты содержания права, общие и необходимые его особенности[6]; 3) разграничение принципов права и правовых принципов. Последние определяются как принципы правосознания, принципы общества, закрепленные в правовой системе[7]; 4) принципами права являются руководящие идеи, определяющие общую направленность и существенные черты содержания правового регулирования. Этот подход нашел наибольшее число сторонников; 5) принципы права — это мера справедливости в праве[8]; 6) принципы — это информационное отражение в праве основных связей, реально существующих в правовой системе[9]. О. А. Кузнецова, в свою очередь, полагала, что теоретики права

---

[1] Общая теория государства и права. В 3 т. / Отв. ред. М. Н. Марченко. С. 95.

[2] Общая теория права: Пособие / В. А. Абрамович [и др.]; под общ. ред. С. Г. Дробязко, С. А. Калинина. М., 2014. С. 61.

[3] *Чернов К. А.* Принцип равенства: теоретико-правовой анализ: Дисс. ... канд. юрид. наук. Самара, 2003. С. 14–23.

[4] См., например: *Синха С. П.* Юриспруденция. Философия права: краткий курс / Пер. с англ. М., 1996. С. 93.

[5] См., например: Общая теория государства и права / Под ред. В. В. Лазарева. М., 2001. С. 204.

[6] *Сабо И.* Социалистическое право / Под ред. В. А. Туманова. М., 1964. С. 69.

[7] См., например: *Явич Л. С.* Общая теория права. С. 149.

[8] *Нерсесянц В. С.* Философия права. С. 238.

[9] *Протасов В. Н.* Что и как регулирует право: Учеб. пособие. М., 1995. С. 47, 48.

и цивилисты выделяют пять «родовых признаков» принципов[1]: «начало»[2], «идею»[3], «исходные определяющие идеи, положения, установления»[4], «основные руководящие идеи (начала)»[5], «основные идеи, исходные положения»[6].

Однако, на мой взгляд, понятия «особые разновидности норм права», «идея», «мера справедливости», «информационное отражение в праве», «положение», «установление», «начало» и т. п. не определяют действительную природу принципов права. В связи с этим, думаю, нельзя не согласиться с выводом А. Л. Кононова: «Понятие принципов права в советской правовой доктрине существует главным образом как теоретическое, предельно идеологизированное. По сути под принципами права понимались не столько правовые, сколько политические идеи... Исключительно позитивистское понимание права не придавало принципам значения самостоятельных источников права, выводило их из законодательных норм и уже в силу этого понимания они не могли служить критерием оценки этих норм, как, впрочем, не допускалась и сама эта оценка»[7].

Таким образом, вопрос о природе принципов права не нашел своего надлежащего разрешения не только в советской и российской общей теории права, но также и во внутригосударственных отраслевых научных исследованиях, в том числе в гражданском, арбитражном и уголовно-процессуальном праве. Так, как убедительно заметил А. Ф. Воронов: «...в российской правовой науке, а также в законодательной и правоприменительной деятельности намечается отношение..., описываемое формулой «царствуют, но не правят». Перед принципами формально преклоняются, их уважают, о них пишут книги, их выносят в первые главы и разделы законов, в частности кодексов, но когда речь заходит о конкретной законотворческой

---

[1] *Кузнецова О. А.* Презумпции в гражданском праве. СПб., 2004. С. 69, 70.

[2] См.: *Алексеев С. С.* Общая теория права. В 2 т. М., 1981. Т. 1. С. 98; *Явич Л. С.* Общая теория права. С. 151; *Лукашева Е. Л.* Принципы социалистического права. С. 21.

[3] *Толстик В. А.* Общепризнанные принципы и нормы международного права в правовой системе России // Журнал российского права. 2000. № 8. С. 70.

[4] Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. С. 151.

[5] *Черданцев А. Ф.* Теория государства и права: Учебник. М., 2003. С. 186.

[6] Общая теория государства и права. В 2 т. / Под ред. М. И. Марченко. М., 1998. Т. 2. С. 22.

[7] *Кононов А. Л.* Об общих принципах права во французской и бельгийской судебной практике по административным делам // Государство и право. 2001. № 3. С. 82.

или правоприменительной работе, то зачастую о них забывают или их игнорируют в угоду сиюминутной политической, неправильно понятой профессиональной или иной «целесообразности»[1].

Например, в специальной юридической литературе традиционно анализируются два «принципа» гражданского процессуального права: состязательности и объективной истины. Так, К. И. Малышев в 1876 г. пришёл к выводу о том, что под состязательным началом «известен тот принцип гражданского судопроизводства, по которому разные действия суда в процессе зависят от требований сторон, от их инициативы, и спорные отношения сторон обсуждаются по тем только фактам, которые сообщены суду тяжущимися. В истории известно также и противоположное начало процесса — следственное или инквизиционное, по которому судебная власть приступает к исследованию юридических фактов и отношений по собственной инициативе или по донесению других властей, в интересах общественного порядка и безопасности, и в самом исследовании старается раскрыть материальную истину всеми возможными способами, не стесняясь произволом и показаниями заинтересованных сторон»[2].

Характерно, что судебная реформа 1864 г. признала следственную форму гражданского судопроизводства спорной, а в Судебных уставах 1864 г. было закреплено состязательное начало гражданского судопроизводства. Вместе с тем дореволюционное российское «законодательство» оставляло за судом в строго установленных случаях право инициирования конкурсного процесса. Т. М. Яблочков в 1912 г. в этой связи писал: «Если не предоставить суду известной доли инициативы в выяснении дела, то часто выигрывает не та сторона, что права, а та, которая умело ведет процесс; неопытный тяжущийся неправильно построит своё притязание, не обоснует его достаточными доказательствами и провалит самое правое дело... вот почему состязательное начало должно быть поставлено в известное соотношение со свободой судьи в исследовании дела и обнаружения истины»[3].

---

[1] *Воронов А. Ф.* Принципы гражданского процесса: Прошлое, настоящее, будущее. М., 2009. С. 5.

[2] *Малышев К. И.* Курс гражданского судопроизводства. Т. 1. СПб., 1876. С. 73.

[3] *Яблочков Т. М.* Учебник русского гражданского судопроизводства. Ярославль, 1910. С. 27, 28.

В Гражданском процессуальном кодексе РСФРСР 1923 г. и Гражданском процессуальном кодексе РСФСР 1964 г. «принцип» объективной истины был не только закреплён, но и нашёл своё дальнейшее развитие. Суд по любому вопросу был обязан устанавливать объективную истину, не ограничиваясь представленными сторонами объяснениями, собирать доказательства по собственной инициативе, принимать все возможные меры для всестороннего, полного и объективного выяснения действительных обстоятельств спора. В результате на практике это выражалось в том, что любое решение могло быть отменено в связи с неисследованностью, в том числе вступившее в законную силу и исполненное, а, следовательно, — к длительному рассмотрению споров в судах, неопределенности права и судебного правоприменения, возможным нарушениям прав и правовых интересов участников процессов.

Однако в ст. 123 Конституции РФ 1993 г. был закреплён принцип состязательности сторон: «Судопроизводство осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон». 30 ноября 1995 г. был принят Федеральный закон № 189-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Гражданский процессуальный кодекс РСФСР», в котором не содержался принцип объективной истины. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации закрепляет: правосудие по гражданским делам происходит на базе состязательности (ст. 12); каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основание своих требований и возражений, если иное не предусмотрено федеральным законом (ст. 56); доказательства представляются сторонами и другими лицами, причастными к делу (ст. 57).

Возникает вопрос: обязан ли суд в настоящее время устанавливать объективную истину по делу, проявляя активность в сборе доказательств? В специальной литературе существуют самые разнообразные и прямо противоположные ответы на этот вопрос. Так, с одной стороны, А. Ф. Клейнман полагал: доказывание представляет собой процессуальную деятельность только сторон[1]. С другой стороны, А. Д. Бойков был убеждён в обратном: «Пассивность суда — есть поощрение сильного, но не правого...несмотря на то, что главная

[1] *Клейнман А. Ф.* Основные вопросы теории доказательств в советском гражданском процессе. М.–Л. 1950. С. 40.

обязанность по представлению доказательств возложена на заинтересованные стороны как правовой доктриной, так и прецедентом, и законом подчёркивается активная роль судей судов первой инстанции в установлении истины по делу»[1].

Полагаю, в Гражданском процессуальном кодексе теоретически обоснованно не закреплён «принцип» объективной истины, поскольку «объективная истина», а точнее — всестороннее и полное исследование доказательств, установление действительных фактических обстоятельств дела — цель судопроизводства, а не принцип процессуального права. Цель, к которой, безусловно, необходимо максимально стремиться при рассмотрении споров в том числе посредством уточнения в Гражданском процессуальном кодексе Российской Федерации прав и обязанностей суда и участников судопроизводства. Так, в соответствии с ч. 2 ст. 12 ГПК РФ суд, сохраняя независимость, объективность и беспристрастность, осуществляет руководство процессом, разъясняет лицам, участвующим в деле, их права и обязанности, предупреждает о последствиях совершения или не совершения процессуальных действий, оказывает им содействие в реализации их прав, создаёт условия для всестороннего и полного исследования доказательств, установления фактических обстоятельств... Согласно ст. 56 ГПК РФ суд определяет, какие обстоятельства имеют значение для дела, какой стороне надлежит их доказывать, выносит обстоятельства на обсуждение, даже если стороны на какие-либо из них не ссылались. В соответствии со ст. 57 ГПК РФ суд вправе предложить сторонам и другим лицам, причастным к делу, представить дополнительные доказательства.

Таким образом, в соответствии со ст. 123 Конституции РФ суд, с одной стороны, не может подменять участников судопроизводства в сборе доказательств, играя активную роль и заменяя кого-либо в процессе с целью достижения «объективной истины». С другой стороны, суд, руководя процессом, сохраняя независимость, объективность и беспристрастность, как представляется, должен разъяснять лицам, участвующим в процессе, не только формальные права и обязанности, последствия тех или иных действий (либо бездействий), но также и правовые и фактические условия принятия тех или иных судебных

[1] *Бойков А.Д.* Третья власть в России. Очерки о правосудии, законности и судебной реформе 1990–1996 гг. М., 1997. С. 81.

актов. То есть действовать по формуле: «в случае достоверного установления таких-то обстоятельств в соответствии со следующими принципами и нормами права возможно вынесение такого-то судебного акта». Предлагаю внести соответствующие изменения в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации.

При таком подходе, во-первых, представляются спорными крайне противоположенные точки зрения о наиболее дискутируемых «принципах» гражданского судопроизводства — состязательности и объективной истины. «Принцип» объективной истины теоретически более обосновано рассматривать как конечную цель гражданского судопроизводства, связанную с действительной необходимостью максимально более полного и всестороннего исследования всех обстоятельств конкретного дела. Во-вторых, при таком подходе одним из правовых способов достижения данной цели возможно рассматривать уточнение прав и обязанностей как участников гражданского судопроизводства, так и суда в принципах и нормах права, содержащихся в федеральных законах. В-третьих, достижение объективной истины, по-моему, дискуссионно относить к принципам гражданского процессуального права, обязательным для неопределенного круга лиц, не участвовавших в данном гражданском деле, в частности, как теоретически дискуссионный, а практически контрпродуктивный.

Какова же действительная природа принципов права, в том числе принципов гражданско-процессуального права? Как известно, понятие «принцип» происходит от латинского слова «principium», которое обычно переводится как «основа», «первоначало». Многие научные работники — специалисты в области гражданского и арбитражного процессуального права в соответствии с этимологией слова придерживаются доминирующих позиций, имеющихся в общей теории права. Так, в учебнике «Гражданский процесс» под редакцией М. К. Треушникова изложено: «Исходя из этимологического значения этого слова принципами гражданского процессуального права (процесса) называют фундаментальные его положения, основополагающие правовые идеи, закреплённые в нормах права наиболее общего характера. Они пронизывают все гражданские процессуальные институты и определяют такое построение гражданского процесса, которое обеспечивает вынесение законных и обоснованных решений и их исполнение. Принципы есть основания системы

норм гражданского процессуального права, центральные понятия, стержневые начала всей совокупности процессуальных законов»[1].

Такой подход разделяет большинство известных российских процессуалистов. Например, И. В. Решетникова писала: «Принципы гражданского процессуального права — это правовые основы, выражающие сущность и единство соответствующей отрасли права»[2]. А. Т. Боннер принципы гражданского процессуального права определял, как «основные положения данной отрасли права, отражающие её специфику и содержание»[3]. В процессуальном праве принципы права так же рассматриваются, как идеи правосознания, правовой науки[4]. Как правило, научные работники — процессуалисты подчёркивают: принципы — основные правила, закрепленные нормами гражданского процессуального права[5]. Н. А. Чечина и А. А. Ференц-Сороцкий заметили: объективная картина складывается лишь при одновременном учёте в понятии принципа всех его существенных отношений[6].

Практически все ведущие советские и российские процессуалисты с позиции юридического позитивизма отождествляют принципы права с нормами права. Характерна позиция А. Ф. Воронова в монографии «Принципы гражданского процесса: Прошлое, настоящее, будущее»: «...главное, из чего следует исходить при определении принципа, — теоретически спорно утверждал он, — это то, что принцип является нормой права»[7]. Такое мнение основывается на выделении многими специалистами в области общей теории права норм-принципов[8]. Отсюда и итоговый дискуссионный вывод

---

[1] Гражданский процесс: Учебник / Под ред. М. К. Треушникова. М., 2006. С. 62.

[2] Гражданский процесс: Учебник / Под ред. В. В. Яркова. М., 2004. С. 28.

[3] Гражданское процессуальное право: Учебник / Под ред. М. С. Шакарян. М., 2004. С. 35.

[4] См., например: *Юдельсон К. С.* Советский гражданский процесс. М., 1956. С. 31, 32; *Букина В. С.* Принципы советского гражданско-процессуального права: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Л., 1975. С. 5.

[5] См., например: *Гурвич М. А.* Лекции по советскому гражданскому процессу. М., 1950. С. 25; *Боннер А. Т.* Принципы диспозитивности советского гражданско-процессуального права. М., 1987. С. 37.

[6] Гражданский процесс: Учебник / Под ред. В. А. Мусина, Н. А. Чечиной, Д. М. Чечота. М., 1998. С. 29.

[7] *Воронов А. Ф.* Указ. соч. С. 12.

[8] См., например: *Алексеев С. С.* Право: азбука — теория — философия: опыт комплексного исследования. С. 63, 64; Проблемы общей теории права и государства: Учебник / Под ред. В. С. Нерсесянца. М., 2004. С. 261, 262; *Лазарев В. В., Липень С. В.* Теория государства и права: Учебник. М., 2000. С. 232.

А. Ф. Воронова: «Принципы гражданского процессуального права можно определить как главные, наиболее общие, системообразующие, исторически определённые и наиболее стабильные гражданские процессуальные нормы, в совокупности определяющие содержание всех остальных гражданских процессуальных норм»[1].

Как представляется, категория «принцип» чрезмерно активно, излишне широко и, как правило, без достаточных теоретических оснований применяется научными и практическими работниками в международных документах, специальной литературе не только по общей теории права, но и в отраслевых исследованиях, в том числе в уголовно-процессуальном праве. Например, можно встретить такие словосочетания, как: «принципы отдельных стадий»[2], «принцип нравственности уголовного судопроизводства»[3], «принцип разделения уголовно-процессуальных функций»[4], «принцип публичности (официальности)»[5], «доктринальные принципы»[6], «принцип свободы усмотрения государств»[7], «принцип упрощения судопроизводства»[8], «принцип доверия к суду и правосудию»[9], «принцип концентрации процесса»[10].

В этой связи В. Т. Томин эмоционально, но, полагаю, убедительно заметил: «...принципов становится слишком много...принципы должны быть принципиальными. Если общих положений, именуемых принципами..., будет слишком много, то отечественному

---

[1] *Воронов А. Ф.* Указ. соч. С. 39.

[2] *Гриненко А. В.* Система принципов уголовного процесса и ее реализация на досудебных стадиях: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Воронеж, 2001. С. 16.

[3] *Томин В. Т.* Уголовный процесс: актуальные проблемы теории и практики. М., 2009. С. 162.

[4] Там же. С. 181.

[5] Там же. С. 183.

[6] *Смирнов А. В.* Уголовный процесс: Учебник для вузов / А. В. Смирнов, К. Б. Калиновский. СПб.: Питер, 2005. С. 75.

[7] *Орехов О. С.* Доктрина свободы усмотрения государств в практике Европейского Суда по правам человека: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Казань, 2016. С. 6.

[8] *Громошина Н. А.* О процессуальной форме и принципах упрощения гражданского судопроизводства // Lex Russia. 2010. № 4. С. 767–780.

[9] *Тупинова Б.* О принципах правосудия по гражданским и административным делам и своеобразии принципа доверия к суду и правосудию // Современное право. 2014. № 2. С. 99–103.

[10] *Борисова Е. А.* Концентрация процесса как принцип гражданского (арбитражного) процессуального права // Теоретические и практические проблемы гражданского, арбитражного процесса и исполнительного производства. Краснодар; СПб., 2005. С. 156–171.

уголовному судопроизводству грозит реальная опасность стать (или продолжить оставаться?) беспринципным»[1]. Автор далее, сделав попытку «инвентаризации» наименований и понятий — «кандидатов в принципы», сформулировал обоснованный вывод: «...слишком уж расширено и в ряде случаев лишено научной строгости употребление термина, подчас и не являющегося термином в строгости теоретического мышления...»[2]. В результате такой излишней «продуктивности», на мой взгляд, категория «принцип» стала теоретически еще более неопределенной, размытой, а практически — контрпродуктивной.

Как известно, с позиции философии категория «принцип» — это «основа», «начало», «первооснова» (от лат. principium), т. е. то, что лежит в основе некоторой совокупности фактов или знаний. Безгранично широкая трактовка категории «принцип» привела к тому, что под «принципом» стали понимать вообще всякое основание, из которого необходимо исходить и которым необходимо руководствоваться в деятельности[3]. В Этимологическом словаре дается по существу аналогичное понимание термина «принцип»: «это слово, заимствованное из французского или немецкого, восходит к латинскому principium, буквально означающему «начало»[4], «основное, исходное положение какой-либо теории, учения, науки и т. п.»[5].

К сожалению, этими самыми общими и неправовыми положениями о принципах в целом отграничивались многочисленные научные и практические дореволюционные, советские и российские научные и практические работники, в том числе в области уголовно-процессуального права. В связи с недостаточной доктринальной разработанностью категории «принцип» каких-либо знаний в целом, в том числе и «принципов права», в частности, термин «принципы права» в российских национальных правовых актах определяется весьма противоречиво и, как правило, дискуссионно. В результате, например, в судебной практике принципы права не нашли своего достаточного и объективно необходимого применения.

---

[1] *Томин В. Т.* Указ. соч. С. 41.

[2] Там же. С. 247.

[3] Философский энциклопедический словарь. М., 1997. С. 363.

[4] Этимологический словарь русского языка / Н. М. Шанский, Т. А. Боброва. М., 1994. С. 254.

[5] *Прохоров А. М.* Большой энциклопедический словарь. М., СПб., 1997. С. 60.

Следует заметить, что многие дореволюционные российские юристы не применяли в своих работах категорию «принцип» и использовали иные понятия. Например, Н. Н. Полянский употреблял понятие «начало» — «начало участия народа в отправлении правосудия»[1]. Вслед за ним И. Я. Фойницкий писал: «...два отличительных **начала уголовного процесса**: начало публичное, или общественное, и начало личное»[2] (выделено мною. — *В. Е.*). Н. Н. Розин в 1916 г. выработал перечень «**основных начал и условий судебной деятельности**»[3] (выделено мною. — *В. Е.*). Среди них ученый выделял: «1) розыскное и состязательное начало; 2) начало материальной истины (доказанность обвинения); 3) начало непосредственности; 4) начало устности; 5) начало гласности; 6) судебный язык»[4]. В. Т. Томин в дореволюционной специальной литературе обнаружил только одну работу И. В. Михайловского «Основные принципы организации уголовного суда», опубликованную в Москве в 1905 г., в которой автор применил понятие: «**принцип уголовного процесса (судопроизводства) и судоустройства**»[5]. Хотелось бы подчеркнуть: **«принципы судопроизводства и судоустройства»** (выделено мною. — *В. Е.*), а не «принципы уголовно-процессуального права»!

Признанный классик советского уголовного процесса М. С. Строгович традиционно определял принципы **«уголовного судопроизводства» как «важнейшие, руководящие» правовые положения,** пронизывающие весь уголовный процесс и определяющие весь строй уголовно-процессуальной деятельности и уголовно-процессуальных отношений, характеризующие весь советский уголовный процесс в целом»[6] (выделено мною. — *В. Е.*).

К сожалению, М. С. Строгович не уточнил природу принципов права, ограничившись их отнесением к теоретически весьма неопределенному понятию — «правовые положения». Вместе с тем он как настоящий классик уголовного процессуального-права сделал в науке важнейший шаг вперед — отнес принципы «уголовного судопроизводства» не «просто» к «правовым положениям»,

[1] *Полянский Н. М.* Уголовный процесс. Уголовный суд, его устройство и деятельность: Лекции. М., 1911. С. 11, 45.

[2] *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного процесса. В 2 т. СПб., 1912. Т. 1. С. 8.

[3] *Розин Н. Н.* Уголовное судопроизводство: Пособие к лекциям. Пг., 1916. С. 339–356.

[4] Там же.

[5] *Томин В. Т.* Указ. соч. С. 30.

[6] *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса. В 2 т. Т. 1. М., 1968. С. 124.

а к «**руководящим** правовым положениям» (выделено мною. — *В. Е.*)[1].

Анализ известных российских учебников по уголовному процессу позволяет сделать вывод о том, что их авторы, как правило, ограничивались традиционными и «устоявшимися» взглядами дореволюционных, советских и современных научных работников. Так, в учебнике, изданном в 1995 г. под редакцией П. А. Лупинской, принципы определяются как «основные правовые положения (**нормы** общего и руководящего значения), определяющие построение всех его стадий, норм и институтов и обеспечивающие выполнение стоящих перед ними задач»[2]. В учебнике, изданном в 1996 г. под редакцией К. Ф. Гуценко, принципы права характеризуются как «**определяющие идеи,** «которые определяют построение уголовного процесса»[3].

В учебнике, изданном в 2006 г. под редакцией И. Л. Петрухина, принципом признается «...**законодательно закрепленное общее требование**, определяющее построение конкретных институтов, а также процессуальной формы в целом»[4], в курсе лекций С. Б. Россинского 2008 г., — как **законодательно закрепленные основополагающие правовые положения прямого действия**, которые, объективно отражая закономерности существования и развития общества и государства, определяют характерные черты уголовно-процессуальной деятельности и обуславливают общие правила построения всех ее стратегий, осуществления любых процессуальных мероприятий и принятия процессуальных решений»[5]. В учебнике, изданном в 2009 г., П. А. Лупинская уточнила свою позицию: «принципами уголовного судопроизводства называют **исходные основные правовые положения** (выделено мною. — *В. Е.*), определяющие назначение уголовного судопроизводства и построение всех его стадий, институтов, отдельных процедур (форм)»[6]. В курсе лекций Г. И. Загорского, изданном в 2010 г., принципы уголовного судопроизводства отнесены к общим руководящим, исходным положениям, определяющим «...наиболее

[1] Там же.

[2] Уголовный процесс / Под ред. П. А. Лупинской. М., 1995. С. 88.

[3] Уголовный процесс / Под ред. К. Ф. Гуценко. М., 1996. С. 49.

[4] Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Л. Н. Башкатов (и др.); отв. ред. И. Л. Петрухин. М., 2006. С. 65.

[5] Уголовный процесс России: Курс лекций / С. Б. Россинский. М., 2008. С 49, 50.

[6] Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П. А. Лупинская. М., 2009. С. 233.

существенные стороны уголовно-процессуальной деятельности, построение всех стадий уголовного судопроизводства, содержание всех его форм и институтов, обеспечивающие достижение задач уголовного процесса»[1]. А. И. Бастрыкин и А. А. Усачев в работе, изданной в 2013 г., принципами именовали «основы уголовного процесса, руководящие системообразующие положения, которые определяют характер всего уголовного процесса, играют в нем ведущую роль»[2].

Принципы уголовного процесса активно исследуются научными работниками также и в специальной литературе. Так, А. В. Гриненко в автореферате диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук пришел к следующему традиционному выводу: «...**принципы — это действительно идеи** которые по мере развития государства закрепляются в виде правовых норм»[3] (выделено мною. — *В. Е.*). Если принципы права — это идеи, то могут ли они регулировать общественные отношения до их «закрепления в виде правовых норм»? В случае согласия с автором остается открытым и другой вопрос: принципы права могут закрепляться только государством и лишь в «законодательстве»?

К. Ф. Гуценко, Л. В. Головко, Б. А. Филимонов также в самом общем виде написали: «Принципы уголовного судопроизводства — некие общие идеи, лежащие в основе производства по соответствующим судебным делам, — объект широкого признания в законодательстве и уголовно-процессуальной доктрине практически всех современных государств»[4]. О. В. Химичева по существу присоединилась к выводу М. С. Строговича: «Принципы уголовного судопроизводства — **исходные, основополагающие положения,** определяющие построение всех стадий, форм и институтов уголовного процесса и обеспечивающие реализацию его назначения»[5] (выделено мною. — *В. Е.*).

В. Т. Томин в 2009 г. в своей работе «Актуальные проблемы теории и практики» в развитие выводов А. В. Гриненко, К. Ф. Гуценко,

---

[1] Уголовно-процессуальное право (Уголовный процесс): Курс лекций / Е. В. Быковская [и др.]; под ред. Г. И. Загорского. М., 2010. С. 40.

[2] Уголовный процесс / Под ред. А. И. Бастрыкина и А. А. Усачева. М., 2013. С. 39.

[3] *Гриненко А. В.* Система принципов уголовного процесса и ее реализация на досудебных стадиях: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Воронеж, 2001. С. 11.

[4] См.: *Гуценко К. Ф., Головко Л. В., Филимонов Б. А.* Уголовный процесс западных государств. М., 2002. С. 18.

[5] *Химичева О. В.* Концептуальные основы процессуального контроля и надзора на досудебных ситуациях уголовного судопроизводства: Монография. М., 2004. С. 58.

Л. В. Головко и Б. А. Филимонова пришел к весьма неопределенной точке зрения: «Принципы отечественного уголовного процесса — это органичная для естественного мировоззрения, его традиций и прогнозируемого будущего **идея, максимальная для такого исследуемого объекта, как отечественный уголовный процесс, степени общности, проведенная в совокупности действующих в отечественном судопроизводстве уголовно-процессуальных норм и в практике их применения»**[1]. В дальнейшем В. Т. Томин уточнил свою позицию: «Принципы уголовного процесса — это возникающие в определенной общественной системе, а в последующем ее характеризующие **логически целесообразные правила, составляющие в своей совокупности оболочку для деятельности, направленной на достижение цели уголовного процесса»**[2] (выделено мною. — *В. Е.*).

С. С. Безруков в монографии «Теоретико-правовые проблемы системы и содержания принципов уголовного процесса» в 2016 г. также пришел к самому общему и неопределенному выводу: «...принципы уголовного процесса представляют собой обусловленные общечеловеческими ценностями, общепризнанными нормами международного права, Конституцией Российской Федерации, **наиболее общие и значимые требования системообразующего характера** к порядку уголовного судопроизводства, закрепленные в главе 2 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации и проведенные в совокупности уголовно-процессуальных норм»[3] (выделено мною. — *В. Е.*).

Однако такое весьма неопределенное понимание принципов уголовного процесса и судопроизводства оставляет открытым ряд теоретических и практических вопросов: о природе принципов уголовно-процессуального права; о соотношении принципов уголовно-процессуального права и принципов судопроизводства; о роли принципов уголовно-процессуального права в правоприменительном и правотворческом процессах; о возможности непосредственного правового регулирования правоотношений «идеями», «положениями», «основами», «правилами» и т. п.

«Правоприменитель руководствуется системой принципов, — думаю, теоретически дискуссионно писал В. Т. Томин, — (а не отдельно взятым оторванным от системы каким-нибудь одним принципом)

[1] *Томин В. Т.* Указ. соч. С. 117.

[2] Там же. С. 121.

[3] *Безруков С. С.* Теоретико-правовые проблемы системы и содержания принципов уголовного процесса: Монография. М., 2016. С. 243.

в случаях пробельности права или в особо сложных случаях толкования существующей нормы (выделено мною. — *В.Е.*). Формулировки принципов (идей высокой степени общности) вне зависимости от того, в каком тексте (Конституции или министерской инструкции) они содержатся... **не могут применяться непосредственно, ибо это способно привести к правовому хаосу»**[1] (выделено мною. — *В.Е.*). С позиции юридического позитивизма сделал спорный теоретический вывод А.В. Гриненко: «В процессе судопроизводства — утверждает он — применяются "нормы — принципы"»[2]. Еще дальше в этом направлении пошел И.А. Пикалов в монографии «Состязательность в системе принципов уголовного процесса и ее реализация стороной защиты на досудебных стадиях» в 2007 г., подчеркнувший «...принципы уголовного процесса — это основополагающие, **руководящие правовые нормы**, определяющие характер уголовного процесса»[3] (выделено мною. — *В.Е.*).

И.А. Пикалов в данном случае фактически повторил вывод М.С. Строговича, сделанный тем еще в 1968 г.: **«Принципы советского уголовного процесса — это уголовно-процессуальные нормы общего и определяющего характера** (выделено мною. — *В.Е.*) в отношении других уголовно-процессуальных норм; они получают конкретизацию и детализацию в более частных процессуальных нормах, относящихся к отдельным институтам уголовного процесса и к отдельным его стадиям»[4]. Вслед за названными и многочисленными иными научными и практическими работниками С.С. Безруков уже в 2016 г. констатировал: «Принципы должны быть закреплены в статьях главы 2 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. Иные способы их нормативного выражения в уголовно-процессуальном законе в современных условиях неприемлемы»[5].

На мой взгляд, представляются теоретически дискуссионными выводы названных авторов, во-первых, о том, что «правоприменитель руководствуется системой принципов, а не отдельно взятым оторванным от системы каким-нибудь одним принципом»

---

[1] *Томин В.Т.* Указ. соч. С. 145.

[2] *Гриненко А.В.* Указ. соч. С. 11.

[3] *Пикалов И.А.* Состязательность в системе принципов уголовного процесса и ее реализация стороной защиты на досудебных стадиях. М., 2007. С. 5.

[4] *Строгович М.С.* Указ. соч. С. 124.

[5] *Безруков С.С.* Указ. соч. С. 242.

(В. Т. Томин). Полагаю, наоборот: на практике, как правило, суды руководствуются отдельными принципами права. В случае же конкуренции принципов права судами применяются принципы права, например, имеющие большую юридическую силу, в частности, принципы права, установленные в Конституции России. Указанная точка зрения В. Т. Томина о возможности руководствоваться «системой» принципов, по-моему, является дискуссионной, так как правовыми регуляторами правоотношений прежде всего являются принципы и (или) нормы права, а не «системы», их образующие.

В. Т. Томин, думаю, спорно считал, что «правоприменитель руководствуется системой принципов» в случаях «пробельности права». Данную точку зрения разделяли многие научные и практические работники. В том числе и С. С. Безруков, по мнению которого лишь в порядке «исключения» на основе принципов «могут разрешаться имеющиеся в законе пробелы и противоречия»[1].

Вместе с тем, во-первых, С. С. Безруков не уточнял природу и признаки «исключений». Во-вторых, в случае объективного признания принципов права правовыми регуляторами правоотношений пробела в праве нет! Пробел в праве мнимый! С позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания пробел в праве, на мой взгляд, — это отсутствие прежде всего принципов и (или) норм права в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права в целом[2]. В то же время, действительно, нередко суды с позиции юридического позитивизма к пробелам в праве в целом относят лишь отсутствие норм права и только в конкретных национальных правовых актах.

В-третьих, приведенные теоретические аргументы позволяют сделать вывод о том, что непосредственное применение принципов и норм права, содержащихся в целом в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве, а не только норм права, установленных в «законодательстве», не приведет к «правовому хаосу» (как думает профессор В. Т. Томин). Представляется, ровно наоборот: в правоприменительной практике это «приведёт» к эффективной защите нарушенных прав и правовых интересов физических

[1] *Безруков С. С.* Указ. соч. С. 242.

[2] См. подробнее: *Ершов В. В.* Пробелы в праве: правовая природа и способы преодоления // Российское правосудие. 2016. № 4. С. 5–12.

и юридических лиц, ожидаемому правовому регулированию правоотношений, стабильной судебной практике, сокращению сроков рассмотрения споров и уменьшению числа отмененных судебных актов. В правотворческой же практике — повышению уровня объективности и определенности права, уменьшению числа субъективных и коллизионных норм права в национальных правовых актах.

В-четвертых, к сожалению, как в специальной литературе по общей теории права, так и отраслевой литературе нормы права с позиции юридического позитивизма традиционно называют если не единственным, то «основным средством правового регулирования общественных отношений» — правовым регулятором правоотношений[1]. Например, А. Ф. Черданцев в 2012 г. писал: «Норма права — первичный элемент права...»[2]. М. И. Байтин же назвал свою монографию: «Сущность права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков)»[3].

Однако с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, во-первых, норма права не является «единственным», а тем более «первичным» «средством» правового регулирования правоотношений; во-вторых, действительно «первичные» правовые регуляторы правоотношений. Как представляется, действительно первичными правовыми регуляторами правоотношений являются основополагающие (общие), специальные принципы права, а также принципы отдельных институтов специального права, в результате конкретизации которых правотворческими органами прежде всего и должны вырабатываться нормы права.

А. А. Ивин, активно занимавшийся проблемами деонтической логики, еще в 1973 г., думаю, по существу с позиции юридического позитивизма писал: *«Основная задача нормы не в описании определенного поведения или результатов этого поведения, а в предписании этого поведения»*[4].

В то же время, в процессе непрерывного правового регулирования правоотношений вырабатываются не специфические правовые

[1] См., например: *Власенко Н. А.* Проблемы правовой неопределенности: Курс лекций. М., 2015. С. 45; *Безруков С. С.* Указ. соч. С. 242.

[2] *Черданцев А. Ф.* Логико-языковые феномены в юриспруденции: Монография. М., 2012. С. 38.

[3] *Байтин М. И.* Сущность права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков). М., 2005.

[4] *Ивин А. А.* Логика норм. М., 1973. С. 61.

«предписания», а объективно возможные варианты правового регулирования правоотношений. При таком теоретическом подходе в числе первичных правовых регуляторов правоотношений прежде всего предлагаю выделять принципы права[1].

Думаю, Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации, как и многие другие российские кодексы, а также иные национальные правовые акты, прежде всего разработаны на основе противоречивых позиций юридического позитивизма, а также многочисленных разновидностей научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания. Например, ст. 7 УПК РФ «Законность при производстве по уголовному делу», выработанная с позиции юридического позитивизма, оставляет открытым целый ряд вопросов: 1) судебный акт должен быть только законным? Но Конституция России — это не закон и не «Основной закон». В то же время судебные акты очевидно должны соответствовать Конституции Российской Федерации (ч. 1 ст. 15); 2) «закон», «законность» нужно согласно ст. 7 УПК РФ понимать в «широком» смысле слова? Однако, например, согласно буквальному (а не «широкому») толкованию термина «федеральный закон» — это вид федерального...правового акта, принимаемого Государственной Думой Российской Федерации (ч. 1 ст. 105 Конституции РФ). Как представляется, судебный акт с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания должен быть не только законным, но правовым в целом, т. е. соответствовать принципам и нормам права, содержащимся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемым в России. В то же время ч. 1 ст. 7 УПК РФ содержит норму права только о соответствии федеральному закону. С позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания судебный акт должен быть не только «законным», но и в целом «правовым»! При таком теоретическом подходе ст. 7 УПК РФ требует соответствующих принципиальных изменений и дополнений.

В качестве следующего примера назову ст. 6.1. «Разумный срок уголовного судопроизводства». Как представляется, данная статья выработана законодателем с позиции научно дискуссионных и разнообразных

[1] См. подробнее: *Ершов В. В.* Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений как парные категории // Российское правосудие. 2013. № 4. С. 4–23.

концепций интегративного правопонимания, синтеза права и неправа, правовых и неправовых социальных явлений, права и морали. На практике такое «размывание» права неправом приводит к многочисленным спорам, разнообразным позициям судов, многочисленным отменам судебных актов, судебной волоките. В результате — к нарушению прав и правовых интересов участников судебных процессов.

Вместе с тем, в ст. 15 УПК РФ «Состязательность сторон» конкретизирован один из основополагающих (общих) принципов национального и международного уголовно-процессуального права, выработанный с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, интеграции аналогичных принципов национального и международного уголовно-процессуального права.

Далее хотелось бы рассмотреть один из важнейших теоретических и практических вопросов о том, что первично: принципы или нормы права? На мой взгляд, принципы права первичны по отношению к нормам права. Принципы права позволяют сделать более определенным правоприменительный и правотворческий процессы. Принципы права — максимально абстрактные, менее определенные, чем нормы права, первичные правовые регуляторы правоотношений. С целью исключения субъективизма в правотворческой деятельности нормы права прежде всего должны вырабатываться в порядке конкретизации соответствующих принципов права. Например, на основе конкретизации конституционного принципа «состязательность сторон» (ч. 3 ст. 123 Конституции России) выработана ст. 15 УПК РФ «Состязательность сторон».

При таком общетеоретическом подходе представляется спорным и само понятие «нормы — принципы» права. Полагаю, искусственный синтез норм и принципов права многочисленными научными и практическими работниками основан на юридическом позитивизме. Вместе с тем с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания «принципы права» и «нормы права» — различные правовые регуляторы правоотношений, имеющие дифференцирующие их существенные признаки.

В Уголовно-процессуальном кодексе Российской Федерации имеются и другие дискуссионные «принципы», например, ст. 14 «Презумпция невиновности». К сожалению, в специальной литературе, законах и кодексах нередко отождествляются принципы права, аксиомы и презумпции права. Статья 14 УПК РФ — типичный

пример такого отождествления. Как известно, «презумпция (латин. praesumptio) в философии — предположение, основанное на вероятных посылках; в праве — закрепленное в законе правило, признающее достоверным **заведомое наличие определенных фактов до предоставления доказательств обратного»**[1] (выделено мною. — *В.Е.*). Например, в соответствии с презумпцией невиновности в праве «человек считается невиновным, до тех пор, пока его вина не доказана...в судебном порядке»[2]. Аналогичный вывод возможно сделать исходя из ч. 1 ст. 14 УПК РФ: «Обвиняемый считается невиновным, пока его виновность в совершении преступления **не будет доказана** в предусмотренном настоящим Кодексом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда» (выделено мною. — *В.Е.*). Следовательно, презумпция невиновности связана с наличием или отсутствием доказательств; принципы права, напротив, являются первичными правовыми регуляторами правоотношений.

В этой связи В.Т. Томин убедительно подчеркнул: презумпции права и принципы права — различные правовые категории[3]! Вместе с тем, С.С. Безруков и в 2016 г. продолжал утверждать: «...презумпция невиновности имеет все основания для включения в систему принципов уголовного процесса»[4].

Европейский Суд по правам человека в Постановлении Большой палаты по делу «*Брумареску против Румынии*», принятом 28 октября 1999 г., пришел, думаю, к спорному выводу: «Одним из основных аспектов верховенства права является **принцип правовой определенности, который требует «inter alia», чтобы при окончательном разрешении дела судами их постановления не вызывали сомнения»**[5] (выделено мною. — *В.Е.*). К сожалению, в дальнейших национальных судебных актах и публикациях научных работников данная точка зрения Европейского Суда, как правило, лишь излагается и тиражируется[6].

---

[1] Большой толковый словарь русского языка. М., 1998. С. 963.

[2] Философский словарь. URL: http://diclist.ru/slovar/filosofskiy/k/prezumptsija.html.

[3] *Томин В.Т.* Указ. соч. С. 283.

[4] *Безруков С.С.* Указ. соч. С. 463.

[5] Постановление Европейского Суда по правам человека от 28.10.1999 по делу «Брумареску (Brumarescu) против Румынии» (жалоба № 28342/95).

[6] См., например: *Борисова Е.А.* Правовая неопределенность и право на справедливое судебное разбирательство // Законодательство. 2010. № 8. С. 1; *Мусин В.А.* Принцип правовой определенности на современном этапе судебной реформы // Арбитражные споры. 2015. № 2. С. 1.

На мой взгляд, во-первых, представляется дискуссионным вывод Европейского Суда о том, что «верховенство права» имеет «основные аспекты». Во-вторых, саму концепцию «верховенства права» в современный период, думаю, теоретически более убедительно рассматривать в рамках единой концепции «правового государства»[1]. В-третьих, с позиции философии научно более убедительным представляется понятие «определенность права», а не «правовая определенность». Так, по мнению Аристотеля, определенность — «самое достоверное из всех начал — то, относительно которого невозможно ошибиться, ибо такое начало должно быть наиболее очевидным...и свободным от всякой предположительности ... Начало, которое...не есть предположение; а то, что необходимо...знать,...приступая к рассмотрению... Таким образом, ясно, что именно такое начало есть **наиболее достоверное из всех**...ведь по природе оно начало даже для всех других аксиом»[2] (выделено мною. — *В.Е.*).

При таком научном подходе категория «определенность права» наиболее достоверная из всех категорий права, объективно характеризующая качественное состояние права, позволяющая выделять право из класса иных неоднородных правовых и неправовых социальных явлений, прежде всего неправа, а не принцип права, являющийся правовым регулятором правоотношений.

К сожалению, глава 2 УПК РФ «Принципы уголовного судопроизводства» начинается со ст. 6 «Назначение уголовного судопроизводства», во-первых, не отвечающей на главный вопрос о принципах права: какова же их природа? Во-вторых, глава 2 называется «Принципы уголовного судопроизводства». В то же время представляется необходимым разграничивать принципы уголовно-процессуального права и иные принципы, в том числе принципы уголовного судопроизводства.

Необходимо подчеркнуть, что в специальной литературе, например, по процессуальному праву наметилась теоретически дискуссионная тенденция размывания права неправом, синтеза правовых и иных социальных явлений, отнесения, например, к принципам права разнообразных по своей природе социальных явлений. Например,

---

[1] См. подробнее: *Ершов В.В.* Верховенство права — концепция или доктрина? // Российское правосудие. 2014. № 6. С. 5–17; *Он же.* Правовое государство-концепция или доктрина? // Российское правосудие. 2015. № 1. С. 5–12.

[2] Аристотель. 1005 b 11–34.

Е. Курзински-Сингер и Н. В. Панкевич выделяли принципы диспозитивности и обязательности судебных решений[1]; Л. Л. Шамшурин — «законности, отправления правосудия только судом, независимости судей и подчинения их только Конституции Российской Федерации и федеральному закону, равенства всех перед законом и судом, состязательности, равноправия сторон, диспозитивности, гласности и устности судебного разбирательства, непосредственности в исследовании доказательств, непрерывности судебного разбирательства, сочетания единоличного и коллегиального рассмотрения гражданских дел, государственного языка судопроизводства»[2]. А. Н. Балашов и А. А. Гревнов — процессуального равноправия[3]. Е. И. Вдовина — гласности[4]. Н. А. Громошина — упрощения гражданского судопроизводства[5]. Е. В. Власов — доступности правосудия[6]. С. А. Кажлаев — правовой определённости[7]. Б. Тулинова — доверия к суду и правосудию[8]. Е. А. Борисова — диспозитивности[9]. А. Н. Ермаков — процессуальной экономии[10]. Н. Н. Тарусин — процессуальной

---

[1] *Курзински-Сингер Е., Панкевич Н. В.* Конфликт — взаимодействие принципов диспозитивности и обязательности судебных решений в современном процессуальном праве РФ // Государство и право. 2010. № 9. С. 36–46.

[2] *Шамшурин Л. Л.* Принципы гражданского (арбитражного) процессуального права: проблемы понятия, классификации, значение в совершенствовании законодательства и отправлении правосудия // Арбитражный и гражданский процесс. 2010. № 7. С. 2.

[3] *Балашов А. Н., Гревнов А. А.* Принцип процессуального равноправия как гарантия реализации права на судебную защиту в гражданском судопроизводстве // Российская юстиция. 2010. № 8. С. 27–30.

[4] *Вдовина Е. И.* Принцип гласности в гражданском судопроизводстве // Законодательство. 2010. № 12. С. 61–69.

[5] *Громошина Н. А.* О процессуальной форме и принципах упрощения гражданского судопроизводства // Lex Russia. 2010. № 4. С. 767–780.

[6] *Власов Е. В.* Доступность правосудия как принцип арбитражного процессуального и гражданкого процессуального права // Российское правосудие. 2013. № 3. С. 81–89.

[7] *Кажлаев С. А.* Об учёте принципа правовой определённости при придании обратной силы судебным актам // Закон. 2010. № 1. С. 145–150.

[8] *Тулинова Б.* О принципах правосудия по гражданским и административным делам и о своеобразии принципа доверия к суду и правосудию // Современное право. 2014. № 2. С. 99–103.

[9] *Борисова Е. А.* Принцип диспозитивности в апелляционном производстве в гражданском процессе. Труды юридического факультета. Книга девятая. М., 2008. С. 251–266.

[10] *Ермаков А. Н.* Проблемы реализации принципа процессуальной экономии в современном гражданском и арбитражном процессе АПК и ГПК 2002 г.: Сравнительный анализ и актуальные проблемы правоприменения. М., 2004. С. 168–172.

активности суда[1]. Е. А. Борисова — концентрации процесса[2]. И. В. Решетникова — неизменности состава суда[3].

Как представляется, например, такие «принципы» процессуального права, как «упрощение гражданского судопроизводства» (Н. А. Громошина), «доверия к суду и правосудию» (Б. Тулинова), «концентрации процесса» (Е. А. Борисова) довольно спорно относить к действительным принципам гражданского процессуального права как не соответствующие их природе. Аналогичные возражения можно высказывать и в отношении таких «принципов» гражданского процессуального права, как «разумность и добросовестность в процессуальном праве», который активно пытается ввести в научный оборот целый ряд научных и практических работников. Например, Е. В. Рябцева писала: «Принцип разумности и добросовестности является одной из составляющих более общего принципа — принципа социальной справедливости. Именно поэтому, при исследовании проблем реализации принципа социальной справедливости, в частности в уголовно-процессуальном праве, во всех случаях необходимо выяснить роль в нормах Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации таких понятий, как «разумность» и «добросовестность»[4].

Как следует из данного утверждения, во-первых, сама Е. В. Рябцева по существу относит «принцип» разумности и добросовестности к «понятиям». Думаю, теоретически точнее относить, в частности, разумность и добросовестность к оценочным понятиям, которые должны исследоваться, например, судом, исходя из достоверных обстоятельств каждого конкретного дела. Во-вторых, в соответствии с научно дискуссионной концепцией интегративного правопонимания, характеризующейся включением в право, как собственно права, так и неправа, «как правовых, так и иных социальных» явлений,

---

[1] *Тарусин Н. Н.* Принцип процессуальной активности суда в «эволюционных волнах» науки и практики гражданского процесса. Юридические записки Ярославского государственного университета им. П. Г. Демидова. Ярославль, 2010. С. 90–104.

[2] *Борисова Е. А.* Концентрация процесса как принцип гражданского (арбитражного) процессуального права. Теоретические и практические проблемы гражданского, арбитражного процесса и исполнительного производства. Краснодар; СПб., 2005. С. 156–171.

[3] *Решетникова И. В.* Принцип неизменности состава суда: практические аспекты реализации // Арбитражная практика. 2010. № 1. С. 18–22.

[4] *Рябцева Е. В.* Принцип разумности в уголовном процессе России. М., 2011. С. 16, 17.

например, морали, по существу происходит «размывание» права, дезавуируются широко известные объективные признаки права, отличающие его от других социальных явлений. Как представляется, теоретически более обосновано «разумность» и «добросовестность» относить не к «принципам» процессуального права, а к оценочным понятиям, содержащимся, например, в национальных правовых актах, подлежащих индивидуальному и объективному исследованию в соответствии с достоверными доказательствами в каждом конкретном деле.

Характерно, что в дальнейшем сама Е. В. Рябцева по существу приходила к такому же выводу: «**Разумность**, — замечает она, — **это оценочное понятие**, используемое законом...разумными являются действия, которые совершил бы в конкретной ситуации человек, обладающий нормальным, средним уровнем интеллекта, знаний и жизненного опыта»[1] (выделено мною. — *В. Е.*). К сожалению, далее Е. В. Рябцева, противореча себе, пришла к выводу о том, что «разумность существует не только в виде оценочных понятий, но также и в качестве принципа уголовного судопроизводства»[2].

Многие советские и российские специалисты в области международного права с позиции юридического позитивизма также разделяли доминирующие точки зрения научных и практических работников, специализирующихся как в области общей теории государства и права, так и в отраслевых исследованиях. Например, один из классиков советского международного права Г. И. Тункин под принципами международного права понимал его наиболее широкие и важные нормы, «...имеющие наибольшее значение для решения основных проблем современных международных отношений»[3]. Подавляющее большинство специалистов в области международного права, думаю, теоретически дискуссионно не разграничивало основополагающие (общие) принципы права, обычаи права, а также содержащиеся в них специальные принципы и нормы права. Так, В. Л. Толстых писал: «По своей природе принципы международного права представляют собой **обычные нормы** международного права»[4] (выделено мною. — *В. Е.*).

---

[1] *Рябцева Е. В.* Указ. соч. С. 18, 20.
[2] Там же. С. 31.
[3] *Тункин Г. И.* Право и сила в международной системе. М., 1983. С. 331.
[4] *Толстых В. Л.* Курс международного права: Учебник. С. 127.

Поскольку данная точка зрения в современном российском международном праве является доминирующей, постольку она и нашла свое отражение в п. 1 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации», в соответствии с которым «под общепризнанными принципами международного права следует понимать **основополагающие императивные нормы международного права** (выделено мною. — *В.Е.*), принимаемые и признаваемые международным сообществом государств в целом, отклонение от которых недопустимо»[1].

Вместе с тем, как представляется, теоретически более обосновано, а практически — продуктивно не отождествлять, а разграничивать принципы и нормы как международного, так и внутригосударственного права. Принципы права, в отличие от норм права, не имеют традиционной трех- или двухчленной структуры. В древние времена справедливо подчеркивали: принцип есть важнейшая часть всего. Как и в прошлом, в современный период принципы права есть важнейшая «часть» национального и международного права. Принципы права — теоретическое обобщение опыта, выработанного на основе многовековой правотворческой и правореализационной практики, наиболее существенного, типичного и системообразующего во внутригосударственном и (или) международном праве, поскольку принципы права обладают максимальной универсальностью, высшей императивностью и абстрактностью.

В отличие от норм права, основополагающие (общие) принципы национального и (или) международного права характеризуются высшей степенью обобщения, фундаментальностью, стабильностью, устойчивостью, максимальным освобождением от конкретики и частностей, устойчивостью, универсальностью и объективным характером. На основе национальных и (или) международных основополагающих (общих) принципов права конкретизируются специальные принципы и нормы национального и (или) международного права, содержащиеся, например, в таких формах права, как национальные правовые договоры и международные договоры, обычаи внутригосударственного и (или) международного права,

[1] Российская газета. 2003. 2 декабря. № 244.

национальные правовые акты. Между тем, например, И. И. Лукашук, думаю, традиционно спорно полагал, что основной формой существования принципов и норм международного права является обычай, находящий закрепление в различных международных актах, резолюциях международных организаций и международных договорах[1].

Целый ряд специалистов в области международного права также с позиции юридического позитивизма разделял выводы научных работников, специализирующихся в общей теории права, в части определения природы принципов права. Так, А. В. Саенко в автореферате кандидатской диссертации на тему: «Принципы международного гражданского процесса» пришла к выводу: «Принципы международного гражданского процессуального права представляют собой **основные начала** регулирования транснациональных гражданских процессуальных отношений» (выделено мною. — *В. Е.*)[2].

Е. Т. Усенко, с одной стороны, теоретически убедительно писал: «В иерархической структуре международного права главенствующее системообразующее место принадлежит его основным принципам...»[3]. С другой стороны, думаю, дискуссионно с позиции юридического позитивизма продолжил свой вывод: основные принципы права составляют **«...идейную и нормативно-правовую основу системы»** (выделено мною. — *В. Е.*)[4]. Отсюда возникают, как минимум, два вопроса. 1) почему только «идейную основу»? Как нужно понимать фразу: «нормативно-правовую основу»? В то же время в дальнейшем Е. Т. Усенко с позиции уже научно обоснованной концепции интегративного правопонимания обоснованно констатировал: «Без или вне основных принципов международного права нет и самого международного права как правовой системы (на мой взгляд, системы права — *В. Е.*). Основные принципы международного права дополняют (по-моему, обеспечивают — *В. Е.*) связь ее элементов по однородности их свойств содержательной связью и тем самым придают системе характер содержательной целостности»[5].

---

[1] *Лукашук И. И.* Нормы международного права в правовой системе России: Учебно-практическое пособие. М., 1997. С. 52.

[2] *Саенко А. В.* Принципы международного гражданского процесса: Автореф. дисс... канд. юрид. наук. М., 2013. С. 7.

[3] *Усенко Е. Т.* Очерки теории международного права. М., 2008. С. 105.

[4] Там же.

[5] Там же. С. 105, 106.

Наряду с понятием «основные принципы» международного права в юридической литературе активно применяется и другое понятие — «общепризнанные принципы» международного права. Так, И. И. Лукашук писал: общепризнанные принципы — это принципы «...признаваемые всеми или почти всеми государствами в качестве общеобязательных...»[1]. В то же время «формула»: «признаваемая всеми или почти всеми государствами» с позиции общей теории права и ее реализации на практике представляется недостаточно обоснованной и доказательной. Хотя в настоящее время такой термин и содержится в ч. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации.

В международных документах выработаны два других, как представляется, теоретически более убедительных термина: «общие принципы международного права» и «основополагающие принципы международного трудового права» (см., например, Рекомендацию МОТ № 198 О трудовом правоотношении). На мой взгляд, представляется термин «основополагающие принципы международного права» в большей степени отражающий их сущность и системообразующее предназначение. Вместе с тем, в юридической литературе и международных документах часто используется понятие (термин) «общие принципы международного права». В связи с этими доводами в данной монографии в дальнейшем будет применяться «собирательное» понятие «основополагающие (общие) принципы международного права».

По мнению А. Л. Кононова, «теория общих принципов появилась во французской юриспруденции в 1945–1950 гг....из-за потребностей судебной практики»[2]. Как представляется, Г. Брэбан спорно считал: эквивалентом общих принципов права является «...естественное право справедливости»[3]. Такой вывод является дискуссионным и традиционным для зарубежной юридической науки. Например, Г. Харт выделял два основных направления критики юридического позитивизма. Смысл первого направления сводился к тому, что есть некоторые принципы поведения людей, с которыми должны совпадать законы для того, чтобы они имели юридическую силу[4]. По это-

[1] *Лукашук И. И.* Указ. соч. С. 9.

[2] *Кононов А. Л.* Там же.

[3] *Брэбан Г.* Французское административное право / Пер. с франц.; под ред. С. В. Боботова. М., 1988. С. 175, 189.

[4] *Харт Г. Л.* Понятие права / Пер. с англ. СПб., 2007. С. 74–77.

му пути пошел Р. Дворкин. «Принципом, — писал он, — я называю такой стандарт, который следует соблюдать не потому, что он способствует изменению или сохранению некоторой экономической, политической или социальной ситуации, а потому, что **он выражает некоторые моральные требования, будь то требования справедливости, честности и т. д.»**[1] (выделено мною. — *В. Е.*).

Второй подход предполагает соединение юридической действительности и моральной ценности[2]. По существу выводы Г. Л. Харта и Р. Дворкина были весьма близки. Доказательством этого, в частности, является вывод Г. Л. Харта: «...названия действительного права должны быть лишены определённые правила, вследствие их крайней моральной несправедливости»[3]. На мой взгляд, в действительности теоретические выводы Г. Л. Харта, Р. Дворкина и Г. Брэбана прежде всего основаны на научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания, искусственном синтезе в единой системе права онтологически разнородных социальных регуляторов, права и неправа, в том числе права и справедливости. Такое правопонимание, как отмечалось, приводит к бесконечному и безграничному «размыванию» права неправом, нестабильной, неожидаемой, многообразной и прямо противоречивой судебной практике. В конечном результате — к нарушению прав и правовых интересов участников судебных процессов.

С. Ю. Лаврусь обоснованно заметила: «В результате антипозитивистских тенденций в Европе, характерных, в частности, для Франции, Германии, Австрии, Греции, Испании, Италии и других государств, получили распространение «общие принципы права», являющиеся **«...источником права во многих национальных правовых системах»**[4] (выделено мною. — *В. Е.*). Г. И. Муромцев, думаю, теоретически убедительно обосновывал вывод о том, что понимание общих принципов права, сформировавшееся в развитых государствах, «...приемлемо и для России»[5]. С позиции теории систем и теории информации ещё более радикальное и важное заключение сделал

---

[1] *Дворкин Р.* О правах всерьез / Пер. с англ. М., 2004. С. 45.

[2] *Харт Г. Л.* Указ. соч. С. 188.

[3] *Там же.* С. 213.

[4] *Лаврусь С. Ю.* Реализация принципов права в юридической практике. Дисс. ... канд. юрид. наук. Самара, 2005. С. 114.

[5] Теория права и государства / Под ред. Г. Н. Манова. М., 1996. С. 172, 177.

М. Н. Радько: «**Принципы права как источники права предшествуют нормам права**»[1] (выделено мною. — *В. Е.*). Аналогичный вывод обосновано делают и другие исследователи, размещающие параграф о принципах права в разделе «Источники права»[2].

Важно подчеркнуть, что с гносеологической точки зрения категория «принцип» тесно связана с более общими категориями «закономерность» и «сущность». В связи с этим Л. С. Явич обоснованно писал: «Принципы права... обладают универсальностью, высшей императивностью и общезначимостью...»[3]. При таком теоретическом подходе, во-первых, необходимо установить, что основополагающие (общие) принципы как национального, так и международного права являются самостоятельными фундаментальными формами права, обладающими универсальными признаками права, высшей императивностью и общезначимостью. Во-вторых, в конституциях, иных национальных правовых актах, других формах национального и международного права необходимо установить их приоритет над специальными принципами и нормами права, выработанными в иных формах соответствующего права.

Природа принципов права, их место и роль в системе форм права –важнейший вопрос, исследованный в работах Г. Харта и Р. Дворкина. Принципы в философском смысле — это теоретическое обобщение закономерностей, положенных в основу чего-либо. Исходя из проанализированных философских и теоретических аргументов, перефразируя выражение Гельвеция «знание принципов возмещает незнание некоторых фактов», можно сделать несколько предварительных выводов.

Первый: «знание», а точнее применение, например, судьями принципов национального и (или) международного права в случаях, во-первых, отсутствия соответствующих норм права (мнимых пробелов в праве); во-вторых, противоречия (коллизий) между имеющимися нормами права «позволит «возмещать незнание», а теоретически более корректно — эффективно регулировать конкретные спорные правоотношения. В этой связи принципы национального

---

[1] *Радько Т. Н.* Теория государства и права: Учебник. М., 2004. С. 226.

[2] См., напр.: Теория государства и права: Учебник / В. В. Лазарев, С. В. Липень. М., 2000. С. 217, 218; Проблемы общей теории права и государства: Учебник / Под ред. В. С. Нерсесянца. М., 1999. С. 275–280.

[3] *Явич Л. С.* Сущность права. Л., 1985. С. 142.

и международного права — это не идеи, а объективно необходимые и теоретически обоснованные первичные правовые регуляторы правоотношений.

Второй: основополагающие (общие) принципы внутригосударственного и (или) международного права могут и должны стать своеобразной «дорожной картой» для правотворческих органов, вырабатывающих специальные принципы и нормы права в иных формах национального и (или) международного права. При таком теоретическом подходе специальные принципы и нормы права должны вырабатываться правотворческими органами не произвольно, а в результате конкретизации основополагающих (общих) принципов внутригосударственного и (или) международного права.

Думаю, прежде всего в связи с недостаточной доктринальной разработанностью принципов национального и международного права, к сожалению, судьи в российской судебной практике действительно редко ссылаются на основополагающие (общие) или специальные принципы права. Вместе с тем в конце XX — начале XXI в. суды начали применять принципы права. Так, в Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 30 ноября 1992 г. № 9-П на основе научно обоснованной концепции интегративного правопонимания теоретически обосновано разграничены различные формы права — «общие принципы права» и «действующее законодательство»[1]. В постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 27 января 2004 г. № 1-П выработана важнейшая позиция: «**Общие принципы права**, в том числе воплощённые в Конституции Российской Федерации, **обладают высшим авторитетом и являются критерием и мерой оценки правомерности всех нормативных актов**»[2] (выделено мною. — *В. Е.*).

Вместе с тем, в Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 8 июня 2015 г. № 14-П выработана уже другая, на мой взгляд, спорная точка зрения в соответствии с научно дискуссионной концепцией интегративного правопонимания: «необходимость повышенного уровня защиты прав и свобод граждан в правоотношениях, связанных с публичной ответственностью, **требует соответствия законодательных механизмов, действующих в этой сфере**

[1] Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1993. № 11. Ст. 400.

[2] СЗ РФ. 2004. № 5. Ст. 403.

и правоприменительной практике вытекающим из требований ст. 17, 19, 45, 46, 52, 53 и 55 Конституции РФ и общих принципов права критериям справедливости, соразмерности и правовой безопасности, с тем чтобы гарантировать эффективную защиту прав и свобод человека и гражданина, в том числе посредством справедливости правосудия» (выделено мною. — *В.Е.*).

Пленум Верховного Суда Российской Федерации также использовал понятие «принципы права» в своих постановлениях. Например, в соответствии п. 1 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 2 июня 2015 г. № 21 «О некоторых вопросах, возникших у судов при применении законодательства, регулирующего труд руководителя организации и членов коллегиального исполнительного органа организации» по существу «снят» вопрос о так называемых на практике «золотых парашютах»: **«В случае установления нарушения условиями трудового договора требований законодательства и иных нормативных правовых актов, в том числе общеправового принципа недопустимости злоупотребления правом, законности интересов организации, других работников, иных лиц (например, собственника имущества организации) суд вправе отказать в удовлетворении иска о взыскании с работодателя выплат в связи с прекращением трудового договора или уменьшить их размер»** (выделено мною. — *В.Е.*)[1].

Другой пример связан с так называемым «безмотивным» прекращением трудового договора с руководителем организации по п. 2 ст. 278 Трудового кодекса Российской Федерации, в соответствии с которым в судебной практике принимались самые разнообразные и противоречивые судебные акты. В пункте 9 того же Постановления Пленума Верховного Суда РФ с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания зафиксирована следующая позиция: «Если судом будет установлено, что решение о прекращении трудового договора с руководителем организации по п. 2 ст. 278 Трудового кодекса Российской Федерации **принято работодателем с нарушением принципов недопустимости злоупотребления правом и (или) запрещения дискриминации в сфере труда (ст. ст. 1, 2 и 3 Трудового Кодекса Российской Федерации), такое решение может быть признано незаконным»**[2] (выделено мною. — *В.Е.*). Необходимо заметить: соответствующая судебная практика в России уже начала складываться.

[1] Российская газета. 2015. 10 июня. № 124.
[2] Там же.

На мой взгляд, основополагающие (общие) принципы национального и (или) международного права могут вырабатываться в правореализационной практике и поддерживаться, например, органами государственной власти, международными организациями, наднациональными и национальными органами, в частности, Международным Судом ООН, Европейским Судом по правам человека, Конституционными и Верховными Судами. В силу их многократного применения, например, национальными и наднациональными судами основополагающие (общие) принципы внутригосударственного и (или) международного права могут быть конкретизированы в качестве специальных принципов права в иных формах внутригосударственного и (или) международного права. Например, в качестве принципов конституционного права в фундаментальном виде национальных правовых актах — конституциях государств.

К сожалению, нередко в юридической литературе правовые категории «принцип», «постулат», «презумпция» и «аксиома» применяются как синонимы[1]. Отдельные авторы отождествляют их и относят к «специально — юридическим принципам права»[2]. Так, по мнению А.Л. Кононова: «частным случаем правовых принципов являются аксиомы»[3]. Принцип с этимологической точки зрения — это «основа», «первоначало». Понятие принципа как «основы», «архе» было введено Анаксимандром (610–548 гг. до н. э.). Понятие «постулат» впервые употребил Евклид в смысле основного положения геометрического метода. Понятие «презумпция» (praesumtio) в переводе с латинского означает предположение. Например, В.К. Бабаев, исследовав презумпции в советском праве и юридической практике, пришёл к выводу: «...правовую презумпцию можно определить как закреплённое в нормах права предположение о наличии или отсутствии юридических фактов, основанное на связи между ними и фактами...»[4].

Позднее, в 2000 г., он уточнил свою точку зрения: презумпцию принято понимать как «предположение о наличии или отсутствии предметов, связей, явлений, основанное на связи между ними

---

[1] *Лившиц Р.З.* Указ. соч. С. 198, 199.

[2] См., например: *Явич Л.С.* Право развитого социалистического общества. Сущность и принципы. М., 1978. С. 38, 39.

[3] *Кононов А.Л.* Принцип определённости правовой нормы в конституционном судопроизводстве // Уголовное право. 1999. № 2. С. 78.

[4] *Бабаев В.К.* Презумция в советском праве: Учеб. пособие. Горький, 1974. С. 14.

и предметом, связями явлениями, наличными, подтверждёнными жизненной практикой»[1]. В. К. Бабаев выделял два вида правовых презумпций: общеправовые презумпции и презумпции — приемы юридической техники. Вместе с тем, думаю, В. К. Бабаев пришёл к дискуссионному итоговому выводу: презумпции, относящиеся к первому виду, «стали принципами права», ко второму — «не достигли уровня презумпций — принципов»[2].

Категория «аксиома» была введена в научный оборот Аристотелем. В философии она определяется как «предложение, по какой-либо причине принимаемое в качестве исходного для каких-либо дальнейших рассуждений»[3]. Г. Н. Манов, изучивший аксиомы права, думаю, пришел к более убедительному выводу: аксиомы — это простейшие исходные начала, самоочевидные, не требующие доказательств истины[4]. Однако Р. Л. Иванов уже в 1998 г. в кандидатской диссертации на тему: «Принципы советского права», как представляется, дискуссионно по существу отождествлял принципы права и аксиомы[5].

На мой взгляд, во-первых, принципы права, постулаты, презумпции и аксиомы даже с этимологической точки зрения спорно рассматривать как синонимы; во-вторых, они имеют различную природу и не могут рассматриваться как правовые категории, совпадающие полностью или частично. Доминирующее в России в XX — начале XXI в. позитивистское правопонимание сводило принципы права, как правило, к «основам», «положениям», «идеям» и т. п., закреплённым в «законодательстве». Характерна точка зрения С. С. Алексеева, выделявшего две формы внешнего выражения принципов права: «Принципы по большей части выступают, — писал он, — в виде норм (норм — принципов): они либо формулируются законодателем как отдельные общие юридические нормы, либо существуют как «скрытые» («спрятанные») в конкретных нормах общие нормативные положения»[6]. Данный вывод широко распространён в юри-

[1] *Бабаев В. К.* Презумпции в российском праве и юридической практике. Проблемы юридической техники: Сб. ст. Н. Новгород, 2000. С. 326.

[2] Там же. С. 328, 329.

[3] Новая философская энциклопедия. В 4 т. М., 2000. Т. 1. С. 67.

[4] *Манов Г. Н.* Аксиомы в советской теории права // Советское государство и право. 1986. № 9. С. 29–36.

[5] *Иванов Р. Л.* Принципы советского права: Дисс. ... канд. юрид. наук. Л., 1988. С. 30–33.

[6] *Алексеев С. С.* Проблемы теории права: Курс лекций. Т. 1. С. 103, 104.

дической литературе и в настоящее время. Так, С. Ю. Лаврусь вслед за С. С. Алексеевым повторяла: «Принципы права сформулированы в нормативных правовых предписаниях либо могут выводится из них[1]». Подобные взгляды господствуют в России и в отраслевых исследованиях: «Принципы экологического законодательства, — также дублировала вывод С. С. Алексеева И. А. Игнатьева, — это принципы, зафиксированные в законодательных актах экологического законодательства»[2].

В то же время юридический позитивизм в современный период глобализации, в новых политических и экономических реалиях, очевидно не отвечает на современные проблемы, возникшие в мире. Например, С. А. Маркова-Мурашова убедительно заметила: «В условиях конвергенции национальных правовых систем...наиболее гармоничным представляется интегративное правопонимание..., позволяющее объединить их наиболее значимые позитивные достижения и одновременно устранять возникшие противоречия»[3]. С позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания теоретически спорно, во-первых, отождествлять принципы права и нормы права, являющиеся, на мой взгляд, различными правовыми регуляторами правоотношений; во-вторых, ограничиваться только принципами права, «сформированными законодателем как отдельными общими юридическими нормами», либо принципами права, «скрытыми» («спрятанными») в конкретных нормах.

Следующий шаг вперед в исследовании природы принципов права сделал Р. З. Лившиц, в то же время недостаточно точно и, возможно, интуитивно полагавший: «Некоторые принципы права могут формироваться, совершенствоваться и действовать, не будучи до определенного времени четко выраженными в законодательстве, функционируют в сфере судебной практики и правовых обычаев»[4]. С одной стороны, действительно принципы права могут вырабатываться и «закрепляться» не только в «законодательстве» (а точнее — в национальных правовых актах), но и в других формах (в том числе

[1] *Лаврусь С. Ю.* Реализации принципов права в советской юридической практике: Дисс. ... канд. юрид. наук. С. 28.

[2] *Игнатьева И. А.* Принципы экологического законодательства // Государство и право. 2003. № 9. С. 36.

[3] *Маркова-Мурашова С. А.* Национальная правовая система России и типология правопонимания: Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2006. С. 17.

[4] *Лившиц Р. З.* Теория права: Учебник. М., 2001. С. 24.

и обычаях) как международного, так и внутригосударственного права. С другой — судебная практика не является формой внутригосударственного и международного права. Поэтому в ней не могут вырабатываться и «закрепляться» принципы права. С позиции разграничения правового и индивидуального регулирования правоотношений в «судебной практике» могут вырабатываться лишь позиции судов, своеобразные «прецеденты индивидуального судебного регулирования правоотношений».

Объективно прежде всего существуют основополагающие (общие) принципы национального и (или) международного права, реализуемые в государстве, выработанные в процессе многовековой правореализационной практики различными субъектами правотворчества; поддерживаемые в процессе своей деятельности, например, международными и наднациональными организациями, органами государственной власти, юридическими и физическими лицами и т. д. В соответствии с основополагающими (общими) принципами национального и (или) международного права в дальнейшем могут вырабатываться специальные принципы и нормы права в иных формах внутригосударственного и (или) международного права.

Возможен и прямо противоположный процесс: на основе специальных принципов права, выработанных, например, в международных договорах и обычаях права, а также во внутригосударственных правовых актах, национальных правовых договорах и обычаях права в процессе их длительной реализации соответствующими, например, органами и организациями, также могут вырабатываться основополагающие (общие) принципы национального и (или) международного права.

Как отмечалось ранее, основополагающие (общие) принципы национального и (или) международного права отличаются от норм права предельной абстрактностью, высшей степенью обобщенности, фундаментальностью, максимальным освобождением от конкретики и частностей, устойчивостью, стабильностью, универсальностью, объективным характером и независимостью от произвольного усмотрения соответствующих правотворческих органов и лиц. Естественно, нет и не может быть исчерпывающего перечня основополагающих (общих), как правило, совпадающих принципов национального и (или) международного права, исторически развивающихся, дополняющихся и уточняющихся. Среди них в современный период,

как представляется, возможно, в частности, назвать следующие основополагающие (общие) принципы как национального, так и международного права: запрещение злоупотребления правом, равенство прав и обязанностей участников правоотношений, запрещение дискриминации физических и юридических лиц, баланса публичных и частных правовых интересов. При таком теоретическом подходе основополагающие (общие) принципы национального и (или) международного права могут быть своеобразной «дорожной картой» для соответствующих управомоченных правотворческих органов, организаций и лиц.

Кроме того, в правореализационной практике возник вопрос о роли основополагающих (общих) принципов национального и (или) международного права, а также специальных принципов права, содержащихся в других формах внутригосударственного и международного права в процессе реализации права. Необходимо подчеркнуть: многие судьи, например, Германии, США, Италии и Бельгии признают возможность и необходимость применения общих и (или) специальных принципов права в процессе разрешения конкретных споров. В преамбуле Конституции Франции 1946 г. подтверждаются права и свободы, установленные в Декларации прав человека от 1789 г., записано: «**Фундаментальные принципы, признанные законами Республики**» (выделено мною. — *В.Е.*). В этой связи Конституционный Совет Франции неоднократно высказывался за признание неконституционными законов, противоречащих фундаментальным принципам права. Такая практика Конституционного Совета Франции позволила Ж.-Л. Бержелю сделать важный теоретический вывод: «**Принципы господствуют над позитивным правом**»[1] (выделено мною. — *В.Е.*). Показательно отнесение основополагающих (общих) принципов права к самостоятельным источникам (на мой взгляд, — формам), в частности, гражданского права, в целом ряде европейских государств (например, в Австрии, Греции, Испании и Италии).

При таком теоретическом подходе возможно сделать следующий вывод: основополагающие (общие) принципы национального и (или) международного права, реализуемые в государстве, объективно являются, во-первых, своеобразной «дорожной картой»

[1] *Бержель Ж.-Л.* Общая теория права / Пер. с фр.; под общ. ред. В.И. Даниленко. М., 2000. С. 169.

в процессе выработки, в частности, специальных принципов и норм права в иных формах внутригосударственного и (или) международного права; во-вторых, максимально универсальными правовыми регуляторами правоотношений.

Более того, с позиции научно обоснованной концепции интегративного понимания права основополагающие (общие) принципы национального и (или) международного права, думаю, теоретически обосновано рассматривать в качестве фундаментальных форм внутригосударственного и международного права, определяющих сущность права, обеспечивающих его сбалансированное состояние (гомеостазис), взаимосвязь, целостность и внутреннее единство; непротиворечивость, последовательность, ожидаемость и объективность как правотворческих, так и правореализационных процессов.

Данные теоретические аргументы позволяют сделать несколько практических предложений.

Первое: необходимо дополнить российские правовые акты соответствующими разделами об основополагающих (общих) принципах национального права и (или) международного права, реализуемых в государстве.

Второе: следует установить соотношение основополагающих (общих) принципов национального и (или) международного права со специальными принципами и нормами права, выработанными в иных формах национального и (или) международного права и реализуемых в государстве.

Третий: теоретически обосновано, а практически необходимо признать основополагающие (общие) принципы национального и (или) международного права (установив их примерный перечень) неоспоримым правом (jus cogens) для правотворческих и правореализующих, в частности, судебных органов, юридических и физических лиц.

Во взаимосвязи с вышесказанным, в данном параграфе монографии, думаю, также нельзя не проанализировать работу В. М. Сырых «Материалистическая теория права: Избранное»[1], в которой автор предпринял попытку обосновать существование индивидуального права как самостоятельной формы права. По его мнению, индивидуальное право действует наряду с позитивным правом, но является его более высокой формой. Кроме того, В. М. Сырых писал: то есть,

[1] *Сырых В. М.* Материалистическая теория права: Избранное. М.: РАП, 2014.

с одной стороны, что индивидуальное право — это самостоятельная автономная форма права, с другой стороны, что индивидуальное право действует в органическом единстве с позитивным правом. «Индивидуальное (интуитивное) право, — утверждал он, — это самостоятельная автономная форма права, действующая в органическом единстве с позитивным правом и призванная вместе с ним обеспечить эффективную реализацию норм права в конкретных отношениях»[1]. Следовательно, В. М. Сырых, на мой взгляд, в соответствии с научно дискуссионной концепцией интегративного правопонимания относит к праву как позитивное право, так и неправо (индивидуальное (интуитивное) право).

Однако если право — это равная и обязательная мера для неопределенного круга лиц, то дискуссионная «конструкция» «индивидуального права» оставляет множество риторических вопросов открытыми. Например, как защищать других лиц от возможного злоупотребления индивидуальным правом лицом, его выработавшим? Каково соотношение индивидуального и позитивного права? Не приведет ли такое размывание права (полагаю, неправом) к противоречивой судебной практике, многочисленным отменам судебных актов, длительному рассмотрению споров в судах, а в результате — к грубым нарушениям прав и правовых интересов физических и юридических лиц? Думаю, названные вопросы являются риторическими.

Если рассматривать конкретизацию права как выработку управомоченными правотворческими органами и лицами в соответствии с основополагающими (общими) принципами национального и (или) международного права более детальных, конкретных, уточняющих и т. д. специальных принципов и (или) норм права, обязательных для неопределенного круга лиц, то представляется дискуссионным также и вывод В. М. Сырых о том, что индивид в процессе индивидуального правоприменения вырабатывает конкретизированные правоположения. «Индивидуальное правоприменение, — считал ученый, — представляет собой деятельность, осуществляемую индивидом в целях формулирования конкретизированных правоположений, логически согласованных с нормами позитивного права и определяющих пути вступления в конкретное

[1] Там же. С. 36.

правоотношение, права и обязанности его участников, порядок изменения и завершения правоотношения»[1].

Как представляется, необходимо разграничивать правовое и индивидуальное регулирование правоотношений[2]. В процессе индивидуального регулирования правоотношений, например, в виде индивидуального судебного регулирования, индивидуального договорного регулирования и индивидуального медиативного регулирования устанавливаются только индивидуальные права и обязанности лишь участников данных правоотношений, а не «правоположения» неопределенного характера, т. е. неправо.

По мнению В. М. Сырых, индивидуальное право отличается от позитивного тем, что «...его источником выступают как тексты законов и иных нормативных правовых актов, так и мораль, а также процессы воспитания, обучения, мыслительная, интеллектуальная деятельность индивида»[3]. Полагаю, что такое бесконечное и беспредельное «размывание» права неправом, нормами морали и т. д. в конечном итоге на практике может дезориентировать правоприменителей, повлечь за собой неожиданные и противоречивые судебные решения, бесконечную волокиту при рассмотрении споров и многочисленные судебные ошибки.

Кроме того, при подобном «размывании» права неправом дезавуируются признаки права, отличающие право от других неправовых явлений. Так, традиционно право в отличие от неправа прежде всего характеризуется обязательностью для неопределенного круга лиц, формальной определенностью, системностью, объективной связью с управомоченными правотворческими органами и лицами, способностью аналогичным образом регулировать сходные правоотношения, многократностью применения, абстрактностью, неперсонифицированностью, принудительной силой управомоченных органов и лиц. Неправо подавляющим большинством из этих объективных признаков права не обладает.

Таким образом, на мой взгляд, приведенные общенаучные, теоретические, правовые и практические аргументы позволяют сделать следующие итоговые выводы.

---

[1] *Сырых В. М.* Указ. соч. С. 44.

[2] См. подробнее: *Ершов В. В.* Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений как парные категории // Российское правосудие. 2013. № 4. С. 4–23.

[3] *Сырых В. М.* Указ. соч. С. 49.

Первый: принципы права по отношению к нормам права являются первичными регуляторами правоотношений в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемыми в государстве.

Второй: основополагающие (общие), специальные принципы и принципы отдельных институтов права — основания всеобщей связи системы форм национального и международного права, «есть... единое», в результате конкретизации которых должны вырабатываться нормы права, более определенное право, ожидаемая и единообразная правореализационная (в том числе — судебная) практика.

2.11. Классификация принципов права

Классификация принципов права — один из методов их более глубокого познания. Её можно характеризовать как дифференциацию принципов права по различным видам (классам) в соответствии с разнообразными классификационными основаниями (критериями). Классификация принципов права, во-первых, дает возможность вырабатывать системное представление об исследуемом предмете в целом; во-вторых, конкретизировать знание об отдельных исследуемых принципах права. С. С. Алексеев в 1972 г., например, разграничивал общие, межотраслевые и отраслевые принципы права. Причем к общим принципам права он относил в том числе принципы законности и справедливости[1]. Л. С. Явич в 1976 г. также выделял основные, межотраслевые и отраслевые принципы права[2].

В конце XX в. в России некоторые научные работники также изучали спорные вопросы видов и классификации российских принципов. Например, авторы работы «Русская философия права» писали: «Классификация принципов права может быть осуществлена по различным критериям: той или иной сфере общественной жизни, которая находит отражение в содержании указанных нормативно-правовых предписаний, подвергающихся их юридическому воздействию; в зависимости от основы системы права в целом либо отдельных ее нормативно-правовых общностей (институтов права, межнациональных образований, отраслей, подотраслей права и т. п.);

[1] *Алексеев С. С.* Проблемы теории права: основные вопросы общей теории социалистического права: Курс лекций. Т. 1. С. 105, 106.

[2] *Явич Л. С.* Общая теория права. Л., 1976. С. 155, 156.

по сфере действия принципов права в механизме правового регулирования; в зависимости от способов их выражения и закрепления в тех или иных формально-юридических источниках»[1].

Авторы работы «Русская философия права» также выделяли общепризнанные принципы права. «Общепризнанными принципами права, — считали они, — являются выработанные на уровне ООН и других международных сообществ, включенных в правовую систему большинства цивилизованных стран, всеобщие, универсальные, нормативно-руководящие начала, отражающие специфическую природу права... К ним мы относим **принципы законности (господства права),** юридического равенства, демократизма, гуманизма, неприкосновенности личности и сфер ее жизнедеятельности, гласности, ответственности за виновное деяние»[2] (выделено мною. — *В.Е.*). Н.Н. Вопленко в 1998 г. в зависимости от сферы действия принципов права разграничивал, во-первых, общие, межотраслевые и отраслевые принципы; во-вторых, общесоциальные (начала права) и специально-юридические принципы, например, «законности», «выражения в праве интересов народа», «равенства всех граждан перед законом», «сочетания прав и обязанностей», «ответственности за вину», «сочетания убеждения и принуждения»[3].

Как представляется, в проанализированных работах, во-первых, с позиции научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания не разграничены принципы права и неправа, а также иные социальные явления («принципы законности и справедливости», «законности..., демократизма, гуманизма..., «общесоциальные (начала права) и специально-юридические принципы»). Во-вторых, выделены спорные критерии классификации («в зависимости от основы системы права в целом»). В-третьих, названы дискуссионные «принципы права» («выражения в праве интересов народа», «сочетания убеждения и принуждения»). В-четвертых, поскольку принципы права регулируют правоотношения по сферам реализации, постольку, на мой взгляд, теоретически точнее выделять сферы правового регулирования правоотношений, а не «сферы действия принципов права». В-пятых, «в сферах правового регулирования правоотношений»

---

[1] Русская философия права. СПб., 1997. С. 7.

[2] Там же.

[3] *Вопленко Н.Н.* Сущность, принципы и функции права: Учеб. пособие. Волгоград, 1998. С. 36–44.

также имеются отдельные институты права. Поэтому представляется теоретически обоснованным выделять принципы права отдельных институтов в каждой сфере правового регулирования правоотношений. Полагаю, в числе принципов права Н. Н. Вопленко, как и многие другие, дискуссионно выделил, например, «принцип» «законности».

В связи с изложенным считаю необходимым согласиться с М. И. Байтиным, справедливо полагавшим, что классификация принципов не должна быть их простым перечислением[1]. Недостаток имеющихся подходов к классификации принципов права М. И. Байтин, с одной стороны, обосновано видел в том, что перечисление принципов права производится без обоснования их системы и концептуальной основы выделения. С другой стороны, М. И. Байтин, полагаю, весьма спорно и также с позиции научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания подразделял принципы права на морально-этические, нравственные и организационные (в соответствии с концепцией единства и взаимопроникновения естественного и позитивного права)[2].

М. Н. Марченко, думаю, также с этой же концепцией дифференцировал принципы права в зависимости от: 1) характера; 2) типа; 3) сферы правового регулирования[3]. Исходя из типа правового регулирования, М. Н. Марченко выделял принципы права, свойственные рабовладельческому, феодальному, капиталистическому и социалистическому праву. В соответствии с характером правового регулирования М. Н. Марченко разграничивал социально-экономические, политические, идеологические, религиозные и социально-юридические принципы права. К специально-юридическим принципам права М. Н. Марченко относил общеобязательность норм права, непротиворечивость правовых норм, подразделение права на публичное и частное, социальную свободу, равенство перед законом и судом, равноправие, законность, юридическую гарантированность прав и свобод личности, справедливость, юридическую ответственность только за виновные действия, недопустимость обратной силы законов[4].

---

[1] *Байтин М. И.* Новые моменты в подходе к вопросу о принципах права // Вест. Волжск. ун-та им. В. Н. Татищева. Сер. «Юриспруденция». Тольятти, 2000. Вып. 9. С. 4.

[2] *Байтин М. И.* О принципах и функциях права: Новые моменты // Правоведение. 2000. № 3. С. 5, 6.

[3] Общая теория государства и права / Под ред. М. Н. Марченко. Т. 2. С. 24, 25.

[4] Там же.

Принимая во внимание исследование в данном параграфе монографии принципов права как правовых регуляторов правоотношений, во-первых, из перечисленных М. Н. Марченко квалификационных критериев считаю возможным прежде всего ограничиться «сферой правового регулирования правоотношений». Во-вторых, в числе названных специально-юридических принципов права выделены и спорные, например, «общеобязательность норм права», «непротиворечивость правовых норм», «подразделение права на публичное и частное», «социальной свободы», «законности», «юридической гарантированности прав и свобод личности», «справедливости».

В учебнике по общей теории государства и права под редакцией В. В. Лазарева, изданном в 2000 г., называются общеправовые (общие или основные) принципы права, присущие всем отраслям права, отражающие природу, качественное своеобразие права в целом. К ним, в частности, с позиции научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания, синтезирования права и неправа относятся принципы гуманизма, законности и справедливости[1].

Как представляется, во-первых, к основополагающим (общим) принципам права спорно относить «принципы» «гуманизма», «демократизма», «законности» и «справедливости». Во-вторых, с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания и равенства всех субъектов правоотношений вызывает возражение выделенный в учебнике общий принцип «равенства граждан перед законом». В этой связи возникают, как минимум, два вопроса: 1) равенство только граждан? А иных субъектов правоотношений? 2) субъекты правоотношений равны только перед «законом»? А перед принципами и нормами права, содержащимися в иных формах национального и (или) международного права? Убеждён: данные вопросы являются риторическими. Безусловно, все субъекты правоотношений равны перед принципами и нормами права, содержащимися в любых формах национального и (или) международного права, реализуемых в государстве. Отсюда теоретически было бы точнее назвать исследуемый основополагающий (общий) принцип национального и (или) международного права принципом «равенства прав и обязанностей субъектов правоотношений» или «равенства участников правоотношений».

[1] Общая теория государства и права / Под ред. В. В. Лазарева. С. 134–137.

В начале XXI в. в России целый ряд научных работников также изучали теоретические проблемы классификации принципов российского права. Например, К. В. Ведяхина выделяла «три группы общих принципов права»: 1) нравственно-этические (справедливость и гуманизм); 2) социально-политические (законодательное закрепление основ рыночной экономики, демократизм, разделение властей, федерализм); 3) собственно правовые принципы (законность, соответствие между объективным и субъективным правом, сочетание публично- и частноправовых форм регулирования общественных отношений, возрастание роли закона в правовом регулировании, сочетание развития федерального и регионального законодательства и неотвратимость ответственности)»[1].

К данной классификации принципов права, разработанной с позиции научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания, синтезирования права и неправа, также возникает целый ряд вопросов. Например, первый: имеют ли какое-либо отношение к принципам права собственно «нравственно-этические» «принципы права»? Второй: такой же вопрос возникает и в отношении «социально-политических» «принципов права»?! Третий: возможно ли все принципы собственно права сводить к «законности» и «возрастанию роли закона»?

А. Л. Захаров в 2003 г. подготовил кандидатскую диссертацию на тему «Межотраслевые принципы права», определив их как общую основную идею для двух или более отраслей[2]. В качестве межотраслевых принципов права А. Л. Захаров выделил: «принцип свободы договора, принцип свободы труда, принцип запрещения принудительного труда, принцип правовой защиты предпринимательства, принцип признания и защиты равным образом всех форм собственности, принцип презумпции невиновности, принцип необратимости закона, большинство принципов процессуальных отраслей (государственного языка судопроизводства, состязательность, сочетание единоначалия и коллегиальности и т. п.), принцип диспозитивности, принцип свободы экономической деятельности, принцип поддержки и защиты конкуренции...»[3].

---

[1] *Ведяхина К. В.* Основные нравственно-этические и социально-политические принципы российского права: Дисс. ... канд. юрид. наук. Самара, 2001. С. 8.

[2] *Захаров А. Л.* Межотраслевые принципы права: Дисс. ... канд. юрид. наук. Самара, 2003. С. 11.

[3] Там же.

Как представляется, целый ряд указанных А. Л. Захаровым межотраслевых «принципов права» собственно к «принципам права» не относится, например, «сочетание единоналичия и коллегиальности». А главное: «межотраслевые принципы права» с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания теоретически дискуссионно определять как «основную идею двух или более отраслей».

К. А. Чернов также с позиции научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания, синтезирования права и неправа, в самом общем виде разграничил принципы права на социально-политические, нравственно-этические и собственно-юридические[1]. О. Е. Суркова в 2004 г. произвела более детальную классификацию собственно принципов права. «Классификация принципов права, — считала она, — может осуществляться по различным основаниям... Выделяются общеправовые, межотраслевые, отраслевые принципы, принципы отраслей законодательства, комплексов юридических норм...принципы отдельных институтов, категорий права»[2]. На мой взгляд, во-первых, теоретически точнее «общеправовые» принципы права называть основополагающими (общими) принципами права». Во-вторых, в числе «принципов права», выделенных О. Е. Сурковой, вызывают сомнение такие «принципы права», как «принципы», «комплексов юридических норм» и «категорий права».

В. М. Реуф в 2004 г. с позиции научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания, синтезирования права и неправа, предложил установить критерии классификации принципов права по: 1) сфере распространения; 2) своему характеру (общесоциальные и специально-юридические принципы); 3) функциональному назначению и объекту отображения (специально-правовые и социально-правовые); 4) нормативному закреплению (нормы-принципы и принципы, выводимые из норм); 5) способу выражения в источниках права[3].

Вместе с тем, как представляется, во-первых, сферу «распространения» теоретически точнее назвать «сферой правового

---

[1] *Чернов К. А.* Принцип равенства: теоретико-правовой анализ: Дисс. ... канд. юрид. наук. Самара, 2003. С. 44.

[2] *Суркова О. Е.* Факторы формирования и реализации принципов права: Дисс. ... канд. юрид. наук. Самара, 2004. С. 7.

[3] *Реуф В. М.* Специально-юридические принципы права: Дисс. ... канд. юрид. наук. Самара, 2004. С. 38–51.

регулирования правоотношений», так как принципы права не «распространяются», а регулируют правоотношения. Во-вторых, думаю, спорно среди «принципов» собственно права выделять «общесоциальные» «принципы права». В-третьих, исходя из дифференциации «источников права» и «форм права» с позиции научно обоснованной концепции интегративного понимания права, полагаю дискуссионными также и такие критерии классификации принципов права, как по «нормативному закреплению» и «способу выражения в источниках права».

С. Н. Кожевников в 2004 г. с той же позиции достаточно традиционно классифицировал принципы российского права на: 1) общеправовые (законности, социальной справедливости, равноправия, гуманизма, единства юридических прав и обязанностей); 2) межотраслевые; 3) отраслевые; 4) принципы правовых институтов[1]. А. И. Бобылев, в 2004 г. изучив понятие принципы и функции права с аналогичной позиции, отнес к общим принципам права принципы обеспечения равенства всех форм собственности и свободы предпринимательства, справедливости, признания, соблюдения и защиты прав и свобод человека и гражданина, народовластия, законности, приоритета международного права над внутригосударственным, обеспечения правопорядка в обществе и правосудия[2]. С позиции научно обоснованной концепции интегративного понимания права по меньшей мере спорным представляется отнесение к общим принципам права «принципов» «справедливости», «народовластия» и «законности».

В. М. Ведяхин и А. Ф. Галузин в 2007 г. с дискуссионной концепции интегративного правопонимания, синтезирования права и неправа пришли к выводу о том, что «...наиболее удачна следующая классификация общеправовых принципов: социально-политические, нравственно-этические и собственно правовые или специально-юридические принципы»[3]. По мнению В. М. Ведяхина и А. Ф. Галузина, к «социально-политическим принципам принято

---

[1] *Кожевников С. Н.* Проблемы теории права: Курс лекций. Ч. 1. С. 184–188.

[2] *Бобылев А. И.* Понятие, принципы и функции права // Право и политика. 2004. № 4. С. 10.

[3] *Ведяхин В. М., Галузин А. Ф.* Конституционный Суд РФ о недопустимости нарушения общеправовых принципов права // Актуальные проблемы правоведения. 2007. № 3. С. 3.

причислять разделение властей, народовластие, федерализм, демократизм, идеологический и экономический плюрализм и др.; к нравственно-этическим — справедливость, гуманизм, незыблемость и неотчуждаемость прав человека и др.; к специально-юридическим — верховенство Конституции Российской Федерации и закона, законность, равенство граждан перед законом, недопустимость обратной силы закона, ответственность за вину и т. д.»[1]. Во-первых, классификация принципов права, как действительных правовых регуляторов правоотношений, вряд ли может включать в себя «социально-политические» и «нравственно-этические» «принципы». Во-вторых, вызывает возражение принцип «верховенства» только «закона» и «равенства граждан» лишь перед «законом», а также «недопустимость обратной силы» только «закона».

В 2008 г. Е. В. Скурко издала монографию на тему «Принципы права», в которой пришла к выводу о том, что принципы права «можно классифицировать, с одной стороны, по уровню абстрагирования (от уровня сущностных абстракций до различных степеней конкретности и глубокой казуистичности — как правило, противоположных в этом аспекте норме, развитием которой принцип выступает); с другой стороны — по критерию «переходности», т. е. возможности перехода принципа в норму, минуя акт «централизованного законодателя» соответствующей юрисдикции»[2]. С позиции научно обоснованной концепции интегрированного правопонимания, с одной стороны, действительно необходимо дифференцировать принципы права и нормы права как различные правовые регуляторы правоотношений. Вместе с тем, с другой стороны, как представляется, классификация принципов права должна разграничивать между собой только принципы права, а не принципы права, а также иные правовые явления.

А. Л. Захаров, анализируя соотношение принципов права, содержащихся в Конституции Российской Федерации, и принципов права, закрепленных в иных национальных правовых актах, пришел к следующему удивительному и спорному выводу: «Некоторые авторы, — писал он, — полагают, что раз Конституция обладает высшей юридической силой, то и принципы в ней обладают приоритетом над остальными.

[1] *Ведяхин В. М., Галузин А. Ф.* Указ. соч. С. 3.
[2] *Скурко Е. В.* Принципы права: Монография. М., 2008. С. 62.

Это недопустимо... По юридической силе принципы равны, независимо от того, в каком нормативном акте они содержаться»[1].

Данная точка зрения вызывает принципиальные теоретические возражения. Конституцию СССР в специальной литературе традиционно называли «Основным законом». В то же время, к сожалению, в тексте самой Конституции СССР не определялась её природа и не устанавливалась возможность ее прямого применения. Характерно, что, как и Конституция СССР, Конституция Германии в настоящее время называется «Основной закон Федеративной Республики Германия». В современной специальной литературе понятие «Основной закон» также применяется и в отношении Конституции Российской Федерации[2]. В то же время в ч. 1 ст. 15 Конституции России установлено: «Конституция имеет высшую юридическую силу, прямое действие» Следовательно, буквальное толкование Конституции позволяет сделать прямо противоположный вывод: все правовые регуляторы правоотношений, содержащиеся в Конституции Российской Федерации, в том числе и конституционные принципы права, а не только конституционные нормы права, имеют высшую юридическую силу.

Анализ различных точек зрения о принципах права возможно было бы продолжать бесконечно. Важно сделать общий вывод: к сожалению, большинство специальных работ о классификациях принципов права выполнены с позиции юридического позитивизма, сводящего «принципы права» «к законности», «приоритету законов» и т. д., либо с позиций научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания, синтезирования права и неправа, «размывающей» принципы права иными социальными явлениями, относя к «принципам права», например, «демократизм», «народовластие», «федерализм» и т. д.

Такое понимание «принципов права», безусловно, не могло не сказаться и на учебниках по теории государства и права. Например, в учебнике по теории государства и права, изданном в 2005 г. под редакцией А. В. Васильева, выделены принципы социальной свободы, социальной справедливости, демократизма, гуманизма,

---

[1] *Захаров А. Л.* Межотраслевые принципы права: Дисс. ... канд. юрид. наук. Самара, 2003. С. 106.

[2] См., напр.: Систематизация законодательства в Российской Федерации / Под ред. А. С. Пиголкина. СПб., 2003. С. 90.

равноправия, законности, равенства перед законом, правосудия, единства прав и обязанностей, превалирования международного права над внутригосударственным, взаимной ответственности личности и государства, деления права на частное и публичное[1]. Думаю, весьма дискуссионными являются такие «принципы права», как «принципы» «социальной свободы», «социальной справедливости», «демократизма», «гуманизма», «законности», «единства прав и обязанностей». В учебнике по общей теории государства и права, изданном в 2007 г., принципы права классифицируются по: 1) сферам общественной жизни; 2) уровню правового регулирования; 3) способам внешнего выражения[2]. При этом делается вывод: «центральным и универсальным является, без сомнения, принцип законности»[3].

В связи с выделением, на мой взгляд, спорных принципов права В. И. Леушин пришел к яркому и убедительному выводу: **«Каждый автор здесь имеет собственное мнение... Субъективизм при решении данной проблемы представляется труднопреодолимым. Не случайно в некоторых учебниках вопрос о принципах права вообще не рассматривается»**[4] (выделено мною. — *В. Е.*).

Прежде всего принципы права, думаю, возможно классифицировать по сферам правового регулирования правоотношений и по их юридической силе.

По сферам правового регулирования правоотношений, в частности, возможно выделять: основополагающие (общие) принципы права; специальные межотраслевые принципы права; специальные отраслевые принципы права; специальные принципы отдельных институтов права.

Вопрос о классификации принципов права по юридической силе с целью сохранения государственного суверенитета, как представляется, должен быть разрешен управомоченными органами государственной власти. Исследуя данную проблему с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, полагаю, возможно сделать следующий вывод: с целью выработки определенного и действительного права основополагающие (общие) принципы

[1] *Васильев А. В.* Теория права и государства: Учебник. М., 2005. С. 70.
[2] Общая теория государства и права. В 3 т. / Отв. ред. М. Н. Марченко. С. 95–103.
[3] Там же.
[4] *Леушин В. И.* Указ. соч. С. 243, 244.

международного и (или) национального права с объективной необходимостью не могут не конкретизироваться в специальные национальные принципы права, устанавливающиеся в иных формах права, поскольку содержатся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм права, элементы которой с неизбежностью взаимодействуют и взаимодополняют синергетический процесс правового регулирования правоотношений.

При таком теоретическом подходе основополагающие (общие) принципы национального и (или) международного права, могут вырабатываться прежде всего в правореализационной практике и поддерживаться, например, органами государственной власти (в том числе судом), а также управомоченными международными органами и организациями. В силу поддержки и принудительного исполнения такие принципы становятся обязательными для неопределённого круга субъектов правоотношений; принципами именно права, а не морали, в отличие от не обязательного и принудительного неисполняемого неправа.

В случае убедительности и аргументированности основополагающие (общие) принципы международного и (или) национального права могут быть преобразованы в специальные принципы и нормы права, содержащиеся в иных формах национального права.

В соответствии с изложенными теоретическими аргументами считаю возможным сделать несколько итоговых выводов.

Первый: правовая категория «принципы права» с гносеологической точки зрения связана с общенаучными категориями: «закономерность» и «сущность».

Второй: при таком общенаучном подходе принципы права — основания всеобщей связи, отражающие объективные закономерности и сущность единой, развивающейся и многоуровневой системы форм национального и (или) международного права, реализуемые в государстве, обеспечивающие предсказуемость, ожидаемость и единообразие правотворческих и правореализационных процессов.

Третий: принципы права — это теоретическое и практическое обобщение опыта, полученного на основе длительной и многообразной правотворческой и правореализационной деятельности, в результате которой выработаны более абстрактные и менее определенные правовые регуляторы правоотношений (в отличие от норм права),

характеризующиеся максимальной универсальностью, высшей степенью императивности и абстрактности, объективно отражающие всеобщие, закономерные, существенные, типичные и системообразующие процессы в международном и (или) национальном праве.

Четвертый: в связи с изложенными общенаучными, философскими, теоретическими и правовыми аргументами представляется обоснованным, а практически необходимым признать основополагающие (общие) принципы международного и (или) национального права, неоспоримым правом (jus cogens) для правотворческих и правореализующих органов и лиц, фундаментальными формами международного и (или) национального права.

Пятый: при таком общенаучном, философском, теоретическом и правовом подходе основополагающие (общие) принципы международного и (или) национального права, во-первых, для управомоченных правотворческих органов, организаций и т. д. являются своеобразными «дорожными картами» в синергетических процессах выработки специальных принципов национального права; во-вторых, фундаментальными регуляторами правоотношений.

Шестой: анализируя возможные критерии классификации принципов международного и (или) национального права, считаю возможным, прежде всего выделять следующие теоретически обоснованные и практические продуктивные их виды (классы): сферы правового регулирования правоотношений; юридическая сила; способы внешнего выражения.

Седьмой: по сферам правового регулирования правоотношений в том числе возможно выделять: основополагающие (общие) принципы международного и (или) национального права; специальные межотраслевые международные и (или) национальные принципы права; специальные отраслевые международные и (или) национальные принципы права; специальные принципы отдельных институтов международного и (или) национального права.

Восьмой: по способам внешнего выражения принципы международного и (или) национального права возможно подразделять на: содержащиеся в письменном виде в формах международного и (или) национального права; выработанные и **«утвержденные» правореализационной практикой** (понятие сформулировано по аналогии с определением обычного права, «дошедшим» до нас от римских юристов: **«право, утвержденное применением»**. — *В. Е.*).

2.12. Конкретизация права

Конкретизация права, безусловно, во-первых, имеет огромное самостоятельное теоретическое и практическое значение. Во-вторых, глубокое исследование конкретизации права с объективной неизбежностью выводит исследователей и на основополагающие проблемы правопонимания, правотворчества и правореализации. В-третьих, изучение проблем конкретизации права не может не затрагивать также и иных специальных теоретических и практических проблем, например, толкования права, природы судебных актов, соотношения правового и индивидуального регулирования правоотношений и т. д.

В этой связи многие дореволюционные, советские и российские научные работники обращались к проблемам конкретизации права. Так, А. Ф. Черданцев заметил: впервые в юридической науке вопрос о конкретизации права в процессе его реализации был разработан дореволюционным теоретиком права Н. А. Гредескулом[1]. В дальнейшем отдельные теоретические проблемы конкретизации права исследовали многие советские ученые, например, Н. Г. Александров[2], П. Е. Недбайло[3], А. С. Пиголкин[4], А. К. Безина, В. В. Лазарев[5], А. Ф. Черданцев[6], С. С. Алексеев[7], Н. Н. Вопленко[8] и В. Н. Карташов[9]. К сожалению, в советский период было недостаточно специальных работ собственно по конкретизации права. Среди них возможно выделить, например, монографию Г. Г. Шмелевой на тему: «Конкретизация юридических норм в правовом регулировании»[10].

---

[1] *Черданцев А. Ф.* Правовое регулирование и конкретизация права // Применение советского права: Сб. ст. Свердловск, 1974. С. 25.

[2] *Александров Н. Г.* Применение норм советского социалистического права. М., 1958.

[3] *Недбайло П. Е.* Применение советских правовых норм. М., 1960.

[4] *Пиголкин А. С.* Толкование нормативных актов в СССР. М., 1962.

[5] *Безина А. К., Лазарев В. В.* Конкретизация права в советской практике // Советская юстиция. 1968. № 2. С. 6.

[6] *Черданцев А. Ф.* Правовое регулирование и конкретизация права. Свердловск, 1974.

[7] *Алексеев С. С.* Структура советского права. М., 1975.

[8] *Вопленко Н. Н.* Официальное толкование норм права. М., 1976.

[9] *Карташов В. Н.* Институт аналогии в советском праве: Вопросы теории. Саратов, 1976.

[10] *Шмелева Г. Г.* Конкретизация юридических норм в правовом регулировании. Львов, 1988.

Своеобразным прорывом в специализированном исследовании конкретизации права в России явился проведённый под руководством профессора В. М. Баранова 27–28 сентября 2007 г. в г. Геленджике международный симпозиум на тему: «Конкретизация законодательства как технико-юридический приём нормотворческой, интерпретационной, правоприменительной практики». Вместе с тем, уже из названия симпозиума возможно сделать, как минимум, четыре вывода: 1) большинство участников симпозиума с позиции юридического позитивизма анализировали проблемы конкретизации только законодательства, а не всех форм национального и (или) международного права, т. е. права в целом как родового понятия; 2) многие выступления на симпозиуме дискуссионно допускали возможность конкретизации права в процессе правоприменительной деятельности; 3) многочисленные участники симпозиума не разграничивали конкретизацию права и толкование права; 4) отдельные авторы, на мой взгляд, с позиции научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания, синтезирующей право и неправо, спорно анализировали «участие» в конкретизации законодательства моральных, религиозных, игровых норм, а также традиций и стандартов моды.

Даже в связи с изложенными замечаниями возможно сделать следующий вывод: несмотря на то, что в дореволюционный, советский и российский периоды отдельные научные и практические работники неоднократно обращались к различным проблемам конкретизации права, остаётся множество и иных дискуссионных вопросов, требующих своего дальнейшего и глубокого научного изучения, в том числе на уровне диссертационных и монографических исследований. Прежде всего в научных работах, думаю, необходимо отграничивать собственно конкретизацию права от других, как правовых, так и иных социальных категорий.

В начале хотелось бы остановиться на понятии «конкретизация». Как известно, в переводе с латинского конкретизировать — значит придавать наглядный, предметный характер, давать конкретные выражения чему-либо, уточнять что-либо[1]. Отсюда, исходя из этимологии данного понятия, конкретизацию права возможно рассматривать как развитие права — выработку управомоченными орга-

[1] Словарь иностранных слов / Под ред. И. В. Лехина и Ф. Н. Петрова. М., 1954. С. 349, 350.

нами и лицами в процессе правотворческой деятельности более детальных, конкретных, уточняющих и т. д. принципов и норм права в иных формах национального и (или) международного права, реализуемых в государстве, имеющих меньшую юридическую силу. Такой вывод в том числе возможно сделать и в соответствии с Конституцией Австрийской Республики, согласно ст. 148j которой «более подробные положения, конкретизирующие предписания данного раздела, устанавливаются федеральным законом». Данное заключение также подтверждается и позицией Конституционного Суда Российской Федерации, который в постановлении от 23 января 2007 г. № 1-П разъяснил: «...реализация положений п. 1 ст. 779 и п. 1 ст. 781 ГК РФ...обеспечивается в том числе **конкретизацией...в иных нормативных правовых актах»** (выделено мною. — *В. Е.*).

Названные аргументы позволяют сделать вывод о том, что конкретизация права характеризуется его развитием — детализацией, уточнением, и т. д. управомоченными правотворческими органами и лицами прежде всего принципов и норм права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве.

Как отмечается в юридической литературе, впервые, на мой взгляд, спорно, общее понятие «конкретизация права» в России выработал Н. Н. Вопленко: это «результат правотворческого **или правоприменительного процесса, в котором выражаются максимальная определённость и полнота смысла правовых норм, ставших возможными в результате использования средств толкования, детализации, уточнения или развития отдельных элементов норм...»**[1] (выделено мною. — *В. Е.*).

В то же время, конкретизация собственно права, думаю, характеризуется объективным процессом изменения и дополнения права от меньшей степени ее определенности к большей ее степени, т. е. от менее определенного права — также к праву, но только к праву более конкретному, определенному, а не от права — «к праву или неправу», как по существу полагал Н. Н. Вопленко. Только в дальнейшем, например, в результате индивидуального судебного регулирования правоотношений, вынесения индивидуального судебного акта возможен переход от права большей или меньшей степени

[1] Цит. по: *Шмелёва Г. Г.* Конкретизация юридических норм в правовом регулировании. Киев, 1988. С. 11.

определённости к одному из видов неправа — индивидуальному судебному акту. При таком подходе право возможно рассматривать как единую, развивающуюся и многоуровневую систему форм права, состоящую из подсистем национального и (или) международного права, которые, в свою очередь, образуются из составляющих их элементов — форм права различных степеней его определённости и абстрактности. В этой связи сведение «всего» права в соответствии с юридическим позитивизмом к системе только национального «законодательства» представляется теоретически дискуссионным, а практически недостаточно продуктивным.

Отсюда конкретизацию права теоретически обосновано рассматривать как объективный процесс восхождения от абстрактного, в меньшей степени определённого права к праву в большей степени определённому (и только к праву!), характеризующийся выработкой управомоченными правотворческими органами и лицами более детальных, уточнённых и т. д. прежде всего принципов и норм права в иных формах национального и (или) международного права, имеющих меньшую юридическую силу.

Методологической основой такого понимания конкретизации права управомоченными правотворческими органами и лицами являются философские категории — общее — особенное — единичное. Как представляется, во-первых, в процессе конкретизации права управомоченными правотворческими органами или лицами на основе абстрактного, неопределённого (общего) права вырабатывается более детальное, конкретное, определённое, специальное, но также право (и только право!) — (особенное). Во-вторых, на основе неопределённого или в большей степени определённого, специального права органами и лицами, реализующими право, в результате индивидуального регулирования правоотношений устанавливаются конкретные права и обязанности лишь участников данных правоотношений, например, в индивидуальных судебных актах. Следовательно, вырабатывается не «право», а права и обязанности, являющиеся обязательными только для субъектов конкретных правоотношений, т. е. разновидность «неправа» — (единичное). Отсюда, по-моему, сущность конкретизации права состоит в деятельности управомоченных правотворческих органов и лиц, состоящей в придании праву большей степени определённости на основании менее определённого, но также права.

Далее хотелось бы остановиться на соотношении правовой категории «конкретизация права» с иными правовыми категориями и прежде всего с категориями «индивидуализация права» и «толкование права». Так, А. Ф. Черданцев пришёл к выводу о том, что «конкретизация в правоприменении состоит в индивидуализации — переводе общего и абстрактного веления нормы права в веление индивидуального характера, относящегося к индивидуальным (единичным), персонально определённым субъектам как участникам конкретного отношения, действующим в конкретной ситуации»[1]. Разделяя данный вывод, В. Н. Власенко писал: «Продолжая мысль учёного, отметим, что абстрактная юридическая норма с появлением юридических фактов регламентирует определённо-конкретные отношения, наделяя персонально-субъективными правами и обязанностями участников правовых отношений. Это, пожалуй, главное в объяснении природы правовой конкретизации в связи с правоприменительной деятельностью»[2].

Изложенные выводы и аргументы представляются теоретически дискуссионными. Во-первых, необходимо разграничивать правовое и индивидуальное регулирование правоотношений[3]. Во-вторых, с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания представляется теоретически обоснованным рассматривать правовое и индивидуальное регулирование правоотношений как парные категории. Прежде всего это объясняется абстрактным и относительно определённым характером принципов и норм права, многочисленными коллизиями и пробелами в праве, многообразием и развитием конкретных правоотношений. В-третьих, в частности, учитывая абстрактный и относительно определённый характер принципов и норм права, управомоченные правотворческие органы и лица конкретизируют «общее» право, вырабатывая более конкретное «особенное», специальное право, также обязательное для неопределённого круга участников конкретных правоотношений.

В дальнейшем в результате индивидуального регулирования конкретных правоотношений субъекты реализации права вырабатывают

[1] *Черданцев А. Ф.* Правовое регулирование и конкретизация права. С. 35.

[2] *Власенко В. Н.* Конкретизация права и юридическая квалификация // Конкретизация законодательства как технико-юридической приём нормотворческой, интерпретационной, правоприменительной практики: Материалы Международ. симпозиума (Геленджик, 27–28 сентября 2007 г.). Н. Новгород, 2008. С. 347.

[3] См. подробнее: *Ершов В. В.* Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений как парные категории // Российское правосудие. 2013. № 4. С. 4–23.

«единичное», но уже неправо, например, индивидуальные судебные акты, обязательные только для участников данного судебного разбирательства. При таком понимании необходимо разграничивать конкретизацию права как процесс выработки на основе абстрактного, менее определённого права в большей степени определённого права, и «индивидуализацию права», наделение «персонально — субъективными правами и обязанностями участников правоотношений». Более того, в-четвертых, в связи с изложенными теоретическими аргументами, думаю, спорным является и само понятие «индивидуализация права». Представляется теоретически более обосновано, во-первых, исходить из родового понятия «регулирование правоотношений». Во-вторых, в частности, разграничивать регулирование правоотношений на правовое и индивидуальное. Отсюда, полагаю, например, суд не «индивидуализирует право», а в соответствии с уже выработанным и формализованным правом индивидуально регулирует спорные конкретные правоотношения. В связи с этим, предлагаю исключить из научного оборота понятие «индивидуализация права» и применять только понятие «индивидуальное регулирование правоотношений».

Важнейшее теоретическое и практическое значение имеет разграничение сфер правового и индивидуального регулирования правоотношений. «Главным критерием такого разграничения, — в самом общем виде подчёркивали В. В. Глазырин и В. И. Никитинский, — может служить следующее правило: общие свойства объектов правового воздействия, существенные для правового регулирования данного вида общественных отношений, должны найти отражение в норме права (как правиле общего действия) (на мой взгляд, общие и особенные признаки правоотношений прежде всего «должны найти своё отражение» в основополагающих (общих) и (или) специальных принципах, а также нормах национального и (или) международного права, реализуемых в государстве, — *В. Е.*) **индивидуальные же характеристики объектов…отражаются на уровне правоприменения путём предоставления законом соответствующих возможностей для усмотрения правоприменителя»**[1] (выделено мною. — *В. Е.*). (На мой взгляд, — индивидуального регулирования правоотношений).

[1] *Глазырин В. В., Никитинский В. И.* Эффективность правоприменительных актов // Сов. государство и право. 1984. № 2. С. 16.

Как представляется, принимая во внимание названные выше философские категории — общие — особенное и единичное, возможно теоретически более обоснованно разграничивать различные виды правового и индивидуального регулирования правоотношений. Общее (универсальное) правовое регулирование правоотношений, на мой взгляд, производится посредством реализации основополагающих (общих) принципов национального и (или) международного права. Межотраслевое и отраслевое правовое регулирование правоотношений — в результате реализации специальных межотраслевых и (или) отраслевых принципов, а также норм права, содержащихся в формах национального и (или) международного права. Правовое регулирование отдельных институтов национального и (или) международного права — в соответствии с реализацией принципов, а также норм права отдельных институтов национального и (или) международного права. Наконец, индивидуальное регулирование правоотношений, в частности, посредством выработки и принятия отдельных судебных актов, в которых устанавливаются права и обязанности участников судебного производства, а не, например, норм права, обязательных для неопределенного круга лиц.

Исследуя управленческую природу правоприменения, также необходимо отменить объективную недостаточность «внешнего», правового регулирования правоотношений и необходимость его дополнения «внутренним саморегулированием», индивидуальным регулированием правоотношений. Такой вывод убедительно подтверждается в том числе в случае применения общих законов управления в процессе анализа, например, судебного правоприменения. Так, закон необходимого разнообразия позволяет определять степень (меру) требуемого разнообразия принципов и норм права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве, с регулируемыми динамическими, многообразными и конкретными правоотношениями. Поскольку, согласно У. Эшби, открывшего этот закон, степень разнообразия управляющей подсистемы должна быть не меньше степени разнообразия управляемой подсистемы, ибо «...только разнообразие может уничтожить разнообразие»[1].

[1] *Эшби У.* Введение в кибернетику. С. 293–302.

В этой связи принципы и нормы права, содержащиеся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемые в государстве, с объективной необходимостью, как минимум, должны предусматривать всё богатство многообразных, развивающихся и конкретных правоотношений. По всей видимости, в действительности даже теоретически это недостижимо. Отсюда возникает объективная необходимость не в бесконечной и безграничной конкретизации права, а в индивидуальном регулировании правоотношений, выработке в его процессе неправа, например, в виде индивидуальных судебных актов на основе имеющихся принципов и норм права.

Принимая во внимание объективную необходимость разграничения правового и индивидуального регулирования правоотношений, представляется по меньшей мере дискуссионным вывод С. С. Алексеева, считавшего: «Право — это не только структурно сложная, динамическая система, но и система в известной степени «саморегулирующаяся»[1]. Думаю, исходя из изложенных общенаучных и теоретических аргументов, возможно сделать другой вывод: право объективируется в единой, развивающейся и многоуровневой системе, но не «саморегулирующейся» и «самонастраивающейся» даже в «известной степени». Действительная «настройка» единой, развивающейся и многоуровневой системы форм национального и (или) международного права прежде всего производится в результате индивидуального регулирования правоотношений с учетом всего многообразия и развития конкретных правоотношений и принятия, например, индивидуальных судебных актов, в которых вырабатывается не конкретизированное право, а устанавливаются индивидуальные права и обязанности только участников фактических правоотношений. Закреплённые права и обязанности, конечно, обязательны лишь для его участников. Следовательно, если в результате конкретизации права вырабатывается более детальное, определенное право, то итогом индивидуального регулирования правоотношений является неправо, например, в виде индивидуальных судебных актов, обязательных лишь для участников фактических правоотношений.

Возможность конкретизации права в процессе правоприменения — одна из наиболее обсуждаемых и дискуссионных проблем

[1] *Алексеев С. С.* Проблемы теории права. Т. 2. С. 265.

среди советских и российских научных и практических работников. Многочисленные исследователи полагают, что конкретизация права в процессе правоприменения теоретически обоснована и практически необходима. Среди сторонников данной точки зрения возможно назвать В. В. Лазарева, А. К. Безину, Н. Н. Вопленко, А. Ф. Черданцева, Н. А. Власенко, П. А. Гука и др. Так, Н. Н. Вопленко писал: «...это явление охватывает и правоприменительную деятельностью»[11]. По мнению Н. А. Власенко, А. Ф. Черданцев справедливо сформулировал вывод: «конкретизация в правоприменительном процессе состоит в индивидуализации — переводе общего и абстрактного веления нормы права в веление индивидуального характера, относящегося к индивидуальным (единичным) персонально-определённым субъектам как участникам конкретного отношения, действующим в конкретной ситуации»[2].

Учитывая изложенные выше общенаучные и теоретические аргументы, более обосновано разграничивать конкретизацию права и «индивидуализацию права», а точнее индивидуальное регулирование правоотношений. На мой взгляд, конкретизация права и индивидуальное регулирование правоотношений — это различные, самостоятельные и нетождественные правовые категории. Конкретизация права — это объективный процесс выработки управомоченными правотворческими органами и лицами на основе абстрактного и неопределённого права также права, но в большей степени определённого. В то же время индивидуальное регулирование правоотношений — это процесс регулирования правоотношений органами и лицами, реализующими уже выработанное право, в результате которого устанавливаются индивидуальные права и обязанности только участников данных конкретных правоотношений. Поскольку в соответствии со ст. 125 и 126 Конституции РФ Конституционный Суд Российской Федерации и Верховный Суд Российской Федерации не обладают правотворческими функциями, постольку действительно имеющая место фактическая

---

[1] *Вопленко Н.Н.* Официальное толкование и конкретизация советских правовых норм. С. 173.

[2] *Власенко Н.А.* Конкретизация в праве: природа и пути исследования // Конкретизация законодательства как технико-юридический приём нормативной, интерпретационной, правоприменительной практики: Материалы Международного симпозиума. С. 66.

конкретизация права в процессе, например, судебного правоприменения, полагаю, не только теоретически дискуссионна, но и не соответствует Конституции России.

Вопрос о соотношении конкретизации права и толкования права среди научных работников также вызывает активную дискуссию. Так, Н. Г. Александров[1], А. С. Пиголкин[2], А. Ф. Черданцев[3], П. Е. Недбайло[4] и Н. Н. Вопленко[5], с одной стороны, рассматривали конкретизацию средством толкования. Вместе с тем, например, А. К. Безина, В. В. Лазарева[6], В. Н. Карташов[7], И. М. Рабинович и Г. Г. Шмелева[8], с другой стороны, разграничивали конкретизацию права и толкование права как различные правовые категории.

Толкование права с точки зрения содержания деятельности, происходящей в процессе её осуществления, является одним из видов индивидуального регулирования правоотношений, например, индивидуального судебного регулирования, в результате которого происходит уяснение права для себя (органа или лица, толкующего право) и разъяснение права для других (участников спорных фактических правоотношений)[9]. В результате на основе неопределённого (не конкретизированного) или более определённого (конкретизированного) права принимается, например, индивидуальный судебный акт, в котором устанавливаются права и обязанности только участников спорных фактических правоотношений, т. е. вырабатывается неправо. Напротив, конкретизация права производится управомоченными правотворческими органами и лицами, в результате которой на основе неопределённого и абстрактного права вырабатывается более определённое право, обязательное для неопределённого круга лиц. Например, в соответствии с принципами права, содержа-

---

[1] *Александров Н. Г.* Применение норм советского социалистического права. М., 1958. С. 16, 28.

[2] *Пиголкин А. С.* Толкование нормативных актов в СССР. С. 17.

[3] *Черданцев А. Ф.* Толкование советского права. С. 12.

[4] *Недбайло П. Е.* Применение советских правовых норм. С. 439–493.

[5] *Вопленко Н. Н.* Официальное толкование норм права. С. 25.

[6] *Безина А. К., Лазарев В. В.* Конкретизация права в судебной практике // Сов. юстиция. 1968. № 2. С. 6.

[7] *Карташов В. Н.* Институт аналогии в советском праве: вопросы теории. Саратов, 1976. С. 44.

[8] *Рабинович И. М., Шмелёва Г. Г.* Конкретизация правовых норм (Общетеоретические проблемы) // Правоведение. 1985. № 6. С. 31–39.

[9] *Ершов В. В.* Указ. соч. С. 16–22.

щимися в Конституции Российской Федерации, вырабатываются принципы и нормы права в кодексах и других федеральных законах.

Российские научные работники, рассматривая формы конкретизации права с позиции юридического позитивизма, традиционно ограничиваются формами конкретизации не права в целом, а лишь законодательства. Так, Л.Ф. Апт и М.Д. Хайретдинова писали: «Общей формой конкретизации для ранее существовавшей и действующей систем законодательства можно считать соотношение предписаний общей и особенной частей кодифицированных актов»[1]. В свою очередь, Е.С. Вершинина выделяла регламент как особую правовую форму конкретизации российского законодательства[2]. Поддерживая предложения о выделении данных и многих других видов конкретизации «законодательства», вместе с тем рассматривая данную проблему с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, думаю, возможно выделять и другие виды конкретизации права в целом, выражающегося в принципах и нормах права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневый системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве.

В этой связи предлагаю разработать и принять в России целый ряд федеральных законов. Среди них прежде всего — федеральные законы «О формах национального и международного права в России», «О конкретизации права» и «О толковании права». В федеральном законе «О формах национального и международного права в России» требуется наконец-то не только установить формы национального и международного права в России, но и их соотношение между собой с целью повышения степени определённости права. Разработка и принятие федеральных законов «О конкретизации права» и «О толковании права» прежде всего необходимо для закрепления в законах их различной природы и ответственности органов и лиц, конкретизирующих и толкующих право.

В результате исследования проблем конкретизации права считаю возможным и необходимым сделать следующие итоговые выводы.

---

[1] *Апт Л.Ф., Хайретдинова М.Д.* Конкретизация определений понятий в российском законодательстве // Конкретизация законодательства как технико-юридический приём нормотворческой, интерпретационной, правоприменительной практики: Материалы Междунар. симпозиума. С. 231–234.

[2] *Вершинина Е.С.* Регламент как особая правовая форма конкретизации российского законодательства // С. 393–402.

Первый: следует разграничивать право и неправо, правовое и индивидуальное регулирование правоотношений, конкретизацию права и толкование права как различные правовые категории.

Второй: с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания право выражается прежде всего в принципах и нормах права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве. В свою очередь, система права состоит из подсистем национального и (или) международного права, образованных составляющими их элементами — формами соответствующего права различных степеней его абстрактности и определенности.

Третий: теоретически обосновано конкретизацию права рассматривать как объективный процесс восхождения от абстрактного, менее определенного права к праву в большей степени определённому; характеризуется выработкой управомоченными правотворческими органами или лицами более детальных, уточнённых и т. д. прежде всего специальных принципов и норм права, имеющих меньшую юридическую силу.

Четвертый: понятие «индивидуализация права» представляется дискуссионным. Теоретически более обосновано, во-первых, исходить из родового понятия — «регулирование правоотношений». Во-вторых, в частности, разграничивать регулирование правоотношений на правовое и индивидуальное. В этой связи, например, суд не «индивидуализирует право», а в соответствии с уже выработанным и формализованным правом индивидуально регулирует спорные фактические правоотношения. В результате в монографии выработано предложение об исключении из научного оборота понятия «индивидуализация права» и использовании понятия «индивидуальное регулирование правоотношений».

Пятый: толкование права с точки зрения содержания деятельности, происходящей в процессе её осуществления, является одним из видов индивидуального регулирования правоотношений, например, индивидуального судебного регулирования, в результате которого происходит уяснение права для себя (органа или лица, толкующего право) и разъяснение его для других (субъектов спорных конкретных правоотношений); в результате толкования права, например, судом принимается индивидуальный судебный акт,

в котором устанавливаются определённые права и обязанности только участников спорных фактических правоотношений, т. е. вырабатывается разновидность неправа.

2.13. Определенность права

Определенность права с общенаучных, философских, теоретических, правовых и практических позиций — одна из важнейших, очевидно недостаточно исследованных и дискуссионных правовых категорий. В то же время, к сожалению, в специальной зарубежной и российской юридической литературе, а также судебных актах активно применяется другое понятие — «принцип правовой определенности». Видимо в этой связи С. Б. Поляков и А. И. Сидоренко применили в своей статье даже слова «экспансия принципа правовой определенности»[1]. По мнению А. Киселёва, «российские суды общей юрисдикции весьма быстро приняли этот принцип для обоснования отказов в передаче кассационных жалоб для рассмотрения по существу»[2]. В результате, как полагала, например, В. Ю. Кулакова, «...правовая определенность превращается из средства защиты интересов законности в средство оправдания пассивности судей в исполнении ими возложенных на них функций»[3].

Теоретические и практические проблемы «принципа правовой определенности» нередко обсуждались на научных конференциях и «круглых столах». Так, 24 марта 2016 г. в Российском государственном университете правосудия был проведен «круглый стол» на тему: «Правовая определенность: Теоретические и практические проблемы в процессе судебного правоприменения при производстве по уголовным делам». В работе «круглого стола», в частности, приняли участие В. А. Давыдов — заместитель Председателя Верховного Суда Российской Федерации — председатель Судебной коллегии по уголовным делам, докт. юрид. наук; Л. В. Головко — заведующий кафедрой уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора

[1] *Поляков С. Б., Сидоренко А. И.* Значение принципа правовой определенности в Постановлениях Европейского Суда по правам человека // Адвокат. 2014. № 7.

[2] *Киселев А.* Конституционная основа отмены судебных решений в кассационной инстанции (Подготовлена для системы Консультант Плюс. 2014).

[3] *Кулакова В. Ю.* Правовая определенность судебного решения в свете реализации права на судебную защиту в суде кассационной инстанции // Законы России: опыт, анализ, практика. 2014. № 7.

Московского государственного университета им. М. В. Ломоносова; докт. юрид. наук, профессор, А. Г. Халиулин — заведующий кафедрой Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации, докт. юрид. наук, профессор; В. В. Ершов — ректор Российского государственного университета правосудия, докт. юрид. наук, профессор; О. В. Качалова — заведующая отделом проблем уголовного судопроизводства, докт. юрид. наук, доцент; В. И. Кононенко — заведующий кафедрой уголовно-процессуального права, криминалистики и судебной экспертизы им. Н. В. Радутной Российского государственного университета правосудия; В. И. Качалов — профессор кафедры уголовно-процессуального права, криминалистики и судебной экспертизы им. Н. В. Радутной Российского государственного университета правосудия.

Европейский Суд по правам человека (ЕСПЧ) в своих судебных актах часто применяет понятие «принцип правовой определенности». Например, еще 13 июня 1979 г. в судебном решении «*Маркс против Бельгии*» ЕСПЧ в самом общем виде признал: «...принцип правовой определенности...неотъемлемо присущ праву Конвенции и праву сообщества...»[1]. В постановлении Большой палаты ЕСПЧ по делу «*Брумареску против Румынии*» от 28 октября 1999 г. суд уточнил и развил свою позицию: «Право на справедливое разбирательство дела судом, гарантируемое п. 1 ст. 6 Конвенции, должно толковаться в свете преамбулы Конвенции, которая провозглашает, среди прочего, верховенство права как часть общего наследия Договаривающихся государств. Одним из **основных аспектов верховенства права** (выделено мною. — *В. Е.*) является принцип правовой определенности, который требует, inter alia, чтобы при окончательном разрешении дела судами их постановления не вызывали сомнения»[2].

Однако такой вывод ЕСПЧ представляется теоретически дискуссионным. Во-первых, сама концепция «принципа правовой определенности», на мой взгляд, является дискуссионной и вряд ли имеет «основные аспекты». Во-вторых, к сожалению, в названных судебных актах ЕСПЧ даже не попытался выработать собственную концепцию

[1] Постановление ЕСПЧ от 13.06.1979 «Маркс (Marckx) против Бельгии» (жалоба № 6833/74) // Европейский Суд по правам человека. Избранные решения. М., 2000. Т. 1. С. 231–270. (Извлечение).

[2] Постановление ЕСПЧ от 28.10.1999 «Дело «Брумареску (Brumarescu) против Румынии» (жалоба № 28342 (95). URL: СПС «КонсультантПлюс».

«верховенства права». В преамбуле Европейской Конвенции только в самом общем виде записано: Правительства европейских государств, движимые единым стремлением и имеющие общее наследие политических традиций «идеалов...**верховенства права сделать первые шаги на пути обеспечения коллективного осуществления некоторых из прав, изложенных во Всеобщей декларации»** (выделено мною. — *В.Е.*).

В то же время, глубокий анализ становления и дальнейшего развития термина (понятия) «верховенство права» позволяет сделать иной вывод: несмотря на длительное и активное его применение в судебных актах, международных и национальных документах, а также в специальной литературе термин (понятие) «верховенство права» еще требует своего дальнейшего и глубокого изучения[1]. Думаю, в современный период доктрина «верховенство права» как признанная большинством специалистов система научных взглядов, имеющих существенное практическое значение, в мире в целом и в России, в частности, еще не сложилась. В этой связи, в настоящее время термин (понятие) «верховенство права» скорее возможно рассматривать как цель правового государства, которое должно быть самоограничено национальным правом и ограничено правом международным. С позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, на мой взгляд, теоретически обоснована и практически достаточна только одна правовая категория — «правовое государство»[2]. Если «легистское государство» по существу ограничивается лишь собственными законами, то подлинное «правовое государство» «связывает» себя как правом «внешним» по отношению к нему (например, основополагающими (общими) принципами международного права и обычаями международного права), так и «собственным», «внутренним» правом (в частности, национальными правовыми актами («законодательством»)[3].

В-третьих, в п. 1 ст. 6 Европейской Конвенции, на которую ссылается ЕСПЧ в названном деле, отсутствует термин «принцип правовой определенности». В соответствии с буквальным текстом п. 1

---

[1] См.: *Ершов В.В.* Верховенство права — концепция или доктрина? // Российское правосудие. 2014. № 6. С. 5–17; *Он же.* Правовое государство — концепция или доктрина? // Российское правосудие. 2015. № 1. С. 5–12.

[2] *Ершов В.В.* Правовое государство — концепция или доктрина? С. 5–12.

[3] Там же. С. 9–12.

ст. 6 Конвенции «Каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях или при предъявлении ему любого уголовного обвинения имеет право на **справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона...»** (выделено мною. — *В.Е.*). То есть ЕСПЧ, выработав понятие «принцип правовой определенности», по существу в очередной раз выполнил функцию правотворческого органа, выйдя за пределы своей компетенции. В буквальном же соответствии с п. 1 ст. 32 Конвенции «В ведении Суда **находятся все вопросы, касающиеся толкования и применения положений Конвенции и Протоколов к ней...»** (выделено мною. — *В.Е.*). Следовательно, в компетенции ЕСПЧ находятся только вопросы толкования (уяснения для себя и разъяснения для других), а также применения принципов и норм права, уже выработанных и содержащихся в Конвенции.

Более того, согласно п. 2 ст. 43 Конвенции толковать принципы и нормы права, содержащиеся в Конвенции, вправе лишь Большая палата ЕСПЧ. Однако наиболее «развернутое» определение «принципа правовой определенности», обычно цитируемое в юридической литературе, содержится в Постановлении Первой секции ЕСПЧ по делу «*Рябых против Российской Федерации*», принятом 24 июля 2003 г. В соответствии с данным Постановлением «...принцип правовой определенности, который, среди прочего, требует, чтобы **принятое судами окончательное решение не могло быть оспорено...предполагает уважение принципа res judicata..., то есть принципа недопустимости повторного рассмотрения однажды решенного дела. Принцип закрепляет, что ни одна из сторон не может требовать пересмотра окончательного и вступившего в законную силу постановления только в целях проведения повторного слушания и получения нового постановления. Полномочие вышестоящего суда по пересмотру дела должно осуществляться в целях исправления судебных ошибок, неправильного отправления правосудия, а не пересмотра по существу. Пересмотр не может считаться скрытой формой обжалования, в то время как возможное наличие двух точек зрения по одному важному вопросу не может являться основанием для пересмотра. Отступление от этого принципа оправданны, только когда являются обязательными в силу обстоятельств существенного и неопределённого характера»**[1]. (выделено мною. — *В.Е.*).

[1] Постановление ЕСПЧ от 24.07.2003. «Дело «Рябых (Ryabykh) против Российской Федерации», жалоба № 52854/99 // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2003. № 12.

Вместе с тем, необходимо подчеркнуть, что согласно п. 2 и 3 ст. 43 Конвенции «Коллегия в составе пяти членов Большой Палаты принимает обращение, если дело поднимает серьезный вопрос, касающийся толкования или применения положений настоящей Конвенции или протоколов к ней, или другой серьезный вопрос общего характера... **Если Коллегия принимает обращение, то Большая Палата выносит по делу свое постановление»** (выделено мною. — *В.Е.*). Однако не Большая Палата ЕСПЧ, а только его Первая секция в Постановлении *«Рябых против Российской Федерации»* выработала «развёрнутое» понятие «принципа правовой определенности», фактически осуществив не присущие ей правотворческие функции.

Однако и по существу постановление *«Рябых против Российской Федерации»* вызывает целый ряд других теоретических и практических вопросов.

Первый: что означает понятие «окончательное решение»? Традиционно многие специалисты отвечают: решение, вступившее в законную силу после рассмотрения жалобы в апелляционной инстанции. Но какова же тогда компетенция целого ряда иных национальных и наднациональных судебных инстанций?

Второй: может ли быть «оспорено» «окончательное решение» в последующих национальных и наднациональных судебных инстанциях? Национальные правовые акты и международные договоры, как известно, дают положительный ответ на данный вопрос.

Третий: как представляется, правовая определенность, а точнее — определенность права и принцип «res judicata» — недопустимости повторного рассмотрения однажды решенного дела являются различными правовыми категориями. Существуют разнообразные виды правовых категорий определенности чего-либо. Например, определенность права и определенность результатов судебного регулирования. При таком теоретическом подходе представляется дискуссионным вывод ЕСПЧ о том, что **«правовая определенность предполагает уважение принципа res judicata...то есть принципа недопустимости повторного рассмотрения однажды решенного дела»**[1]. На мой взгляд, определённость права и уважение принципа «res judicata» — различные виды определенности, не совпадающие по своему существу. Следовательно, и различные правовые категории.

[1] Там же.

Четвертый: как правило, участники процесса требуют рассмотрения их жалоб в иных судебных инстанциях не с целью «проведения повторного слушания и получения нового постановления», а с другой целью — устранения, по их мнению, судебных ошибок, допущенных в уже вынесенных судебных актах, т. е. «исправления» «неправильного» правосудия.

Пятый: по закону пересмотр вынесенных судебных актов на практике должен происходить не при наличии «двух точек зрения по одному вопросу», а лишь в случаях установления кассационными или надзорными судебными инстанциями «обстоятельств существенного и непреодолимого характера». Например, согласно ст. 387 ГПК РФ «Основаниями для отмены или изменения судебных постановлений в кассационном порядке являются **существенные нарушения норм материального права или норм процессуального права** (выделено мною. — *В. Е.*), которые повлияли на исход дела и без устранения которых невозможны восстановление и защита нарушенных прав, свобод и законных интересов, а также защита охраняемых законом публичных интересов» (выделено мною. — *В. Е.*).

Шестой: в специальной литературе и судебных актах многие правовые и неправовые явления традиционно относят к «принципам». Например, О. С. Орехов, полагаю, по меньшей мере спорно, называл «принцип свободы усмотрения государств» внутриотраслевым принципом права международной защиты прав человека»[1]. На мой взгляд, во-первых, понятие «усмотрение» в целом является теоретически дискуссионным. Полагаю, что с позиции теории систем и социального управления более обоснованными представляются понятия «регулирование», «правовое регулирование» и «индивидуальное судебное регулирование». При таком теоретическом подходе принципы права — правовые регуляторы правоотношений[2]. Поэтому

[1] *Орехов О. С.* Доктрина свободы усмотрения государств в практике Европейского Суда по правам человека: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Казань, 2016. С. 6.

[2] См., например: *Ершов В. В.* Право и неправо: Дискуссионные вопросы теории и практики. С. 24–31; *Он же.* Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений как парные категории // Российский судья. 2013. № 4. С. 4–23; *Он же.* Международное и внутригосударственное право и неправо: юридическая природа, классификация и дифференциация // Российское правосудие. 2015. № 9. С. 3–17; *Ершова Е. А.* Правовая природа постановлений Европейского Суда по правам человека: Дисс. ... д-ра юрид. наук. М., 2008. С. 358–378.

выработанное ЕСПЧ понятие «принцип правовой определенности» представляется дискуссионным.

В связи с этим В. Т. Томин убедительно заметил: «...принципов становится слишком много...принципы должны быть принципиальными»[1]. В конечном итоге, по мнению В. Т. Томина, например, отечественному уголовному судопроизводству «...грозит реальная опасность стать (или продолжать оставаться?) беспринципным»[2]. Далее В. Т. Томин сделал попытку «инвентаризации» наименований и понятий — «кандидатов в принципы»[3]. Результатом такой излишней «продуктивности» категория «принцип» стала, на мой взгляд, теоретически еще более неопределенной и размытой, а практически — контрпродуктивной.

К сожалению, ЕСПЧ в своих судебных актах по существу нередко выполняет правотворческие функции, с позиции «судейского активизма» далеко выходя за пределы своей компетенции. Например, Микеле де Сальвиа писал: «...в свете прецедентного права...**суд заполнил пробел** (выделено мною. — *В.Е.*), который, как он сам признавал, существовал до недавнего времени»[4]. Данная точка зрения на протяжении длительного времени разделялась и ЕСПЧ. Так, ЕСПЧ в своих судебных актах неоднократно высказывал, на мой взгляд, следующее дискуссионное мнение с позиции буквального толкования самой Конвенции: «Конвенция не является застывшим правовым актом, она **открыта для толкования** в свете сегодняшнего дня»; «предмет и цель Конвенции как правового акта, обеспечивающего защиту прав человека, **требует, чтобы ее нормы толковались и применялись** таким образом, чтобы сделать ее гарантии эффективными и реальными»[5] (выделено мною. — *В.Е.*). Вместе с тем, согласно устоявшимся выводам общей теории права, известно, что толкование права — это только уяснение для себя и разъяснение для других принципов и норм права, уже имеющихся, например, в Конвенции, а не их развитие, изменение либо дополнение.

---

[1] *Томин В. Т.* Уголовный процесс: актуальные проблемы теории и практики. М., 2009. С. 41.

[2] Там же.

[3] Там же. С. 247.

[4] *Сальвиа М.* В какой мере прецедентная практика Европейского Суда по правам человека оказывает влияние на законодательство и судебную практику государств — членов Совета Европы? // Права человека. 2006. № 5. С. 15–17.

[5] Цит. по: *Туманов В. А.* Европейский Суд по правам человека: очерк организации и деятельности. М., 2001. С. 90, 91.

В связи с этим представляется теоретически спорным также и вывод бывшего председателя ЕСПЧ г-на Риксдаля, сделанный им 1 ноября 1998 г.: «Европейская Конвенция о правах человека **должна толковаться и применяться как живой инструмент, следуя за развитием наших обществ и не обязательно согласно намерениям «отцов-основателей в 1950 году...»**[1] (выделено мною. — *В.Е.*). В то же время, весьма характерна дальнейшая оговорка г-на Риксдаля, думаю, противоречащая сказанному им выше: «...но сразу же добавлю и настаиваю на том, — продолжил он, — что эволютивное толкование, следуя за развитием наших обществ, не должно стать судебным активизом. По моему мнению, судьи призваны тщательно изучать, оценивать, принимать во внимание развитие общества, но они, в особенности международные судьи, не должны действовать в соответствии со своей собственной субъективной оценкой тенденций, которые кажутся им более предпочтительными и которые они одобряют»[2].

При таком, полагаю, теоретически неубедительном подходе ЕСПЧ Пьер-Ив Монжаль справедливо констатировал: «В 2003 г. Суд (ЕСПЧ. — *В.Е.*) заявил, что его постановления имеют ту же силу, что и договор»[3]. Далее Пьер-Ив Монжаль обоснованно подчеркнул: Есть три особых мнения судей в отношении этого способа действий Европейского Суда по правам человека, во многом основанные на практике Международного Суда ООН (Гаага) в этой области, который, **в отличие от Страсбургского суда, располагает законодательной базой...эти выражающие особое мнение судьи утверждают, что Страсбургский суд тем самым «расширил свою компетенцию путем правотворческого, а не судебного действия»**[4] (выделено мною. — *В.Е.*). Данную точку зрения разделяют и отдельные российские научные работники[5].

---

[1] Перевод речи см.: Государство и право. 1999. № 7. С. 57–62;

[2] Там же.

[3] *Монжаль П.И.* Могут ли быть оспорены европейские основные права?// Российское правосудие. 2015. № 5. С. 44.

[4] Там же.

[5] См., например: *Ершов В.В.* Право и неправо: дискуссионные вопросы теории и практики. С. 24–31; *Он же*. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений как парные категории. С. 4–23; *Он же*. Международное и внутригосударственное право и неправо: юридическая природа, классификация и дифференциация. С. 3–17; *Ершова Е.А.* Правовая природа постановлений Европейского суда по правам человека: Дисс. ... д-ра юрид. наук. С. 358–378.

Возвращаясь к вопросу о термине (понятии) «принцип правовой определенности», на мой взгляд, исходя из общенаучных положений, более убедительным представляется термин (понятие) «определенность права», а не «принцип правовой определенности» или «правовая определенность». Например, по мнению Аристотеля, определенность — «самое достоверное из всех начал — то, относительно которого невозможно ошибаться, ибо такое начало должно быть наиболее очевидным...и свободным от всякой предположительности... Начало, которое...не есть предположение; а то, что необходимо... знать,...приступая к рассмотрению... Таким образом, ясно, что именно такое начало есть **наиболее достоверное из всех**...ведь по своей природе оно начало даже для всех других аксиом»[1] (выделено мною. — *В.Е.*).

При таком философском подходе «определенность права» — наиболее достоверная из всех правовых категорий, объективно характеризующая качественное состояние права, позволяющая выделять право из класса иных не однородных социальных явлений, объектов, прежде всего неправа. В то же время, принципы права являются правовыми регуляторами правоотношений. Принципы права — основания всеобщей связи, отражающие объективные закономерности и сущность единой, развивающейся и многоуровневой системы форм национального и (или) международного права, обеспечивающие предсказуемость, ожидаемость и единообразие правотворческих и правореализационных процессов[2].

Удивляет и следующий вывод ЕСПЧ в Постановлении по делу «*Брумареску против Румынии*»: «Одним из основных аспектов верховенства права является принцип правовой определенности, который требует inter alia, чтобы **при окончательном разрешении дела судами их постановления не вызывали сомнения**»[3] (выделено мною. — *В.Е.*). В то же время, как широко известно, например, участники процесса имеют самые различные, прямо противоположные и далеко не всегда правовые интересы, зачастую не основанные на принци-

[1] Аристотель. 1005 b. 11–34.

[2] См. подробнее: *Ершов В.В.* Правовая природа, функции и классификация принципов национального и международного права // Российское правосудие. 2016. № 3. С. 5–36.

[3] Постановление ЕСПЧ от 24.07.2003 «Дело «Рябых (Ryabykh) против Российской Федерации» (жалоба № 52854/99) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2003. № 12.

пах и нормах права, содержащихся в формах национального и (или) международного права. В связи с этим любые постановления судов, как правило, вызывают у них самые многообразные «сомнения». Кроме того, право в целом — сложнейшая правовая категория. Отсюда, учитывая многочисленные субъективные и объективные факторы, не могут не возникать многочисленные «сомнения» также и у множества наднациональных и национальных судебных органов.

25 апреля 2006 г. первая секция ЕСПЧ приняла постановление по делу «*Засурцев против Российской Федерации*», в котором по существу была лишь воспроизведена позиция, ранее выработанная судом: «Европейский Суд, напомнил, что право на судебное разбирательство, гарантированное п. 1 ст. 6 Конвенции, должно толковаться в свете Преамбулы к Конвенции, в которой, в соответствующей ее части, верховенство права признается частью общего наследия Договаривающихся Государств. Одним из основополагающих аспектов верховенства права является принцип правовой определенности, который, среди прочего, требует, чтобы принятое судами окончательное решение не могло быть оспорено...»[1]. 28 мая 2014 г. первая секция ЕСПЧ приняла постановление по делу: «*Кузьмин против Российской Федерации*». В данном судебном акте содержится только «напоминание» о том, что «...отмена в порядке надзора окончательного и имеющего обязательную силу решения может делать право заявителя на суд иллюзорным и нарушать принцип правовой определенности»[2].

Судья Евразийского экономического союза Т. Н. Нешатаева в особом мнении по решению суда от 10 июля 2013 г. по делу № 1–6/1–2013 пришла к выводу о том, что «...принцип правовой определенности (principle of legal certainty) признается общепризнанным принципом международного права, в свете которого Суд ЕврАзЭс должен устанавливать действительное содержание норм права Таможенного союза. Следовательно, данный принцип входит в правовую систему Таможенного союза и должен считаться основополагающим началом функционирования органов Таможенного союза

[1] Постановление ЕСПЧ от 25.04.2006 «Дело «Засурцев (Zasurtsev) против Российской Федерации» (жалоба № 67051/01) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2007. № 3.

[2] Постановление ЕСПЧ от 02.04.2009 «Дело «Кузьмина (Kuzmina) против Российской Федерации» (жалоба № 15242/04) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2010. № 2.

и государств — членов при реализации норм права Таможенного союза. **Принцип правовой определенности включает в себя, но не исключительно, следующее: нормативные акты должны быть опубликованы, должны быть ясными и точными, решения судов должны быть обязательными и исполняться в исключительных случаях, законные интересы и ожидания сторон должны быть защищены»**[1] (выделено мною. — *В.Е.*).

Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении от 5 февраля 2007 г. №2 — П «По делу о проверке конституционности положений ст. ст. 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» также выработал ряд позиций, связанных с «принципом правовой определенности»[2]. С одной стороны, Конституционный Суд Российской Федерации, думаю, теоретически обосновано подчеркнул: федеральный законодатель должен обеспечивать «**определенность в процессуальных отношениях**»[3] (выделено мною. — *В.Е.*). С другой стороны, Конституционный Суд Российской Федерации, во-первых, с позиции научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания, синтезирующей право и неправо, весьма неопределенно и спорно установил: «...федеральный законодатель одновременно должен обеспечить и реализацию прав участвующих в деле лиц **на основе баланса между правом на справедливое судебное разбирательство**, предполагающим возможность исправления посредством надзорного производства существенных нарушений, повлиявших на исход дела,...и принципом правовой определенности»[4].

Необходимо подчеркнуть: справедливость и право — различные и неоднородные социальные регуляторы правоотношений. Во-вторых, в данном Постановлении Конституционный Суд Российской

[1] Решение Суда Евразийского экономического сообщества от 10.07.2013 по делу №1–6/1–2013 «О применении статей 5, 6, 8 Соглашения о таможенно-тарифном регулировании от 25.01.2008, положений пп. 7.1.11 и 7.4 пункта 7 Решения Комиссии Таможенного союза от 27.11.2009 №130, пунктов 1 и 3 Решения комиссии Таможенного союза от 15.07.2011 №728» (Вместе с «Особым мнением по решению о преюдициальном запросе...» судьи Т.Н. Нешатаевой). URL: http://sudevrazes.org, 10.07.2013.

[2] Российская газета. 2007. 14 февраля. №31.

[3] Там же.

[4] Там же.

Федерации также лишь процитировал ранее названное Постановление ЕСПЧ: «Как неоднократно указывал Европейский Суд по правам человека...принцип res judicata предполагает, что ни одна из сторон не может требовать пересмотра окончательного и вступившего в законную силу постановления только в целях проведения повторного слушания и получения нового постановления; одна лишь возможность наличия двух точек зрения по одному и тому же вопросу не может являться основанием для пересмотра... Иной подход приводил бы к несоразмерному ограничению принципа правовой определенности».

Как известно, «принцип правовой определенности» выработан ЕСПЧ на основе п. 1 ст. 6 Европейской Конвенции, в соответствии с которым «Каждый...имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела...судом». В связи с этим позиция Конституционного Суда Российской Федерации о «балансе» между «правом на справедливое судебное разбирательство» и «принципом правовой определенности» представляется теоретически недостаточно убедительной с учётом понимания ЕСПЧ «принципа правовой определенности». Кроме того, принцип res judicata предполагает, что ни одна из сторон не может требовать пересмотра «окончательного» и вступившего в силу постановления только в целях «повторного» слушания и получения «нового постановления». Вместе с тем, во-первых, остается открытым вопрос о том, что такое «окончательное» постановление при наличии нередко целого ряда правовых оснований для оспаривания судебного акта, вступившего в законную силу? Во-вторых, убежден: цель сторон — не собственно «повторное» слушание, а получение иного судебного акта, основанного на достоверных и объективных доказательствах.

В Определении Конституционного Суда Российской Федерации от 12 апреля 2005 г. № 113-О «По жалобе гражданина Маслова Александра Ивановича на нарушение его конституционных прав ч. 1, 2 и 3 статьи 30.11 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» лишь воспроизводится позиция ЕСПЧ. Так, Конституционный Суд Российской Федерации, в частности, писал: «Приведенные правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации **корреспондируют** правовым позициям Европейского Суда по правам человека. Как указал Суд, принцип правовой определенности (res judicata) означает, что ни одна из сторон не может

требовать пересмотра окончательного и вступившего в законную силу постановления только в целях проведения повторного слушания и получения нового постановления; полномочие вышестоящего суда по пересмотру дела должно осуществляться в целях исправления судебных ошибок, неправильного отправления правосудия, а не пересмотра по существу; пересмотр не может считаться скрытой формой обжалования; одно лишь возможное наличие двух точек зрения по одному вопросу не может являться основанием для пересмотра; отступления от этого принципа оправданы, только тогда являются обязательными в силу обстоятельств существенного и непреодолимого характера...» (выделено мною. — *В.Е.*).

В утратившем силу Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 12 февраля 2008 г. № 2 «О применении норм гражданского процессуального законодательства в суде надзорной инстанции в связи с принятием и введением в действие Федерального закона от 4 декабря 2007 г. № 330-ФЗ «О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации», с одной стороны, также по существу лишь воспроизводилась позиция ЕСПЧ: «Принцип правовой определенности предполагает, что суд не вправе пересматривать вступившее в законную силу постановление только в целях проведения повторного слушания и получения нового судебного постановления. Иная точка зрения суда надзорной инстанции на то, как должно быть разрешено дело, не может являться поводом для отмены или изменения судебного постановления нижестоящего суда». С другой стороны, в действующем Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 11 декабря 2012 г. № 29 «О применении судами норм гражданского процессуального законодательства, регулирующих производство в суде кассационной инстанции» вообще не содержится толкование «принципа правовой определенности».

Практически воспроизводится позиция ЕСПЧ и в определении Верховного Суда Российской Федерации от 31 мая 2013 г. № 20-КГ 13–9: «Правовая определенность предполагает уважение принципа недопустимости повторного рассмотрения однажды решенного дела, который закрепляет, что ни одна из сторон не может требовать пересмотра окончательного и вступившего в законную силу решения только в целях проведения повторного слушания и принятия нового решения. Полномочие вышестоящего суда по пересмотру

дела должно осуществляться в целях исправления судебных ошибок, неправильного отправления правосудия, а не пересмотра по существу. Пересмотр не может считаться скрытой формой обжалования, в то время как лишь возможное наличие двух точек зрения по одному вопросу не может являться основанием для пересмотра. Отступления от этого принципа оправданы только когда являются обязательными в силу обстоятельств существенного и непреодолимого характера»[1].

В то же время, в Постановлении Верховного Суда Российской Федерации от 17 декабря 2012 г. № 85-АД12–4 теоретически более обосновано установлено: «Требования правовой определенности и стабильности не являются абсолютными и не препятствуют возобновлению производства по делу в связи с появлением новых и вновь открывшихся обстоятельств или при обнаружении существенных нарушений, которые были допущены на предыдущих стадиях процесса, если это привело к неправильному разрешению дела»[2]. Более того, в Определении Верховного Суда Российской Федерации от 25 мая 2012 г. № 49-В12–9 выработана аргументированная позиция: «Положения статьи 6 (части 2), статьи 15 (части 4), статьи 17 (части 1), статей 18, 19 и статьи 55 (части 1) Конституции Российской Федерации предполагают правовую определенность и связанную с ней предсказуемость законодательной политики в сфере пенсионного обеспечения, необходимые для того, чтобы участники соответствующих правоотношений могли в разумных пределах предвидеть последствия своего поведения и быть уверенным в том, что приобретенное ими на основе действующего законодательства право будет уважаться властями и будет реализовано»[3].

Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в постановлении от 25 декабря 2013 г. № 99 «О процессуальных сроках», как и многие, лишь упомянул о «принципе правовой определенности»: «в целях реализации принципа правовой определенности и эффективного рассмотрения дела в разумный срок вопрос о необходимости обращения к председателю суда с мотивированным заявлением о продлении срока рассмотрения дела в порядке, предусмотренном ч. 2 ст. 152 АПК РФ, рекомендуется разрешать на стадии

[1] Текст определения официально опубликован не был.
[2] Текст постановления официально опубликован не был.
[3] Текст постановления официально опубликован не был.

подготовки дела к судебному разбирательству»[1]. Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в Постановлении от 1 февраля 2011 г. № 9713/10 также только сослался на «принцип правовой определенности»[2].

Вместе с тем вслед за Конституционным Судом Российской Федерации Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в Постановлении от 11 декабря 2012 г. № 9604/12, во-первых, спорно записал: «Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации, вводя сроки подачи жалоб, установил тем самым **баланс между принципом правовой определенности, обеспечивающим стабильность правоотношений в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, с одной стороны, и правом на справедливое судебное разбирательство,** предполагающим возможность исправления судебных ошибок, с другой»[3] (выделено мною. — *В.Е.*). Во-вторых, Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в Постановлении от 22 апреля 2014 г. № 12278/13 без необходимых аргументов и пояснений установил: «С целью учета таких ценностей, как правовая определенность и стабильность судебного акта, также являющихся проявлением права на судебную защиту...и обеспечения справедливого баланса между интересами всех заинтересованных лиц...»[4].

Президиумы судов субъектов Российской Федерации традиционно ограничиваются лишь упоминанием понятия «принципа правовой определенности». Например, Президиум Верховного Суда Республики Бурятия в Постановлении от 6 июня 2014 г. записал: «Президиум отмечает, что отмена или изменение в кассационном порядке вступившего в законную силу судебного постановления может привести к нарушению **принципа правовой определенности,** который требует, чтобы принятое судами окончательное решение не могло быть оспорено без достаточных оснований»[5] (выделено мною. — *В.Е.*).

К сожалению, в постановлениях президиумов судов субъектов Российской Федерации встречаются и, думаю, дискуссионные позиции, связанные с «принципом правовой определенности». Например, Президиум Верховного суда Республики Татарстан пришел

---

[1] Вестник высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2014. № 3.
[2] Вестник высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2011. № 5.
[3] Вестник высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2013. № 5.
[4] Текст постановления официально опубликован не был.
[5] Текст постановления официально опубликован не был.

к следующему, полагаю, спорному выводу: «...обжалование судебных постановлений в кассационном порядке является особой формой оспаривания судебных постановлений, при которой, **исходя из принципа правовой определенности не допускается проверка правильности выводов судов первой и второй институции об установленных ими обстоятельствах дела, не допускается иная оценка доказательств... Основанием для пересмотра судебных постановлений, вступивших в законную силу, являются исключительно нарушения судом норм материального или процессуального права»**[1]. При таком подходе, во-первых, остается открытый вопрос о том, как должны поступать кассационные или надзорные судебные инстанции, установившие нарушения принципов либо норм материального или процессуального права в результате проверки выводов судов первой и (или) второй инстанций об установленных ими обстоятельствах дела? Во-вторых, на мой взгляд, определенность права, а не **«принцип правовой определенности»,** характеризует только право, а не обстоятельства дела.

В последнее время «принцип правовой определенности» весьма активно анализируется и в специальной литературе. Так, Р. Масаладжиу в 2009 г. пришел к следующему не бесспорному выводу: «Принцип правовой определенности в общем виде заключается в ясности и четкости действующих правовых норм, устойчивости законных и обоснованных судебных актов, а также стабильности складывающихся на их основе правоотношений, чтобы заинтересованные лица с разумной степенью вероятности могли предвидеть последствия применения к ним судом действующих правовых предписаний и в соответствии с этим предвидеть последствия выбора того или иного варианта своего поведения»[2].

К сожалению, автор, во-первых, с позиции юридического позитивизма ограничился только «правовыми нормами» и «законностью» судебных актов. Во-вторых, теоретически спорно к «принципу правовой определенности» отнес «последствия применения судом действующих правовых предписаний», а также и «последствия выбора того или иного варианта поведения». На мой взгляд, «определенность

[1] Текст постановления официально опубликован не был.

[2] *Масаладжиу Р.* Принцип правовой определенности в науке, практике ЕСПЧ и его влияние на доступность правосудия на стадии надзорного производства в гражданском и арбитражном процессах // Арбитражный и гражданский процесс. 2009. № 8. С. 10–13.

права», а не «принцип правовой определенности» — характеристика только права, а не других социальных явлений.

Е. А. Борисова в своей статье, опубликованной в 2010 г., ограничилась лишь выводами ЕСПЧ: «Одним из основополагающих аспектов верховенства права является принцип правовой определенности, который среди прочего требует, чтобы принятое судами окончательное решение не могло быть оспорено... Правовая определенность, согласно позиции Европейского Суда, предполагает уважение принципа res judicata (принцип недопустимости повторного рассмотрения однажды решенного дела). В соответствии с ним, ни одна из сторон не может требовать пересмотра окончательного и вступившего в законную силу постановления только в целях проведения повторного слушания и получения нового постановления. Полномочие вышестоящего суда по пересмотру дела должно осуществляться в целях исправления судебных ошибок, неправильного отправления правосудия, а не пересмотра по существу. Пересмотр не может считаться скрытой формой обжалования, а возможное наличие двух точек зрения по одному вопросу само по себе не является основанием для пересмотра. Отступления от этого принципа оправданы, только когда являются обязательными в силу обстоятельств существенного и непреодолимого характера...»[1].

А. Р. Султанов в своей статье, опубликованной в 2011 г., сделал акцент на проблемах соблюдения прав и свобод человека по делам из публичных отношений с учетом «принципа правовой определенности». В этой связи А. Р. Султанов заметил: «ЕСПЧ в Постановлении от 25 июля 2002 г. по делу «*Совтрансавто Холдинг» против Украины*» (п. 77) обратил внимание на то, что: «...юридические системы, характеризуемые...риском отмены вступивших в силу решений судов неоднократно..., как таковые **несовместимы с принципом правовой определенности,** который является одним из фундаментальных аспектов верховенства права по смыслу ст. 6 Конвенции». Эта правовая позиция была воспроизведена ЕСПЧ и в Постановлениях по жалобам против России»[2] (выделено мною. — *В. Е.*). Хотелось бы только

[1] *Борисова Е. А.* Правовая определенность и право на справедливое судебное разбирательство // Законодательство. 2010. № 8.

[2] *Султанов А. Р.* Правовая определенность и уважение судебного решения, вступившего в законную силу по делам об оспаривании действий государственных органов // Законодательство и экономика. 2011. № 8.

уточнить: на мой взгляд, многоступенчатая система надзорных инстанций несовместима не с «принципом правовой определенности», а с определенностью процессуального права, в том числе процессуального права, устанавливающего судопроизводство в России.

В то же время, с позиции не «принципа правовой определенности», а правовой категории «определенность права» представляется дискуссионным, во-первых, отнесение к «определенности права» «качества и эффективности правоприменительной деятельности». Во-вторых, отнесение определенности права в качестве критерия «при принятии решения о признании их утратившими силу...». В-третьих, как требование к судебному решению «в двух его аспектах»: «как требование к самому судебному решению, т. е. его содержательной стороне»; «и как требование в смысле устойчивости окончательного судебного решения в целом». Такой подход основан на научно дискуссионной концепции интегративного правопонимании, синтезировании права и неправа, в том числе национальных правовых актов и судебных решений — онтологически разнородных социальных регуляторов правоотношений. В то же время, определенность права с позиции научно обоснованной концепции интегративного (интегрального) правопонимания основывается на синтезировании только принципов и норм права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве, — однородных правовых регуляторов правоотношений.

В. И. Анишина и Т. Н. Назаренко в 2013 г. в самом общем виде пришли к справедливому выводу: «В своем основном значении принцип правовой определенности, прежде всего, предполагает стабильность правового регулирования и существующих правоотношений»[1]. Вместе с тем, в дальнейшем названные авторы, противореча сами себе, дискуссионно продолжили: «...принцип правовой определенности может проявляться, прежде всего, в том, что судебное решение судов первой и второй инстанций должно иметь известную «устойчивость» и может быть пересмотрено в исключительных и редких случаях, не содержащих субъективного элемента и основанных на строго определенных правилах (законах) ... **одним из содер-**

[1] *Анишина В.И., Назаренко Т.Н.* Реализация принципа правовой определенности в российской судебной системе // Наука и образование: хозяйство и экономика; предпринимательство; право и управление. 2013. № 2. С. 40–47.

жательных аспектов принципа правовой определенности является единство правоприменения[1] (выделено мною. — *В.Е.*). В поддержку своего мнения В.И. Анишина и Т.Н. Назаренко привели слова Л. Вильдхабера: «именно через единство правоприменения достигается выполнение международного и конституционного принципов равенства всех перед законом и судом, равного права каждого перед законом и судом, равного права каждого на судебную защиту и **только таким путем создается правовая определенность** (выделено мною. — *В.Е.*). Господство права и эффективность защиты прав всех участников экономических отношений не будут гарантированы в условиях различного понимания и применения правовых норм судами»[2]. Думаю, данная точка зрения также выработана на основе научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания, синтезирования права и неправа, например, Европейской Конвенции о правах человека и судебных решений — онтологически разнородные социальные регуляторы правоотношений.

Н.Н. Ковтун и Д.М. Шунаев в 2014 г., анализируя «принцип правовой определенности» и res judicata, написали: «...принцип правовой определенности по содержанию не тождественен res judicata, при этом сам по себе являясь лишь одним из аспектов идеи верховенства права. В контексте того, что res judicata является одним из элементов принципа правовой определенности, выстраивается четкая иерархия правовых принципов: верховенство права — правовая определенность — res judicata. Последний же принцип, будучи определен Европейским Судом по правам человека как принцип недопустимости повторного рассмотрения однажды решенного дела, может быть, по сути назван **принципом правовой определенности окончательных актов суда»**[3] (выделено мною. — *В.Е.*).

Вместе с тем, такой вывод представляется теоретически дискуссионным. Во-первых, верховенство права является не правовым принципом, а спорной концепцией права. Во-вторых, «правовая определенность» — не правовой принцип, а дискуссионная правовая категория. Теоретически точнее такую правовую категорию называть

---

[1] Там же.

[2] *Вильдхабер Л.* Прецедент в Европейском Суде по правам человека // Государство и право. 2001. № 12. С. 5–12.

[3] *Ковтун Н.Н., Шунаев Д.М.* Правовая определенность и res judicata в решениях Европейского Суда по правам человека // Российский судья. 2014. № 9.

«определенность права». В-третьих, res judicata не является правовым принципом, а указывает на определенную устойчивость (стабильность) судебных актов, характеризующихся недопустимостью пересмотра судебных актов, вступивших в законную силу, в отсутствие исключительных (экстраординарных) на то оснований, связанных с существенными и непреодолимыми обстоятельствами, например, необходимостью исправления фундаментальных ошибок, либо появлением вновь открывшихся обстоятельств по делу.

По мнению С. Б. Полякова и А. И. Сидоренко, выработанному ими в 2014 г., «**принцип правовой определенности** рассматривается Европейским судом именно как **предсказуемость права и защита от судебного произвола»** (выделено мною. — *В. Е.*). Несмотря на то, что в основном его действие связывается с недопустимостью пересмотра в порядке надзора вступивших в законную силу решений в целом правовую определенность по его решениям можно представить, как, во-первых, ясность правовых норм, во-вторых, ясность порядка применения правовых норм и, в-третьих, уверенность в окончательности результата правоприменительной деятельности»[1].

Такое толкование «принципа правовой определенности» ЕСПЧ является теоретически недостаточно убедительным. Во-первых, С. Б. Поляков и А. И. Сидоренко «принцип правовой определенности» связывали только с «ясностью правовых норм». В то же время первичными правовыми регуляторами правоотношений являются принципы национального и (или) международного права. Во-вторых, «ясность порядка применения правовых норм» с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, на мой взгляд, не характеризует собственно определенность права. В- третьих, полагаю, такой же вывод возможно сделать и в отношении «уверенности в окончательности результата правоприменительной деятельности».

В 2014 г. М. В. Пресняков с позиции научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания, синтезирования права и неправа, теоретически спорно и весьма неопределенно выделил формальную сторону правовой определенности и ее материальный или фактический аспект. В частности, он писал: «Под формальной стороной правовой определенности...следует понимать определенность

[1] *Поляков С. Б., Сидоренко А. И.* Значение принципа правовой определенности в постановлениях Европейского Суда по правам человека // Адвокат. 2014. № 7.

формы выражения правовых предписаний. Формальный аспект правовой определенности относится непосредственно к законам и иным нормативно-правовым актам...и обозначает внешний аспект такой определенности. Материальный, или фактический, аспект правовой определенности предполагает определенность действительного положения лица, например, точность и стабильность приобретаемых на основе закона субъективных прав и обязанностей»[1].

В то же время весьма характерно, что далее в той же статье сам М. В. Пресняков более обоснованно заметил: «Правовая определенность» представляет собою весьма **эклектичное понятие, объединяющее самые различные требования к качеству закона и правоприменительной практике,** например: в одном ряду здесь находится обязанность официального опубликования закона и недопустимость произвольного пересмотра вступивших в законную силу судебных актов»[2] (выделено мною. — *В. Е.*). Подтверждение убедительного вывода М. В. Преснякова об эклектичности понятия «принцип правовой определенности» в специальной литературе встречается постоянно. Например, В. Ю. Кулакова считала: «Содержание «принципа правовой определенности»...раскрывается в различных аспектах как определенность права, определенность судебной практики и определенность судебного решения»[3].

В 2016 г. Т. Н. Назаренко подготовила статью на тему: «Принцип «правовой определенности» и его применение судами общей юрисдикции Российской Федерации», в которой справедливо констатировала: «В настоящее время принято употреблять наименование данного принципа в сокращенном виде res judicata, что в переводе с латинского языка дословно означает «решенное дело»... Вместе с тем содержание данного принципа, первоначально, достаточно узкое, со времени применения и толкования его Европейским Судом значительно расширилось»[4]. В то же время далее Т. Н. Назаренко пришла к традиционному выводу: «Международный принцип

[1] *Пресняков М. В.* Правовая определенность и принцип разумной сдержанности законодателя: проблема формальной и материальной правовой определенности // Конституционное и муниципальное право. 2014. № 4.

[2] *Пресняков М. В.* Указ. соч.

[3] *Кулакова В. Ю.* Правовая определенность судебного решения в свете реализации права на судебную защиту в суде кассационной инстанции.

[4] *Назаренко Т. Н.* Принцип «правовой определенности» и его применение судами общей юрисдикции Российской Федерации // URL: http://usd.sml.sudrf.ru/modules.php?name=press_dep&op=4&did=9.

правовой определенности может проявляться, прежде всего, в том, что судебное решение судов первой и второй инстанций должно иметь известную «устойчивость» и может быть пересмотрено в исключительных и редких случаях, не содержащих субъективного элемента и основанных на строго определенных правилах (законах) ... Один из содержательных аспектов принципа правовой определенности является единство правоприменения»[1].

В 2015 г. И. С. Дикарев выпустил монографию на тему: «Принцип правовой определенности и законная сила судебного решения в уголовном процессе». По мнению И. С. Дикарева, «ключевой элемент принципа правовой определенности в сфере процессуального права — обеспечение стабильности правоприменительных решений...»[2]. В то же время в дальнейшем И. С. Дикарев уточнил свою позицию: «**Содержание принципа правовой определенности образует система элементов** (выделено мною. — *В. Е.*), которые в обобщенном виде могут быть представлены следующим образом: 1) стабильность правового регулирования; 2) осведомленность гражданина относительно действующих законов и подзаконных нормативных актов, а также правоприменительных решений, затрагивающих его права и законные интересы; 3) ясность, недвусмысленность и согласованность правовых норм, правоприменительных решений; 4) единообразное применение закона (в том числе единство судебной практики); 5) стабильность правоприменительных решений; 6) исполнимость судебных решений»[3].

Как представляется, сформулированная И. С. Дикаревым точка зрения выработана с позиции научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания, синтезирования права и неправа — с одной стороны, «правовые нормы» и «законы»; с другой стороны, — «осведомленность гражданина относительно действующих законов и подзаконных нормативных актов», «правоприменительные решения», «единообразное применение закона, в том числе единство судебной практики», «стабильность правоприменительных решений» и «исполнимость судебных решений».

Теоретически более обоснованной является позиция Т. Н. Назаренко: «Если говорить о правовой системе в общетеоретическом

[1] Там же.

[2] *Дикарев И. С.* Принцип правовой определенности и законная сила судебного решения в уголовном процессе. Волгоград, 2015. С. 5.

[3] Там же.

аспекте, — писала она, — то, несомненно, **на современном этапе возрастает роль такого свойства права, как его определенность (формальная определенность)»**[1] (выделено мною. — *В.Е.*). Однако далее Т. Н. Назаренко, к сожалению, раскрыла правовую категорию «определенность права» одновременно с позиций юридического позитивизма, а также научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания. Под определенностью права, — считала она, — «...понимаются точное, полное и последовательное закрепление и реализация в праве нормативной воли, выражающееся: в формальной определенности содержания норм права (только норм права, а не принципов и норм права — *В.Е.*); в способах их формулирования и формах закрепления; в нормативных правовых актах; в определенности реализации права»[2]. Следовательно, Т. Н. Назаренко под определенностью права дискуссионно понимала, как право только в форме «национальных правовых актов», содержащих лишь нормы права, так и реализацию норм права.

Вместе с тем, известный дореволюционный ученый И. А. Покровский, рассматривавший определенность права только с позиции юридического позитивизма, пришел к выводу: «Одно из первых и самых существенных требований, которые предъявляются к праву развивающейся человеческой личностью, является **требование определенности правовых норм.** Если каждый человек должен приспосабливать свое поведение к его требованиям, то очевидно, что **первым условием упорядоченной общественной жизни выступает определенность этих требований»**[3] (выделено мною. — *В.Е.*).

Однако Т. Н. Назаренко высказывала другую и весьма спорную точку зрения: **«Свойство определенности реализуется в принципе «правовой определенности»,** являющемся важнейшим международным и конституционным принципом, который наряду с принципами **верховенства закона, равенства лиц перед законом и судом выступает как общеправовой принцип организации и осуществления судебной власти, тогда как «правовая неопределенность», напротив, рассматривается как возможность неограниченного усмотрения в процессе правоприменения, ведущая к произволу, а значит, к нарушению принципов равенства и верховенства закона»**[4] (выделено мною. — *В.Е.*).

---

[1] *Назаренко Т.Н.* Указ. соч.
[2] Там же.
[3] *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 89.
[4] *Назаренко Т.Н.* Указ. соч.

На мой взгляд, Т. Н. Назаренко пришла к целому ряду теоретически неубедительных выводов. Во-первых, о том, что определенность права «реализуется в принципе правовой определенности». Определенность права, по-моему, обеспечивается (достигается) посредством реализации различных правовых категорий, в том числе конкретизации основополагающих (общих) и специальных принципов национального и (или) международного права правотворческими органами. Во-вторых, с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания теоретически несостоятельным представляется и «принцип верховенства закона». В-третьих, в случае применения понятия «определенность права» считаю теоретически спорным использование понятия «правовая неопределенность». Думаю, теоретически обоснованным являются две парные правовые категории — «определенность права» и «неопределенность права», а не «правовая неопределенность»[1]. В-четвертых, как представляется, является дискуссионным применение понятия «усмотрение» вместо правовой категории «индивидуальное регулирование правоотношений».

Противоречивым по сравнению с первоначальным собственным выводом представляется и итоговое заключение Т. Н. Назаренко: «Международный принципы правовой определенности может проявляться, прежде всего в том, что **судебное решение судов первой и второй инстанций должно иметь известную «устойчивость» и может быть пересмотрено в исключительных и редких случаях... основанных на строго определенных правилах (законах)»**[2] (выделено мною. — *В. Е.*).

А. Р. Султанов, с одной стороны, теоретически убедительно написал: «Доктрина «ничтожность вследствие неопределенности» (void for vagueness) является элементом надлежащей правовой процедуры»[3]. Вместе с тем, далее А. Р. Султанов продолжил с позиции юридического позитивизма: «Согласно этой доктрине, неопределенность нормативного акта, когда он изложен нечетким, недостаточно понятным языком, влечет его ничтожность как нарушающего требование

---

[1] См., например: *Власенко Н. А.* Проблемы правовой неопределенности: Курс лекций. М., 2015.

[2] *Назаренко Т. Н.* Указ. соч.

[3] *Султанов А. Р.* Правовая определенность — часть должной правовой процедуры, или Как в закон об экстремизме правовую определенность вводили // Адвокат. 2015. № 1. С. 5–17.

о «надлежащей правовой процедуре» (due process clause). В отсутствие закона, в котором были бы ясно и недвусмысленно сформулированы требования, понятные простому гражданину, на основании которых можно было бы предвидеть последствия совершения или не совершения действий, данная доктрина полагает, что отсутствует надлежащая правовая процедура»[1].

Однако, во-первых, «ничтожность вследствие неопределенности» (void for vagueness) как доктрина в мире в целом, в том числе и в России, в частности, еще не сложилась. В настоящее время считаю возможным ограничиться выводом о необходимости выработки концепции «ничтожность права вследствие его неопределенности». Во-вторых, А. Р. Султанов, к сожалению, ограничил право только «нормативными актами», «законом». В-третьих, связал «неопределенность нормативных актов» лишь с необходимостью излагать «законы» «ясно и недвусмысленно». В-четвертых, изучая правовую определенность, ограничился только анализом «надлежащей правовой процедуры». В подтверждение своей позиции А. Р. Султанов сослался на Постановления ЕСПЧ по делам «Рябых против Российской Федерации» (от 24 июля 2003 г.) и «Волкова против Российской Федерации» (от 5 апреля 2005 г.), «послужившие основанием для принятия Промежуточной резолюции Комитета министров Совета Европы от 8 февраля 2006 г. RESDH (2006) относительно нарушения принципа правовой определенности в результате пересмотра судебных решений в порядке надзора в ходе судебных разбирательств по гражданским делам в Российской Федерации»[2].

Вместе с тем далее сам А. Р. Султанов пришел теоретически к более убедительному заключению: **«...res judicata — лишь одна из граней принципа правовой определенности** (выделено мною. — *В. Е.*), который требует такого правового регулирования, которое обеспечивало бы участникам соответствующих отношений возможности в разумных пределах предвидеть последствия своего поведения и быть уверенными в неизменности своего официально признанного статуса, приобретенных прав и обязанностей... **Принцип правовой определенности предполагает стабильность правового регулирования и существующих**

[1] Там же.
[2] Там же.

правоотношений... Требование определенности вытекает из самой природы правовой нормы как равного масштаба, равной меры свободы для всех субъектов»[1] (выделено мною. — *В.Е.*).

А. А. Плашевская в свою очередь с позиций юридического позитивизма, а также научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания, синтезирования права и неправа, констатировала: «Правовая определенность должна выступать в качестве критерия не только при «создании» новой нормы или целого нормативного акта, но и при принятии решения о признании их утратившими силу, а также при внесении в них изменений, которые не должны нарушать системообразующих связей внутри действующего правового пространства. Во-вторых, и как требование к судебному решению как к итогу правоприменительной деятельности. В этом случае **Европейский Суд по правам человека рассматривает требование правовой определенности в двух аспектах: как требование к самому судебному решению (его ясности, непротиворечивости, мотивированности), т. е. к его содержательной стороне; и как требование в смысле устойчивости судебного решения в целом, призванного быть стабильным регулятором общественных отношений»**[2] (выделено мною. — *В.Е.*).

К сожалению, в специальной отраслевой литературе, как правило, исследуется «принцип правовой определенности» и его влияние на судебные акты. Например, в заседании «круглого стола» на тему: «Правовая определенность: теоретические и практические проблемы в процессе судебного правоприменения при производстве по уголовным делам», проведенном в Российском государственном университете правосудия 24 марта 2016 года, были заслушаны следующие доклады: «Правовая определенность и определенность судебных решений: соотношение понятий», «Правовая определенность и основания пересмотра судебных решений в кассационном порядке», «Влияние принципа правовой определенности на процессуальную форму пересмотра вступивших в законную силу судебных актов».

---

[1] Там же.

[2] *Плашевская А.А.* Понимание категории «правовая определенность» применительно к уголовному судопроизводству в решениях Европейского Суда по правам человека и Конституционного Суда Российской Федерации // Сб. ст. по материалам Всеросс. научн.-практич. конференции (22 марта 2013 г.); сост. К. Б. Калиновский, Т. В. Соколов. М., 2013.

Вместе с тем, П. И. Визир и А. Д. Урсул еще в XX в. убедительно подчеркивали: «Идеи определенности и неопределенности почти не имели «входа» в частные науки, да и в философии и математике они разрабатывались главным образом «попутно», в процессе решения других проблем, казавшихся более важными. От решения проблемы «определенности — неопределенности», как правило, не зависело решение других проблем, казавшихся главными...»[1]. Однако исследование парных категорий «определенность права» — «неопределенность права» — одно из фундаментальных и стратегических направлений глубинного анализа национального и международного права[2]. Существенным признаком определенности права выступает его относительная устойчивость. В специальной литературе «юридическим инструментарием» преодоления неопределенности права с позиции научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания, синтезирования права и неправа, традиционно называют разумность, справедливость, правовой обычай, дефиниции, юридические конструкции, презумпции и фикции[3].

На мой взгляд, с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, во-первых, «разумность и справедливость» не являются правовыми регуляторами правоотношений, т. е. относятся к неправу. Во-вторых, наоборот, «правовой обычай» (полагаю, точнее — обычай права) — одна из форм как национального, так и международного права. Существующие обычаи национального и международного права способствуют развитию права от меньшей степени определённости к большей степени его определенности. В-третьих, дефиниции права, по-моему, позволяют не развивать право, а его толковать и глубже понимать. В-четвертых, юридические конструкции представляют собой модели правоотношений или их отдельных элементов[4], а не собственно право.

---

[1] *Визир П. И., Урсул А. Д.* Диалектика определенности и неопределенности. Кишинев, 1976. С. 63, 64.

[2] См. также: *Власенко Н. А.* Полагаем, что правовая определенность и неопределенность могут рассматриваться как парные категории теории права // Журнал российского права. 2013. № 2; *Он же.* Избранное. М., 2015. С. 591; *Назаренко Т. Н.* Неопределенность в российском праве: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2006.

[3] См., например: *Власенко Н. А.* Проблемы правовой неопределенности: Курс лекций. С. 77–110.

[4] См., например: *Черданцев А. Ф.* Логико-языковые феномены в юриспруденции. М., 2012. С. 228.

В-пятых, презумпции в специальной литературе традиционно понимаются как неоднократные и устойчивые связи между фактами[1], а не собственно правовые категории, обеспечивающие движение от неопределенности к большей определенности права. Наконец, в-шестых, как заметил сам Н. А. Власенко, — «в основе фикций есть ложное или недостаточно подтвержденное **фактическое обстоятельство**»[2] (выделено мною. — *В.Е.*), а не принципы или нормы права, содержащиеся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемые в России.

С моей точки зрения, объективно невозможно добиваться непрерывного движения от меньшей степени определённости права к большей степени его определенности с позиции юридического позитивизма посредством выработки и применения только норм права, содержащихся лишь в «законодательстве». В результате такого нормотворчества в праве всегда будут иметься пробелы и коллизии.

Еще дальше от определенности права, думаю, мир будет находиться с позиции научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания, синтезирования права и неправа, на основе которой право постоянно и непрерывно «размывается» неправом. Вследствие этого право от меньшей степени определённости будет контрразвиваться в направлении к еще большей степени неопределенности.

В соответствии с проанализированными теоретическими, правовыми и практическими аргументами, думаю, возможно сделать следующие итоговые выводы.

Первый: как представляется, лишь с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания право действительно будет непрерывно развиваться от меньшей степени определённости к большей степени его определенности. Так, действительно существующие коллизии между принципами и нормами права могут преодолеваться, например, судами посредством применения принципов и норм права, имеющих большую юридическую силу. При отсутствии норм права в «законодательстве», в частности, суды могут применять принципы права — самостоятельные правовые

[1] *Власенко Н.А.* Указ. соч. С. 107.
[2] Там же. С. 109.

регуляторы правоотношений[1]. Пробел в праве в этих случаях является мнимым. С целью объективного развития действующего права, его непрерывного движения от меньшей степени определённости к его большей степени определённости управомоченные правотворческие органы и лица прежде всего должны вырабатывать специальные принципы и нормы права не произвольно, а в порядке конкретизации, во-первых, основополагающих (общих) принципов национального и (или) международного права (jus cogens); во-вторых, — специальных принципов права, содержащихся в других формах права и имеющих более высокую юридическую силу[2].

Второй: основополагающие (общие) и специальные принципы права, на мой взгляд, — это основания его всеобщей связи, отражающие объективные закономерности и сущность единой, развивающейся и многоуровневой системы форм национального и (или) международного права, обеспечивающие предсказуемость, стабильность, ожидаемость и единообразие правотворческих и правореализационных процессов; объективно существующие правовые регуляторы правоотношений.

Третий: теоретически обосновано, а практически необходимо введение в научный оборот, российское и международное право, национальные и иные документы правовой категории (термина, понятия...) «определенность права» как категории, «наиболее достоверной из всех», объективно характеризующей качественное состояние права, а не других социальных явлений, в том числе позволяющей разграничивать право и неправо.

Четвертый: определенность права с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, в частности, достигается в результате выработки (установления и т. д.) управомоченными правотворческими органами и лицами прежде всего принципов и норм права, в частности, в процессе конкретизации основополагающих (общих) и специальных принципов национального и (или) международного права, а не произвольно.

Пятый: право ничтожно вследствие его неопределенности (void for vagueness); объективная необходимость непрерывного движения

[1] Подробнее см.: *Ершов В. В.* Правовая природа, функции и классификация принципов национального и международного права // Российское правосудие. 2016. № 3. С. 5–36.

[2] См.: *Ершов В. В.* Конкретизация права // Российское правосудие. 2014. № 7. С. 5–16.

от меньшей степени определенности права к большей степени его определенности обусловлена природой права как равного масштаба, равной меры свободы в пределах несвободы субъектов правоотношений, установленной принципами и нормами права.

Шестой: анализируя определенность права с общефилософских позиций, необходимо подчеркнуть: развитие права характеризуется непрерывным движением от его меньшей степени определённости к большей степени определенности права; в этой связи «неопределенность права» и «определенность права» — объективно неизбежные парные категории, а их существенными признаками являются относительная неустойчивость и относительная устойчивость.

Седьмой: с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания представляется теоретически обоснованным, в частности, выделение различных самостоятельных правовых категорий определенности: 1) определенность права; 2) определенность и стабильность результатов правореализационных процессов (в том числе судебных актов).

Восьмой: при таком теоретическом подходе res judicata является не «принципом правовой определенности» и не «определённостью права», а самостоятельной правовой категорией определённости, характеризующейся недопустимостью пересмотра судебных актов, вступивших в законную силу в отсутствие исключительных (экстраординарных) на то оснований, связанных с существенными и непреодолимыми обстоятельствами.

Девятый: непрерывное движение от меньшей степени определенности права к большей степени определенности права с позиций юридического позитивизма, а также научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания, синтезирования права и неправа, теоретически не состоятельно, а практически контрпродуктивно. В соответствии с данными концепциями «все» право, как правило, ограничивается только нормами права и лишь в «законодательстве», в котором объективно возникают неизбежные пробелы или коллизии; либо право «размывается» «неправом», в результате такого процесса право становится неопределенным в еще большей степени.

Десятый: право в парадигме научно обоснованной концепции интегративного правопонимания непрерывно развивается от определенности в меньшей степени к определенности в большей степени;

в результате обеспечивается стабильность и действительность правового регулирования правоотношений, а также эффективность и ожидаемость судебной практики.

2.14. Право и правосудие как парные правовые категории

Многочисленные научные и практические работники традиционно анализируют право и правосудие с позиции юридического позитивизма либо научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания, синтезирования права и неправа[1]. Вместе с тем с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания источниками права являются не только деятельность управомоченных органов государственной власти, устанавливающих принципы и нормы национальных правовых актов, но также внутригосударственное и международное право в других его формах. В связи с этим в современный период теоретически обоснованное и эффективное правосудие не может основываться только на законе, «законодательстве», а точнее — национальных правовых актах. Суд должен применять основополагающие (общие) и специальные принципы права, а также нормы права, содержащиеся во всех формах единой, развивающейся и многоуровневой системы национального и (или) международного права, реализуемые в государстве[2].

В философии «категории» — это наиболее общие понятия, отражающие существенные, всеобщие свойства, закономерные связи и отношения явлений действительности и познания[3]. Слово «пара» с греческого языка возможно перевести «возле». В русском языке слово «пара» означает «...вместе употребляемые и составляющие целое»[4]. Принимая во внимание этимологию слов «категория» и «пара», в соответствии с положениями и выводами общей теории систем считаю научно обоснованным правовые категории «право» и «правосу-

---

[1] См., например: *Байтин М.И.* Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). М., 2005; *Нерсесянц В.С.* Философия права: Учебник. М., 2000. С. 35.

[2] См. подробнее: *Ершов В.В.* Международное и внутригосударственное право с позиций легизма и интегративного понимания права // Российское правосудие. 2011. № 8. С. 5–26.

[3] См., например: Новейший философский словарь. М., 2001. С. 481.

[4] *Ожегов С.И.* Словарь русского языка. М., 1973. С. 450.

дие» рассматривать в качестве парных правовых категорий. Однако не только как правовых категорий, «вместе употребляемых», взаимодействующих, но и как правовых категорий, взаимосвязанных по каналам прямой и обратной связи. С одной стороны, научно обоснованное, действительное и объективное правосудие должно основываться прежде всего на применении судами принципов и норм права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в России[1]. С другой стороны, в процессах правосудия, в частности, выявляются коллизии и пробелы в праве, о которых необходимая информация направляется судами по каналам обратной связи в соответствующие управомоченные правотворческие органы.

Думаю, теоретически весьма плодотворно, а практически необходимо исследовать правовые категории «право» и «правосудие» с позиций юридического позитивизма и двух видов концепции интегративного правопонимания — научно обоснованного, характеризующегося синтезом только онтологически однородных правовых явлений, принципов и норм права, содержащихся в его формах; и научно-дискуссионного — разнородных социальных явлений, права и неправа.

Прежде всего проанализируем правовые категории «право» и «правосудие» с позиции юридического позитивизма, ограничивающего практически «всё» право лишь нормами права, содержащимися только в «законодательстве», «законе» и т. д. В целом в России в соответствии с юридическим позитивизмом разработаны и приняты многочисленные действующие в настоящее время кодексы, другие федеральные законы, написаны монографии, диссертации, учебники и статьи по теории права.

В то же время многие понятия и термины, выработанные на основе юридического позитивизма, широко распространённые и активно используемые в юридической литературе и национальных правовых актах, представляются теоретически дискуссионными, весьма неопределёнными, а практически контрпродуктивными. Так, большинство научных и практических работников разграничивает правовые категории «право» и «закон». Наиболее детально

[1] См.: *Ершов В. В.* Соотношение международного и внутригосударственного права в условиях глобализации. С. 4–10.

данная точка зрения была разработана В. С. Нерсесянцем. «Исходный смысл проблемы взаимоотношения права и закона, — писал он, — можно сформулировать в самом общем виде так: **различаются или не различаются право и закон (законодательство) как разные феномены и понятия?** Положительный или отрицательный ответ...по сути дела и проводит принципиальную грань между концепциями двух противоположных типов правопонимания. Поскольку концепции первого типа развивают ту или иную версию **приоритета права перед законом, а концепции второго типа в качестве права признают лишь закон (законодательство),** эти противоположные концепции можно соответственно обозначить условно как «юридические» (от jus — право) и «легистские» (от lex — закон)»[1]. Исходя из юридико-либертарного правопонимания, В. С. Нерсесянц в результате пришел к выводу о том, что «право — это формальное равенство,...всеобщая и необходимая форма свободы в общественных отношениях людей,...всеобщая справедливость»[2] (выделено мною. — *В. Е.*).

Вместе с тем с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, во-первых, право и закон (законодательство) не различаются и не соотносятся как «разные феномены и понятия». Право является родовым понятием, включающим в себя в том числе и закон. Как представляется, право в целом прежде всего выражается в принципах и нормах права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве. Отсюда теоретически дискуссионно как ограничивать «право» «законом», так и «размывать» право неправом, относя к праву не только собственно правовые регуляторы правоотношений, но и иные социальные регуляторы общественных отношений, не являющихся правоотношениями, например, моральные или религиозные.

«Закон», «законодательство», а точнее — национальные правовые акты — лишь одна из «внутренних» форм и только национального права. Соотноситься же между собой могут лишь исключительно однородные, в частности, правовые явления — различные формы международного и внутригосударственного права, например, международные договоры и национальные правовые акты. При таком

[1] *Нерсесянц В. С.* Право и закон: Из истории правовых учений. М., 1983. С. 360.
[2] *Нерсесянц В. С.* Философия права: Учебник для вузов. М., 2000. С. 35.

теоретическом подходе, во-вторых, представляется, по меньшей мере, дискуссионным вывод о приоритете права перед законом. Думаю, действительный приоритет имеют лишь принципы и нормы права, содержащиеся в одних формах права, перед принципами и нормами права, содержащимися в других формах права. Например, специальные принципы и нормы права, выработанные в международных договорах, перед специальными принципами и нормами права, установленными в национальных правовых актах.

В-третьих, с позиции научно обоснованной концепции интегративного понимания права дискуссионным представляется также и само понятие «правовой закон». По существу, «закон» является одним из видов национальных правовых актов, которые в свою очередь являются только одной из форм внутригосударственного права, т. е. соотносятся как частное и общее, а не как «разные феномены и понятия». Другое дело, что далеко не все специальные принципы и нормы права, установленные в «законодательстве» («законе»), соответствуют основополагающим (общим) и (или) специальным внутригосударственным принципам и нормам права, содержащимся, например, в Конституции Российской Федерации и (или) международных договорах России.

Аналогичные возражения возможно приводить и в отношении понятия «верховенство права». Как правило, если говорить обобщённо, под этим понятием многочисленные зарубежные и российские авторы, исходя из юридического позитивизма или с позиции научно-дискуссионной концепции интегративного правопонимания, понимают «верховенство права» как верховенство «права» над «властью», «государством» или «законом», «законодательством». Такие широко распространенные взгляды научных и практических работников являются теоретически спорными и весьма неопределёнными, а практически неэффективными и контрпродуктивными. Во-первых, понятие «власть» в юридической литературе традиционно рассматривается безмерно широко и неопределённо. Во-вторых, полагаю, соотносить между собой возможно лишь однородные правовые явления. Однако правовые категории «право», «власть» и «государство» — разнородные правовые явления. В-третьих, «закон» — только один из видов национальных правовых актов, которые в свою очередь возможно рассматривать в качестве лишь одной из внутригосударственных форм права в целом. При таком подходе закон — только часть целого.

Если право в соответствии с научно обоснованной концепцией интегративного правопонимания является родовым понятием, то оно объективно находит своё внешнее выражение не только в нормах права, выработанных в «законах», «законодательстве», а точнее — в национальных правовых актах, но в принципах и нормах права, содержащихся в других формах как национального, так и международного права. При таком теоретическом подходе неизбежно возникает вопрос: верховенство права — это верховенство чего над чем? Права как родового понятия над законом, являющимся его частью, т. е. целого над частью? Либо права над неправом? Или «справедливости» над «законом», «законодательством»? В этой связи понятие «верховенство права», широко распространённое в юридической литературе, представляется теоретически дискуссионным, а практически контрпродуктивным. Более обоснованно, а практически — продуктивно рассматривать понятие «верховенство права» как цель правового государства, самоограниченного национальным и ограниченного международным правом.

Термин «закон» также с позиции юридического позитивизма как в международном, так и в российском праве нередко отождествляется с понятием «право». Например, в ст. 2 Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. записано: «Право каждого лица на жизнь охраняется законом». В ч. 1 ст. 120 Конституции РФ установлено: «Судьи независимы и подчиняются только Конституции Российской Федерации и федеральному закону». В этой связи возникают, как минимум, два вопроса. Первый: почему судьи «подчиняются», если в соответствии с общей теорией права судьи «применяют» принципы и нормы права? Второй: почему «подчиняются» только «Конституции Российской Федерации и федеральному закону», т. е. принципам и нормам права, содержащимся лишь в национальных правовых актах? Очевидно, что принципы и нормы права, которые должны применяться судьями, содержатся также и в иных формах не только национального, но и международного права.

В то же время нередко в судебных актах возможно встретить следующую фразу: «в иске отказать по причине отсутствия оснований в российском законодательстве». Принципы и нормы права с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания содержатся не только в «российском законодательстве»,

а точнее в национальных правовых актах, но также и в других формах как внутригосударственного, так и международного права, например, в Конституции Российской Федерации и в международных договорах. В конечном результате такие судебные акты, как правило, отменяются и дела направляются на новое рассмотрение.

> Например, Храбровой было отказано в вызове в суд свидетелей, а в последующем и в иске о восстановлении на работе. В то же время, 2 октября 2012 г., первая секция Европейского Суда по правам человека приняла постановление по делу «*Храбровой против России*», вступившее в силу 11 февраля 2013 г., в соответствии с которым «равенство сторон подразумевает, что каждой из сторон предусматривается адекватная возможность представлять свои интересы по делу, включая доказательства»[1]. Другой пример: Пугиева была уволена с государственной гражданской службы за прогул. В иске о восстановлении на работе ей было отказано несмотря на то, что она на момент увольнения была беременной. Отказывая в иске, суд сослался на отсутствие оснований для восстановления на работе в «законодательстве о гражданской службе». Конституционный Суд Российской Федерации в постановлении от 06.12.2012 № 31-П пришёл к выводу о том, что такое толкование права не соответствует Конституции Российской Федерации[2].

Научно дискуссионный вид интегративного правопонимания характеризуется синтезом разнородных социальных явлений, права и неправа, например, справедливости, «правовых» позиций судов, судебных прецедентов, индивидуальных (частных) договоров и т. д.[3]. Так согласно п. 5 ч. 3 ст. 311 АПК РФ «новыми обстоятельствами» — основаниями пересмотра судебных актов — в том числе являются «определение либо изменение в постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации или в постановлении Президиума Верховного Суда Российской Федерации...» указания... «на возможность пересмотра вступивших в законную силу судебных актов в силу данного обстоятельства».

Наконец, в соответствии с научно обоснованной концепцией интегративного правопонимания исследуются только правовые явления, прежде всего принципы и нормы права, содержащиеся в единой,

---

[1] Бюллетень Европейского Суда по правам человека. М., 2012. № 6. С. 46.

[2] СЗ РФ. 2012. 24 декабря. № 52. Ст. 7571.

[3] См.: *Ершов В. В.* Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений как парные категории. С. 4–23.

развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемые в государстве. Например, согласно ч. 1 ст. 17 Конституции России **«В Российской Федерации признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с настоящей Конституцией»** (выделено мною. — *В. Е.*).

Подводя итог краткому анализу правовой категории «право» с позиций юридического позитивизма, а также различных видов концепции интегративного правопонимания, возможно сделать следующие предварительные выводы.

Первый: право с позиции юридического позитивизма теоретически дискуссионно ограничивается прежде всего только нормами права, установленными в «законах», «законодательстве», а точнее — в национальных правовых актах. В результате неприменения на практике основополагающих (общих) и специальных принципов, а также норм права, содержащихся в иных формах национального и (или) международного права, могут быть нарушены права и правовые интересы физических и юридических лиц.

Второй: научно дискуссионный вид концепции интегративного правопонимания, как правило, приводит к «размыванию» права неправом, длительному рассмотрению споров в судах, разнообразной и противоречивой судебной практике, нарушению прав и правовых интересов физических и юридических лиц.

Третий: научно обоснованная концепция интегративного правопонимания, синтезирующая только правовые явления, «включает» в право прежде всего основополагающие (общие) и специальные его принципы, а также нормы, содержащиеся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемые в государстве. С позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания право в большей степени становится определенным; обеспечивает более эффективную защиту прав и правовых интересов физических и юридических лиц, стабильную, своевременную и непротиворечивую судебную практику.

Правосудие, как и любое иное правовое явление в юридической литературе, как правило, прежде всего исследуется с позиций юридического позитивизма либо научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания. Например, в энциклопедическом

словаре понятие «правосудие» в самом общем виде определяется как формы (вид) государственной деятельности по рассмотрению и разрешению дел судами[1]. Авторы Большой юридической энциклопедии, также относящие правосудие к виду государственной деятельности, выделяют несколько дополнительных признаков, присущих правосудию[2]. Поскольку судебная власть относится к органам государственной власти, постольку В. М. Лебедев справедливо подчеркивал: «...Правосудие должно рассматриваться как особый вид государственной деятельности, содержанием которой является рассмотрение и разрешение судами различных социальных конфликтов, связанных с действительным или предполагаемым нарушением норм права»[3].

Анализируя проблемы рассмотрения гражданских дел, Г. А. Жилин предложил следующее понятие «правосудия»: «Это деятельность судов общей и арбитражной юрисдикции по рассмотрению и разрешению отнесенных к их ведению гражданских дел, осуществляемая в соответствии с порядком, установленным нормами гражданского и арбитражного процессуального права, и обеспечивающая защиту прав, свобод и законных интересов участников гражданского оборота»[4]. К сожалению, в данном определении правосудия, выработанном с позиции юридического позитивизма, делается акцент лишь на деятельности, осуществляемой в соответствии с порядком, установленным нормами гражданского и арбитражного процессуального права и ничего не говорится о применяемых в процессе правосудия принципах и нормах права, содержащихся в иных формах национального и (или) международного права.

А. Д. Бойков также с позиции юридического позитивизма определял правосудие как осуществляемую судом в специальной процессуальной форме деятельность путём рассмотрения в судебных заседаниях уголовных дел с вынесением общеобязательного,

---

[1] См., например: Новый энциклопедический словарь. С. 959; Юридический энциклопедический словарь / Отв. ред. М. Н. Марченко. С. 540.

[2] Большая юридическая энциклопедия / Аванесян В. В., Андреева С. В., Белякова Е. В. и др. М., 2005. С. 464.

[3] *Лебедев В. М.* Правосудие и его демократические принципы / Судебная власть и правосудие в Российской Федерации: Курс лекций / Под ред. В. В. Ершова. М., 2011. С. 446.

[4] *Жилин Г. А.* О понятии правосудия по гражданским делам // Российское правосудие. 2008. № 4. С. 20.

обеспеченного государственным принуждением решения (акта правосудия)[1]. По существу, аналогичную позицию разделяли и многие другие авторы. Например, по мнению Н. Л. Граната, «содержание правосудия образуют деятельность суда по рассмотрению споров о праве, разбирательство дел...с использованием особой процессуальной формы»[2]. А. Т. Боннер считал, что «правосудием...является рассмотрение и разрешение судами в установленном законом процессуальном порядке конкретных судебных дел с вынесением по ним законных, обоснованных и справедливых судебных постановлений»[3]. М. К. Треушников пришел к выводу: «Правосудие — специальный вид государственной деятельности и осуществляется только судьями, наделёнными полномочиями в установленном законом порядке, и в строго процессуальной форме, установленной процессуальным законом»[4].

Традиция рассмотрения права и правосудия с позиции научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания существует уже многие столетия. Так, известный римский юрист Цельс полагал: «Право есть искусство добра и справедливости»[5]. Другой знаменитый римский юрист Ульпиан писал: «Изучающему право надо, прежде всего, узнать, откуда происходит слово jus; оно получило своё название от justitia (правда), справедливость»[6]. В этой связи И. М. Байкин также пришёл, думаю, к дискуссионному выводу: «Если рассматривать этимологию слов «право» и «судие», то получается, судить по праву, а значит по справедливости»[7].

Данную позицию разделяют многие другие научные и практические работники, исходя из научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания, включающей в право как собственно право, так и неправо, отождествляющей правосудие

---

[1] Курс советского уголовного процесса. Общая часть / Под ред. А. Д. Бойкова, И. И. Карпеца. М., 1989. С. 26.

[2] Конституционное право: Учебник / Под ред. В. В. Лазарева. М., 1998. С. 440.

[3] Гражданское процессуальное право: Учебник / Под ред. М. С. Шакарян. М., 2004. С. 38.

[4] Гражданский процесс: Учебник / Под ред. М. К. Треушникова. М., 2006. С. 66.

[5] *Марченко М. Н., Мачин И. Ф.* История политических и правовых учений: Учебник. М., 2005. С. 51.

[6] Там же.

[7] *Байкин И. М.* «Судебная власть», «правосудие» и «судопроизводство» как парные категории // Мировой судья. 2008. № 9. С. 11.

со справедливостью. Например, И. М. Байкину представляется «правильным» мнение А. В. Титовой о том, что правосудие в его подлинном смысле имеет место тогда, когда суд **правильно** выяснил все существенные для данного дела обстоятельства и **безошибочно** применил закон, приняв на этой основе справедливое решение[1] (выделено мною. — *В. Е.*). М. А. Фокина высказывала ещё более категоричное и потому спорное мнение: «справедливость и правосудие — слова — синонимы. Справедливость в области гражданского судопроизводства является составной частью социальной справедливости. Она является целью, принципом, движущей силой гражданско-процессуальной деятельности»[2].

Вместе с тем данный вывод, выработанный с позиции научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания, представляется теоретически неубедительным, поскольку при подобном подходе право по существу «размывается» одним из видов неправа — справедливостью, вместе с тем являющейся, возможно, важнейшим регулятором общественных отношений, не являющихся правоотношениями. Однако справедливость — моральный регулятор, а не правовой. Кроме того, с точки зрения буквального толкования понятия «правосудие» («право» и «судие») все-таки «правосудие» означает «судить» не по справедливости, а по праву. Характерно, что в результате своих размышлений в дальнейшем И. М. Байкин пришел к весьма противоречивому выводу: «Под правосудием понимается осуществляемая на основании закона, принципах права (правовых аксиомах) судами деятельность по установлению справедливости...»[3]. Во-первых, с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания право, реализуемое в России, не ограничивается только законом. Во-вторых, принципы права спорно отождествлять с правовыми аксиомами даже с этимологической точки зрения. В-третьих, принципы права и правовые аксиомы имеют различную природу и не могут рассматриваться как правовые явления, совпадающие полностью или частично[4]. Отсюда возможно

---

[1] *Байкин И. М.* Указ. соч. С. 10.

[2] *Фокина М. А.* Система целей доказывания в гражданском и арбитражном процессе. Общие положения // Арбитражный и гражданский процесс. 2006. № 4. С. 26.

[3] *Байкин И. М.* Указ. соч. С. 13.

[4] См., например: *Ершов В. В.* Юридическая природа общих и гражданско-правовых принципов: Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 52–82.

сделать вывод: понятие «правосудие» с позиции научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания как «рассмотрение, разрешение споров по справедливости» является теоретически дискуссионным, а практически контрпродуктивным.

В то же время понятие «правосудие» с позиции юридического позитивизма как «законосудие» также является теоретически спорным, поскольку право с позиции данного типа правопонимания прежде всего ограничивается только «законом», «законодательством». Так, Т. В. Кашанина и А. В. Кашанин пришли к характерному выводу о том, что «правосудие — это осуществляемая в установленном законом особом процессуальном порядке деятельность суда по разбирательству в судебных заседаниях при участии сторон гражданских и уголовных дел и их справедливому разрешению **на основе закона** (выделено мною. — *В.Е.*), направленная на защиту личности, её прав и свобод, интересов общества от правонарушителей, укрепление законности и правопорядка»[1]. В этой связи возникает риторический вопрос: должно ли правосудие быть также «основано» на Конституции Российской Федерации и международном праве? Думаю, ответ очевидный: безусловно, должно! Но термины «закон» и «законодательство» не тождественны терминам «Конституция Российской Федерации» и «международное право».

Термин «правосудие» весьма активно используется и в российских правовых актах. Например, в ч. 1 ст. 118 Конституции РФ, согласно которой «правосудие в Российской Федерации осуществляется только судом», ст. 1 АПК РФ «Осуществление правосудия арбитражными судами» и ст. 5 ГПК РФ «Осуществление правосудия только судами». Однако, к сожалению, в данных нормах права содержание и сущность правосудия не раскрыты. Статья 18 Конституции Российской Федерации определила только цель правосудия — защита прав и свобод человека и гражданина. В то же время Конституция Российской Федерации, во-первых, не отвечает на вопрос: защита прав и свобод каждого человека и гражданина? Во-вторых, как данная, так и другие статьи Конституции Российской Федерации не дают необходимого и полноценного ответа о всех формах национального и (или) международного права, в соответствии с которыми возможно достижение данной цели.

[1] *Кашанина Т.В., Кашанин А.В.* Основы российского права: Учебник. М., 2000. С. 172.

В связи с изложенными теоретическими и правовыми аргументами, учитывая буквальное толкование понятия «правосудие», «право» и «судие», исходя из научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, думаю, правосудие более обоснованно возможно рассматривать как особый вид государственной деятельности, сущность которой состоит в рассмотрении и разрешении судами дел в соответствии прежде всего с принципами и нормами права, содержащимися в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемыми в государстве, с целью защиты нарушенных или оспоренных прав, свобод и правовых интересов лиц, как участвовавших, так и не участвовавших в данных правоотношениях.

Как представляется, такое понимание правосудия, позволит, во-первых, подчеркнуть, что «правосудие» осуществляется только судом — специализированным органом государственной власти. Во-вторых, установить, что сущность «правосудия» состоит в рассмотрении и разрешении лишь споров, а не дел, в которых ответчик не оспаривает свои обязанности, а лишь уклоняется от их исполнения. В-третьих, «правом» при рассмотрении и разрешении споров является не только «закон», «законодательство», а «право» в целом, которое выражается прежде всего в принципах и нормах права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве. В-четвертых, цель правосудия состоит в защите не только нарушенных прав и свобод, но также и правовых интересов (а не только «законных интересов», т. е. интересов, предусмотренных законом). При таком теоретическом подходе «просто» «интересы» лиц, не основанные на праве в целом (в том числе и на законе), судебной защите не подлежат. Суд должен защищать лишь интересы, основанные на праве, т. е. правовые интересы. В-пятых, суд должен защищать нарушенные или оспоренные права, свободы и правовые интересы не только лиц, участвовавших в деле, но также и лиц, не участвовавших в данном судебном процессе, поскольку нередко лица, чьи права, свободы или правовые интересы нарушены или оспорены, по каким-либо причинам не участвовали в процессе рассмотрения дела, например, в суде первой инстанции. Однако в последующем эти лица, возможно, будут защищать свои нарушенные или оспоренные права и правовые интересы

в вышестоящих судебных инстанциях, поскольку они могли быть затронуты вынесенными судебными актами.

Таким образом, на основе изложенных теоретических, правовых и практических аргументов, думаю, возможно сделать следующие итоговые выводы.

Первый: анализ правовых категорий «право» и «правосудие» с позиций юридического позитивизма, а также научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания представляется теоретически спорным, а практически контрпродуктивным. Применение судами на практике результатов таких научных исследований может способствовать становлению нестабильной и противоречивой судебной практики, появлению многочисленных судебных ошибок, длительному рассмотрению споров в судах, нарушению прав и правовых интересов физических и юридических лиц.

Второй: анализ права и правосудия как парных правовых категорий с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания может способствовать становлению в судах более стабильной, своевременной, непротиворечивой и ожидаемой судебной практики; повышению степени эффективности судебной защиты прав и правовых интересов субъектов правоотношений.

ГЛАВА 3

Индивидуальное регулирование правоотношений

3.1. Дифференциация правового и индивидуального регулирования правоотношений

Характерной чертой любой социальной системы является наличие в ней процессов управления, связанных с ее целесообразным функционированием, взаимным обменом информацией и развитием. В полной мере сказанное относится и к системе правотворческих, исполнительных и судебных органов государственной власти, в том числе и к происходящим в ней процессам не только правового, но и индивидуального регулирования правоотношений, связанных с защитой прав и правовых интересов физических и юридических лиц.

Теоретические и практические проблемы как правового, так и индивидуального регулирования правоотношений еще не нашли своего необходимого исследования в российской и зарубежной юридической литературе. Лишь иногда они становились специальными темами отдельных научных конференций. Например, в 1973 г. в Свердловском юридическом институте была проведена конференция на тему: «Индивидуальное регулирование в советском праве», в процессе которой были обсуждены вопросы понятия индивидуального регулирования, его пределы, место в механизме правового воздействия и др[1]. В 2012 г. в Российской академии правосудия (4 сентября 2014 г. переименована в Российский государственный университет правосудия) состоялась VII Международная научно-практическая конференция на тему: «Нормативное и индивидуальное в правовом регулировании: вопросы теории и практики», на которой, в частности, мною критиковалось ее традиционное название как теоретически дискуссионное и неопределенное, а практически неэф-

[1] См., например: *Исаков В.Б., Кашанина Т.В., Самигуллин В.К.* Индивидуальное регулирование общественных отношений как элемент системы правового регулирования // Материалы ежегодной аспирантской конференции. Вып. 17. Свердловск, 1974. С. 3–12.

фективное[1]. В рамках данной монографии считаю необходимым продолжить дальнейший анализ теоретических и практических проблем правового и индивидуального регулирования правоотношений.

Напомню, в главе 2 монографии имеется параграф 2.6 «Парные регуляторы правоотношений», в котором сделан акцент на взаимосвязи правового и индивидуального регулирования правоотношений. В данном параграфе внимание читателей будет направлено на дифференциацию правового и индивидуального регулирования правоотношений.

В конце XIX — начале XX вв. не применяли понятие «правовое регулирование». В советской юриспруденции Л. С. Явич стал одним из первых исследователей этой проблемы и писал о праве как о регуляторе общественных отношений[2]. В частности, он подчеркивал: «...Специфика правового регулирования состоит именно в том, что это такое воздействие на общественные отношения, которое связано с установлением юридических прав и обязанностей их участников, с использованием таких прав и исполнением этих обязанностей»[3].

С. С. Алексеев в работе «Механизм правового регулирования в социалистическом государстве» связал правовое регулирование общественных отношений с целым механизмом, по его мнению, включающим в себя всю совокупность юридических средств»[4]. Под «правовым регулированием» (думаю, теоретически спорно и весьма неопределенно. — *В. Е.*) он понимал **«осуществляемое при помощи права и всей совокупности правовых средств юридическое воздействие на общественные отношения»**[5] (выделено мною. — *В. Е.*). В дальнейшем С. С. Алексеев уточнил свою точку зрения: «Правовое регулирование — это осуществляемое при помощи системы правовых средств (юридических норм, правоотношений, индивидуальных предписа-

[1] *Ершов В. В.* Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений // Нормативное и индивидуальное в правовом регулировании: вопросы теории и практики: Материалы VII международной научно-практической конференции. М.: РАП, 2013. С. 11–35.

[2] *Явич Л. С.* Советское право — регулятор общественных отношений в СССР. Сталинобат, 1957; *Он же*. Право — регулятор общественных отношений // Правоведение. 1958. № 2. С. 19–25.

[3] *Явич Л. С.* Общая теория права. С. 203.

[4] *Алексеев С. С.* Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. М., 1966. С. 5.

[5] *Алексеев С. С.* Там же.

ний и др.) результативное, нормативно-организационное воздействие на общественные отношения с целью их упорядочения, охраны, развития в соответствии с общественными потребностями»[1]. Как представляется, в дальнейшем такая точка зрения и послужила теоретической основой размывания права неправом.

Более обоснованную позицию занимал В.М. Горшенев, полагавший, что общее нормативное регулирование дополняется индивидуальным (ненормативным) регламентированием. Например, автор писал: «Договоры, наряду с актами применения права, являются индивидуальными актами и выполняют регулятивную функцию». Такое регулирование дискуссионно называл поднормативным[2]. Данная точка зрения нашла свое отражение и в курсе «Марксистско-ленинская общая теория государства и права». В этой работе, в частности, отмечалось, что компетентный орган осуществляет индивидуальное регулирование общественных отношений, которое носит поднормативный характер[3].

Таким образом, в советском правоведении на первом этапе правовое регулирование общественных отношений, во-первых, в соответствии с господствовавшим в тот период юридическим позитивизмом не только называлось, но и ограничивалось нормативным регулированием посредством норм «законодательства», выработанных органами государственной власти[4]. Во-вторых, «нормативное» и индивидуальное регулирование «общественных отношений» преимущественно не разграничивалось. При этом подчеркивался «поднормативный» характер индивидуального регулирования. Ограничение правового регулирования нормативным регулированием поддерживается многими авторами и в настоящее время[5].

Вместе с тем понятие «нормативное регулирование» является теоретически дискуссионным, недостаточным и весьма неопределенным,

---

[1] *Алексеев С.С.* Теория права. М., 1995. С. 2002.

[2] *Горшенев В.М.* Понятие метода правового регулирования и его разновидности // Сборник научных трудов. Вып. 5. Свердловск, 1966. С. 388–415.

[3] Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Социалистическое право. М., 1973. С. 102.

[4] См.: *Александров Н.Г.* Сущность права. М., 1950; *Братусь С.Н.* О роли советского права в развитии производственных отношений. М., 1954; *Нижечек В.И.* Советское право в системе нормативного регулирования социалистических общественных отношений. Иркутск, 1973.

[5] См., например: *Байтин М.И.* Сущность права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков).

а практически контрпродуктивным, оно не отвечает на многочисленные современные практические вопросы. Во-первых, «нормы» вырабатываются не только в праве, но и в других социальных регуляторах (например, морали). Во-вторых, с позиции юридического позитивизма, преимущественно ограничивающего «всё» право только «законом» («законодательством»), выработанным органами государственной власти, за «пределами» права остаются не только принципы, но и нормы права, содержащиеся в иных формах как внутригосударственного, так и международного права. В-третьих, «регулятором» правоотношений в данном случае является право в целом, а не только нормы права, в нем содержащиеся. В связи с этим, на мой взгляд, данный вид социального регулирования теоретически точнее называется «правовым регулированием правоотношений». Отсюда парной категорией «правового регулирования правоотношений» является «индивидуальное регулирование правоотношений», а не их «поднормативное регулирование»[1].

В то же время в юридической литературе в конце XX — начале XXI в. активно вводится новое понятие — «индивидуальное правовое регулирование»[2]. Например, Ф. Н. Фаткуллин выделял два вида правового регулирования — нормативное и индивидуальное[3]. По его мнению, правовое регулирование включает в себя две области правовой действительности — полностью правотворческую и частично правореализацию. Более того, считал он, индивидуально-правовое регулирование не исчерпывается правоприменением, оно шире и богаче его, может проявляться также и в области правотворчества[4].

С. Г. Красноярский, автор первой кандидатской диссертации на тему: «Индивидуальное правовое регулирование в советском обществе: (вопросы теории и практики)», в самом общем виде определял индивидуальное правовое регулирование как осуществляемый на стадии реализации юридических норм вид правомерной деятельности субъектов права, направленный на упорядочение общественных отношений путем конкретизации масштабов поведения

[1] См.: *Ершов В. В.* Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений как парные категории. С. 4–23.

[2] См.: *Алексеев С. С.* Теория права. С. 34–35; *Черданцев А. Ф.* Теория государства и права: Учебник. С. 309, 310; *Пьянов Н. А.* Актуальные проблемы теории государства и права. Иркутск, 2007. С. 216–222 и др.

[3] *Фаткуллин Ф. Н.* Проблемы теории государства и права. Казань, 1987. С. 137.

[4] Там же. С. 298–301.

их персональных участников[1]. С. С. Алексеев и И. Я. Дюрягин активно применяли понятие «индивидуальное правовое регулирование»[2]. В то же время не все научные работники были согласны с данным понятием. Например, Т. В. Кашанина, думаю, спорно считала, что индивидуальное регулирование часто используется как синоним «казуального регулирования»[3]. В юридической литературе индивидуальное правовое регулирование обозначалось и другими понятиями — «поднормативное регулирование»[4], «ненормативное регулирование»[5], «индивидуально-правовое регулирование»[6]. Названные понятия представляются теоретически дискуссионными. Во-первых, по существу понятия «индивидуальное правовое регулирование» либо «индивидуально-правовое регулирование» основываются на научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания, синтезе права и неправа, собственно права с индивидуальными правами и обязанностями конкретных участников индивидуальных фактических правоотношений. Во-вторых, понятие «поднормативное регулирование» не позволяет устанавливать виды «норм», регулирующих «общественные отношения», а на практике ограничивает «всё» право лишь нормами права, вырабатывающимися только органами государственной власти. В-третьих, понятие «ненормативное регулирование» носит весьма неопределенный и чрезвычайно широкий характер. В-четвертых, полагаю, нельзя разделять также и мнение И. А. Минникеса о том, что понятия «индивидуальное регулирование» и «индивидуальное правовое регулирование» являются «тождественными»[7], поскольку понятие «индивидуальное регулирование» основано на разграничении двух различных видов

---

[1] *Краснояружский С. Г.* Индивидуальное правовое регулирование в советском обществе: (вопросы теории и практики): Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 1990. С. 8–10.

[2] *Алексеев С. С., Дюрягин И. Я.* Функции применения права // Правоведение. 1972. № 2. С. 28.

[3] *Кашанина Т. В.* Соотношение централизованного и децентрализованного правового регулирования // Правоведение. 1991. № 4. С. 54–64.

[4] См., например: *Илларионова Т. И.* Поднормативное регулирование имущественных отношений в гражданском праве // Проблемы обязательственного права: Межвуз. сб. научн. трудов. Свердловск, 1989. С. 4–15.

[5] См., например: *Краснояружский С. Г.* Указ. соч. С. 8–10.

[6] *Фаткуллин Ф. Н.* Указ. соч. С. 139.

[7] *Минникес И. А.* Индивидуальное правовое регулирование: понятие, правотворческая деятельность, правовые акты. Иркутск, 2009. С. 19.

социального регулирования — правового и индивидуального регулирования, а понятие «индивидуальное правовое регулирование» — на искусственной, дискуссионной интеграции правового и индивидуального регулирования правоотношений.

В современный период активным сторонником введения в научный оборот понятия «индивидуальное правовое регулирование» является И. А. Минникес. По его мнению, возможно дать следующее определение понятия «индивидуальное правовое регулирование»: «...Индивидуальное правовое регулирование является самостоятельным видом правового регулирования и представляет собой правовое воздействие на общественные отношения, связанное с установлением, изменением или прекращением юридических прав и обязанностей их участников в индивидуальном порядке, направленное на урегулирование конкретных ситуаций, требующих юридического разрешения, и осуществляемое путем совершения односторонних правомерных юридически значимых действий, заключения договоров и соглашений либо властной правоприменительной деятельности уполномоченных субъектов, результатом которой являются индивидуальные правовые акты»[1].

На мой взгляд, понятие «индивидуальное правовое регулирование» представляется спорным, во-первых, потому, что автор теоретически неубедительно, по существу, отождествлял правовое и индивидуальное регулирование «общественных отношений», называя индивидуальное правовое регулирование «видом правового регулирования». Во-вторых, он весьма неопределенно писал: «Индивидуальное правовое регулирование...представляет собой **«правовое воздействие»** на общественные отношения» (выделено мною. — *В. Е.*). В связи с этим заметим, что «регулирование» «общественных отношений» является родовой категорией. Правовое и индивидуальное регулирование правоотношений, с одной стороны, необходимо исследовать как парные правовые категории, способные совместно и эффективно регулировать правоотношения, как вид общественных отношений. С другой стороны, необходимо разграничивать правовое и индивидуальное регулирование правоотношений по своей природе. В-третьих, И. А. Минникес называл далеко не все виды индивидуального регулирования правоотношений[2].

[1] *Минникес И. А.* Указ. соч. С. 16.
[2] См.: *Ершов В. В.* Указ. соч. С. 4–23.

Целый ряд авторов, думаю, теоретически дискуссионно высказывался об отдельных проблемах по существу индивидуального регулирования правоотношений. Например, Ю. В. Медная утверждала «о временном значении результата поднормативного регулирования»[1]. Как представляется, равно наоборот: индивидуальное регулирование правоотношений является «постоянным» и объективно необходимым, парным правовой категории «правовое регулирование правоотношений». Прежде всего это связано с абстрактным и относительно определенным характером основополагающих (общих) и специальных принципов, а также норм права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и международного права, реализуемых в государстве. По этой же причине нельзя соглашаться с Ю. В. Медной, связывавшей необходимость «поднормативного правового регулирования» (а точнее — индивидуального регулирования) с «дефектностью нормативного регулирования»[2].

По мнению И. А. Минникеса, «индивидуальное правовое регулирование **выполняет правовосполнительную задачу** (восполнения пробелов в праве путем аналогии закона и права; применения норм в субсидиарном порядке)»[3] (выделено мною. — *В. Е.*). Вместе с тем, на мой взгляд, в случаях преодоления пробелов в праве в процессе правореализации происходит не «восполнение» права, поскольку не создаются новые принципы или нормы права. Пробелы в праве лишь преодолеваются посредством применения уже существующих принципов или норм права, прежде всего по аналогии закона, т. е. реализуются принципы или нормы права, выработанные ранее, но к сходным (близким) правоотношениям.

Еще большие возражения вызывает предположение отдельных авторов о возможности «индивидуального правового регулирования» в форме правотворческой деятельности. Например, Т. В. Кашанина утверждала: в процессе «индивидуального правового регулирования» субъекты права разрабатывают для себя своего рода «микронормы»[4]. Более того, в другой своей работе она предполагала:

---

[1] *Медная Ю. В.* Поднормативное правовое регулирование общественных отношений: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2008. С. 9.

[2] *Медная Ю. В.* Указ. соч.

[3] *Минникес И. А.* Указ. соч. С. 15.

[4] *Кашанина Т. В.* Соотношение централизованного и децентрализованного правового регулирования // Правоведение. 1991. № 4. С. 55.

при индивидуальном регулировании свободное (собственное) решение облекается в форму правила поведения[1]. Однако в дальнейшем автор, по существу, противореча самой себе, писала: индивидуальная норма лишь частично отвечает признакам нормативности, свойственная ей нормативность не абсолютна; выражается это в том, что типичность «микронормы» проявляется в абстрагировании субъектов от нюансов своего поведения в конкретной ситуации и выделении в нем главных черт. И наконец, по мнению Т. В. Кашаниной, всеобщность индивидуальной нормы носит не юридический, а скорее моральный характер: хотя индивидуальная норма и общеобязательна, она не всегда имеет твердые гарантии[2]. Отсюда возникает риторический вопрос: если «индивидуальная норма» («микронорма») не «абсолютно нормативна», её «всеобщность» носит «скорее моральный характер» и она «не всегда имеет твердые гарантии», то является ли она нормой права?

В. А. Муравский не менее спорно рассматривал индивидуальные нормы с позиции «актуального права». Под «актуальным правом» он понимал совокупность установленных эмпирическим (как рациональным, так и иррациональным) путем норм, выражающих волю индивидов, результатом столкновения интересов которых является соглашение между гражданским обществом и государством, обеспечивающее индивидуализацию и адаптацию закона и правовой системы к требованиям общественной жизни[3]. Данное понятие прежде всего входит в противоречие с классическими позициями и положениями общей теории права. Кроме того, из него весьма затруднительно сделать вывод о том, каково все-таки происхождение, сущность, источники, формы «актуального права» и соотношение его с «действительным правом»? Как общеизвестно, норма права обладает такими признаками, как общеобязательность, формальная определенность, системность и гарантированность. Характерны ли они для «индивидуальной нормы» («микронормы») «актуального права»? Думаю, нет. Пытаясь хоть как-то выйти из непростой юридической ситуации, И. А. Минникес предложил другое поня-

---

[1] *Кашанина Т. В.* Индивидуальное регулирование в правовой сфере // Советское государство и право. 1992. № 1. С. 123, 125, 126.

[2] *Кашанина Т. В.* Указ. соч. С. 125.

[3] *Муравский В. А.* Актуальное право: происхождение, сущность, источники, соотношение с законом. Екатеринбург, 2004. С. 249.

тие — «индивидуальная модель поведения»[1]. Как полагал данный автор, «...индивидуальная модель поведения предназначена только для участников конкретного правоотношения, выработана на основе нормы права, гарантирована принудительной силой государства и в случаях, прямо предусмотренных законом, имеет форму акта — документа»[2]. Однако очевидно: «индивидуальная модель поведения», предназначенная «только для участников конкретного правоотношения», не является обязательной для участников других правоотношений. Следовательно, «индивидуальная модель поведения» (как бы её ни называли) является разновидностью неправа.

И. А. Минникес выделял три «формы» «индивидуального правового регулирования» в правотворческой деятельности: 1) наличие индивидуальных предписаний в тексте «нормативных правовых актов»; 2) издание конкретизирующего акта; 3) прецедентное регулирование. Все эти три «формы» проявления индивидуального правового регулирования в правотворческой деятельности, выделенные данным автором, на мой взгляд, являются дискуссионными. Так, первую форму, как справедливо писал сам И. А. Минникес, предложения, с позиции классической общей теории права (несмотря на имеющиеся в законотворческой деятельности примеры), скорее, можно рассматривать как аномальную, теоретически спорную, а практически — контрпродуктивную.

Вторая форма проявления «индивидуального правового регулирования» в правотворческой деятельности, по мнению И. А. Минникеса, — издание конкретизирующего акта. При этом автор предполагал, что возможно издание конкретизирующих актов в двух аспектах — в процессе «нормативного правового регулирования» и в ходе «индивидуального правового регулирования». «Вторая форма проявления индивидуального правового регулирования в правотворческой деятельности, — утверждал без необходимых теоретических аргументов И. А. Минникес, — **во многом схожа с первой и отличается лишь по временному фактору** (выделено мною. — *В. Е.*). В первом случае индивидуальное предписание изначально присутствует в тесте нормативного акта. Во втором случае оно проявляется позднее — путем издания конкретизирующего акта»[3]. Если это

[1] *Минникес И. А.* Указ. соч. С. 25.
[2] Там же. С. 26.
[3] Там же. С. 31.

действительно так, то, поскольку первой формой «индивидуального правового регулирования» в правотворческой деятельности занимаются исключительно лишь правотворческие органы, и вторая её форма в виде издания конкретизирующего акта также возможна лишь в процессе принятия правотворческими органами конкретизирующих правовых актов. Как представляется, конкретизация права, как процесс выработки более детальных, но все-таки специальных принципов и (или) норм права, возможна лишь в результате правотворческой (а не, например, правоприменительной) деятельности. Более детально теоретические и практические проблемы конкретизации национального и международного права, реализуемого в России, проанализированы в параграфе 2.12 «Конкретизация права» данной монографии.

Третья форма проявления «индивидуального правового регулирования» в правотворческой деятельности, по мнению И. А. Минникеса, — прецедентное регулирование[1]. Этой проблеме посвящён специальный параграф 3.6 «Судебные прецеденты», имеющийся в 3 главе монографии[2]. Поэтому в этой части монографии хотелось бы ограничиться лишь общими выводами: 1) понятие «судебный прецедент» представляется теоретически спорным, а практически — контрпродуктивным; 2) в процессе становления статутного права многие ранее действительно вырабатывавшиеся и применявшиеся судами «прецеденты права» преобразовываются в своеобразные «прецеденты» индивидуального судебного регулирования правоотношений, являющиеся неправом. В параграфе 3.6 «Судебные прецеденты» данной главы монографии эта проблема будет исследована специально и более глубоко.

Таким образом, можно сделать общий вывод: все три формы «проявления индивидуального правового регулирования в правотворческой деятельности», выделенные И. А. Минникесом, представляются теоретически дискуссионными. Во-первых, наличие индивидуальных предписаний в текстах национальных правовых актов является аномалией. Во-вторых, конкретизация национальных правовых актов возможна только в правотворческом процессе. В-третьих, в процессе судебного правоприменения вырабатываются не «судебные прецеденты права»

[1] Там же.

[2] *Ершов В. В.* Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений. М.: РГУП, 2018. С. 457–477.

или «судебные прецеденты», а своеобразные «прецеденты индивидуального судебного регулирования правоотношений», обязательные прежде всего для участников данного процесса, т. е. неправо. Как отмечалось выше, сторонники понятия «индивидуальное правовое регулирование» рассматривают его недопустимо произвольно, с позиции научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания, широко распространенной во всем мире[1], объединяющей в единой системе права как собственно право, так и неправо.

Характерны оговорки и самого И. А. Минникеса. Так, он справедливо писал: «...Зачастую возражения вызывает сам термин «индивидуальная норма», так как нормативность и индивидуальность — это противоположные свойства правового регулирования и смешивать их не следует»[2]. В случае отождествления «нормативного и правоприменительного акта», — убедительно предполагал он, — ...теряется сама суть закона как нормативно-правового акта высшей юридической силы, направленного на регулирование наиболее важных общественных отношений»[3].

В юридической литературе имеются и другие противоречивые точки зрения, связанные с правовым и индивидуальным регулированием правоотношений. Так, Н. А. Пьянов выделял два уровня правового регулирования — непосредственное регулирование, являющееся результатом прямого действия права, независимо признано оно государством или нет, и государственное регулирование, осуществляемое нормами позитивного права. Государственное регулирование имеет два уровня — нормативный и индивидуальный[4]. С позиций уровней правового регулирования анализировал «индивидуальное правовое регулирование» и В. Р. Шарифуллин, относя его к одному из уровней частноправового регулирования[5].

На мой взгляд, теоретически точнее выделять не «уровни правового регулирования правоотношений», а виды их регулирования:

---

[1] См.: *Ершов В. В.* Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений как парные категории. С. 4–23.

[2] *Минникес И. А.* Указ. соч. С. 25.

[3] Там же. С. 30.

[4] *Пьянов Н. А.* Уровни правового регулирования // Актуальные проблемы правотворчества и правоприменительной деятельности в России: Материалы науч-практ. конф. Иркутск, 1998. С. 3, 4.

[5] *Шарифуллин В. Р.* Частноправовое регулирование: Дисс. ... канд. юрид. наук. Казань, 2006. С. 131–152.

правовой и индивидуальный. В отраслевой литературе, например, по трудовому праву уже имеются исследования, в которых сделаны выводы о том, что «регуляторы трудовых правоотношений в России обосновано дифференцировать на два вида: правовые регуляторы и индивидуальные регуляторы правоотношений»[1].

Анализируя вопрос о взаимосвязи «общественных отношений» и «правоотношений» необходимо обратиться к логике, исследующей между понятиями круги Эйлера. Напомню: понятия, совпадающие полностью или частично, в логике называются совместимыми. Традиционно выделяют три вида совместимости: равнообъемность, пересечение и подчинение. Как представляется, «общественные отношения» и «правоотношения» обоснованно относить к отношениям подчинения, имеющим как общие-социальное регуляторы, так и специальные-правовые регуляторы. При этом необходимо подчеркнуть: для правоотношений социальные регуляторы, не включающие правовые, не обязательны. В то же время правовые регуляторы для неопределенного числа субъектов правоотношений и индивидуальные регуляторы для определенного числа субъектов правоотношений, например, судебные акты для участников судебных процессов, носят обязательный характер.

Правовое регулирование правоотношений, являющихся разновидностью общественных отношений, осуществляется посредством реализации прежде всего принципов и норм права — например, основополагающих (общих) и (или) специальных принципов, а также норм права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве.

Выделение «непосредственного регулирования» в качестве одного из уровней правового регулирования правоотношений представляется теоретически спорным, поскольку как в случае «непосредственного», так и в результате «государственного» регулирования реализуются принципы и нормы права, содержащиеся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемой в государстве. Думаю, теоретически неубедительной является также и попытка Н. А. Пьянова

[1] *Ершов В. В., Ершова Е. А.* Регулирование трудовых правоотношений в России // Вестник Томского государственного университета. 2020. № 455. С. 220.

выделять два уровня регулирования («нормативный и индивидуальный») только в «государственном регулировании». Правовым и индивидуальным видами регулирования характеризуются все правоотношения без исключения. Такой вывод не зависит от источников и форм права. Например, от правотворческих органов государственной власти, принимающих национальные правовые акты, или от соглашений управомоченных лиц, заключающих национальные правовые договоры или международные договоры.

В юридической литературе к одному из видов «индивидуального правового регулирования» относят и саморегулирование, прежде всего автономное и договорное (координационное)[1]. С принятием 1 декабря 2007 г. Федерального закона № 315-ФЗ «О саморегулируемых организациях» в юридической литературе активизировалась дискуссия о саморегулировании. Так, Ю. Г. Лескова рассматривала саморегулирование как вид негосударственного правового регулирования[2]. Далее автор весьма непоследовательно писала: «В предпринимательском праве саморегулирование является **способом** (выделено мною. — *В. Е.*) организации и упорядочивания предпринимательских отношений...»[3]. Отсюда возникает вопрос: саморегулирование все-таки является видом «негосударственного правового регулирования» или «способом» организации и упорядочивания предпринимательских отношений?

Ю. Г. Лескова пришла к следующему выводу: «Саморегулирование отражает потребности субъектов предпринимательского права **в альтернативном (по отношению к государственному) правовом регулировании предпринимательских отношений...»**[4] (выделено мною. — *В. Е.*). Вместе с тем, как представляется, «саморегулирование» является не «альтернативным» по отношению к государственному правовому регулированию правоотношений, а дополнительным и спорным видом регулирования правоотношений, более детальным и, главное, основанным на праве — прежде всего на принципах и нормах

[1] См., например: *Минникес И. А.* Индивидуальное правовое регулирование: проблемы теории и практики. С. 73.

[2] *Лескова Ю. Г.* Саморегулирование как правовой способ организации предпринимательских отношений: проблемы теории и практики: Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. М., 2013. С. 8.

[3] Там же. С. 14.

[4] Там же. С. 15.

права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве. Такой вывод в том числе основан на ч. 3 ст. 4 ФЗ «О саморегулируемых организациях»: **«Стандарты и правила саморегулируемых организаций должны соответствовать федеральным законам и принятым в соответствии с ними иным нормативным правовым актам»**[1] (выделено мною. — *В.Е.*). В связи с этим возникает вопрос об обоснованности и самого термина «саморегулируемые организации». Насколько данные организации «само» регулируются? Думаю, вопрос является риторическим.

По мнению Ю.Г. Лесковой, «саморегулирование в праве имеет поднормативный характер, т.е. осуществляется на основе государственного регулирования»[2]. Но, во-первых, если это действительно так, то насколько теоретически корректен термин «саморегулирование»? Во-вторых, возникает второй вопрос: «саморегулирование» — вид правового или индивидуального регулирования правоотношений? Здесь автор дает весьма странный ответ на этот вопрос: «Саморегулирование вне зависимости от его формы и вида рассматривается не только как деятельность по правовому регулированию предпринимательских отношений, **но и как правореализующая деятельность...»**[3] (выделено мною. — *В.Е.*).

Данные утверждения Ю.Г. Лесковой, во-первых, противоречат ч. 1 ст. 2 Федерального закона «О саморегулируемых организациях», в которой сформулировано понятие саморегулирования: «Под саморегулированием понимается самостоятельная и инициативная деятельность, которая осуществляется субъектами предпринимательской или профессиональной деятельности и **содержанием которой является разработка и установление стандартов и правил указанной деятельности, а также контроль за соблюдением требований указанных стандартов и правил»** (выделено мною. — *В.Е.*). Во-вторых, с позиции общей теории права, думаю, необходимо дифференцировать правовые регуляторы и индивидуальные регуляторы правоотношений, имеющие различную природу, сущность, функциональное назначение и т.д. При таком теоретическом подходе представляется спорным выделение Ю.Г. Лесковой **«двух форм правового регулирования**

[1] Российская газета. 2007. 6 декабря. № 273.
[2] *Лескова Ю.Г.* Указ. соч.
[3] Там же. С. 16.

(государственного и саморегулирования)»[1] (выделено мною. — *В.Е.*). Более убедительным, полагаю, является выделение различных видов правового регулирования правоотношений, в том числе — национальных правовых актов; в частности — «локальных нормативных правовых актов работодателя» (ст. 8 Трудового кодекса РФ). Точнее — правовых актов работодателя[2].

В связи с изложенными теоретическими и правовыми аргументами представляется и дискуссионным вывод Ю.Г. Лесковой о том, что «...корпоративные правовые акты являются видом локальных актов и одновременно проявлением саморегулирования, правовым средством последнего»[3]. Во-первых, как «локальные акты» (а точнее — правовые акты работодателя), так и «корпоративные правовые акты» теоретически более корректно относить к национальным правовым актам управомоченных федеральным законом лиц (юридических и физических). Во-вторых, при таком подходе принятие национальных правовых актов лицами, управомоченными федеральным законом, относится к виду правового регулирования правоотношений, а не к разновидности индивидуального регулирования общественных отношений, т.е. не к правореализационной деятельности. Сказанное, безусловно, не исключает того, что, например, организации-работодатели или «саморегулируемые» организации должны исполнять выработанные ими же правовые акты. Но эта деятельность относится уже не к правовому регулированию, а к реализации права. На мой взгляд, Ю.Г. Лескова, спорно пришла и к другому неубедительному выводу: «Договор рассматривается как результат объединения двух правовых форм деятельности: правотворческой и правоприменительной»[4].

Таким образом, можно сделать следующие итоговые выводы.

Первый: понятия «индивидуальное правовое регулирование» и «саморегулирование» являются теоретически дискуссионными, а практически контрпродуктивными.

Второй: необходимо дифференцировать правовое и индивидуальное регулирование правоотношений как виды, не тождественные, имеющие различную природу, сущность, функциональное назначение и т.д.

---

[1] Там же. С. 28.

[2] *Ершова Е.А.* Источники и формы трудового права в Российской Федерации: Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 271–289.

[3] *Лескова Ю.Г.* Указ. соч. С. 45.

[4] Там же.

3.2. Природа индивидуального регулирования правоотношений

Многие российские ученые-юристы длительное время регулярно обращались к проблеме «судебного усмотрения»[1]. Вместе с тем, на мой взгляд, до настоящего времени остается открытым вопрос о природе судебного (или, как пишут многие, — судейского[2]) усмотрения, а также о корректности самого понятия «судебное (судейское) усмотрение». В основе данной проблемы находятся, во-первых, общенаучные проблемы свободы в целом, а также свободы деятельности органов государственной власти, юридических и физических лиц, в частности; во-вторых, общетеоретические вопросы разделения властей, правового и индивидуального регулирования правоотношений.

В соответствии с классическим пониманием свободы как познанной необходимости абсолютной свободы органов государственной власти, физических и юридических лиц нет и быть не может. Отсюда право можно рассматривать как относительную свободу в несвободе. На практике же, как правило, возникает фактическое верховенство одной власти (как правило, — исполнительной) над другими властями либо хрупкое равновесие властей, достигаемое посредством взаимного ограничения и сдерживания. В связи с этим Г. Гегель являвшийся сторонником конституционной монархии, писал: «Самостоятельностью властей...непосредственно положено...разрушение государства — или, поскольку государство по существу сохраняется, возникает борьба, в результате которой

---

[1] См., например: *Барак А.* Судейское усмотрение / Пер. с англ. М., 1999; *Hart H.L. A.* The Concept of Law. 1961; *Raz J.* The Authority of Law. 1979; *Dworkin R.* Judicial Discretion // J of Phil. 1963 № 6; *Dworkin R.* Taking Rights Seriously 1977; *Клеандров М.И.* Судейское усмотрение, судейская ошибка // Российское правосудие. 2012. № 3. С. 5–16; *Оглезов В.В.* Г. Л.Х. Харт и Р. Дворкин о судейском усмотрении: бихевиористский подход // Российское правосудие. 2012. № 10. С. 70–78; *Папкова О.А.* Усмотрение суда. М., 2005; *Малиновский А.А.* Усмотрение в праве // Государство и право. 2006. № 4; *Гук П.А.* Судебная практика как форма судебного нормотворчества в правовой системе России: общетеоретической анализ: Дисс. ... д-ра юрид. наук. М., 2012; *Марков П.В.* Правовая природа и условия осуществления судебного усмотрения: Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2012.

[2] См., например: *Клеандров М.И.* О судейском усмотрении // Российское правосудие. 2007. № 6. С. 4–16.

одна власть подчиняет собой другую и тем самым...спасает...пребывание государства»[1].

Возникает вопрос: в современный период возможно ли равновесие властей, обеспечиваемое посредством взаимного ограничения и сдерживания; практическое воплощение чистой теоретической модели разделения властей, в соответствии с которой правотворческие органы должны заниматься выработкой специальных принципов и норм права, исполнительная власть — их исполнением, а судебная власть — только правосудием?

По мнению А. Барака, «такая модель не оставляет возможности для судебного правотворчества (с этим можно согласиться. — *В. Е.*), а также для судейского усмотрения»[2]. Вторая часть вывода является, по меньшей мере, дискуссионной.

А. Барак, продолжая свою мысль, писал: «Ни в одной из современных систем...чистая теоретическая модель разделения властей не существует»[3]. Более того, утверждал А. Барак, «чистая теоретическая модель разделения властей...ещё и нежелательна»[4]. В то же время, противореча сам себе, А. Барак справедливо замечал: «При демократическом режиме необходимо видеть равновесие между властью большинства и фундаментальными демократическими ценностями. Это равновесие невозможно, если каждая из властей действует обособленно...без взаимного уравновешивания и надзора»[5]. Ещё Е. В. Васьковский убедительно писал: «...Принцип отделения законодательной власти от судебной может получить полное осуществление только в том случае, когда и судья лишен права законодательствовать, и законодатель не имеет возможности судить»[6].

Применяя общенаучные выводы теории систем, в процессе анализа места и роли суда в системе органов государственной власти, с одной стороны, необходимо подчеркнуть: правотворческие, исполнительные и судебные органы государственной власти в системе органов государственной власти действительно не способны к «изолированному» существованию, с объективной

[1] *Гегель Г.* Философия права. С. 310.

[2] *Барак А.* Указ. соч. С. 270.

[3] Там же. С. 270.

[4] Там же. С. 270, 271.

[5] Там же.

[6] *Васьковский Е. В.* Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. М., 2002. С. 139.

неизбежностью обеспечивая взаимное сдерживание, функционирование и развитие[1]. В то же время, с другой стороны, думаю, вышеизложенный вывод в современный период не позволяет поддерживать предложение о необходимости подчинения одним органом государственной власти других органов государственной власти, отрицание теории разделения властей. Полагаю, равно наоборот: разделение властей, взаимное их ограничение и сдерживание в действительности способствует динамическому и объективному развитию права и повышению степени определённости права. Данный вывод не дает также теоретических оснований для отождествления правового и индивидуального регулирования правоотношений (в том числе для индивидуального судебного регулирования правоотношений либо, как принято писать, «судебного (или судейского) усмотрения»). А главное — для утверждений о «нежелательности» разделения властей.

Несколько слов о терминологии, используемой в данном параграфе. Термин «усмотрение» применялся в Конституции СССР 1936 г. В Конституции СССР 1977 г. был применен уже неопределенный термин «в случае необходимости». В специальной юридической литературе традиционно применяются несколько понятий: «дискреция»[2], «судебное усмотрение»[3] и «судейское усмотрение»[4]. Понятие «дискреция» возникло от фр. discretionnaire — зависящий от личного усмотрения. М. В. Баглай во вступительной статье к работе А. Барака «Судейское усмотрение» написал: «...Английское слово «judicial» может быть переведено на русский язык и как «судебный» и как «судейский». Во многом это действительно синонимы. Но далеко не всегда...когда в этой книге речь идет о месте судов в системе разделения властей, в переводе говорится о судебной власти, когда речь идет о деятельности, осуществляемой в суде не только судьями, но и другими участниками процесса, аппаратом суда и т. д. ...

[1] См.: *Ершов В. В.* Суд в системе органов государственной власти // Российское правосудие. 2006. № 1. С. 39–52.

[2] *Анишина В. И.* Дискреционные полномочия судов как гарантия самостоятельности и эффективности судебной власти // Мировой судья. 2008. № 3. С. 8–12.

[3] См., например: *Ермакова К. П.* Пределы судебного усмотрения: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2010; *Толкаченко А.* Пределы судебного усмотрения при назначении уголовного наказания // Уголовное право. 2010. № 4. С. 58–63.

[4] *Барак А.* Указ. соч.; *Ирачева Ю.* Возможно ли судейское усмотрение при пробеле в уголовном праве? // Уголовное право. 2010. № 3. С. 108–112.

В тех же случаях, когда имеется в виду та важнейшая часть судебной деятельности, которая осуществляется только судьями...нередко употребляется термин «судейский»[1].

По мнению А. С. Емузова, лингвистический анализ термина «усмотрение» «...не представляется сложным. Слово «усмотреть» означает то же самое, что и слово «увидеть». Слово «судейское» означает нечто, принадлежащее судье или исходящее от судьи. Соединенные вместе, они означают взгляд или видение судьи. Юридический смысл термина «судейское усмотрение» значительно отличается от его лингвистического содержания и означает мнение или вывод судьи относительно того, как следует разрешить рассматриваемое им дело»[2]. Отсюда неизбежно возникает вопрос: являются ли теоретически обоснованными понятия «усмотрение», «судебное усмотрение» или «судейское усмотрение»?

Недостаточность правового регулирования правоотношений и объективная необходимость его дополнения «судебным усмотрением» профессионально понимали и дореволюционные ученые. Так, Г. В. Демченко справедливо писал: «Нельзя же требовать от общего закона того, что он дать не в состоянии: нельзя требовать, чтобы он охватил всю правовую жизнь общества в её мельчайших подробностях... Дать общее руководство, ввести в необходимые пределы деятельность суда, указать ему пути и средства действия — вот что под силу законодателю»[3]. Известный русский ученый-цивилист Е. В. Васьковский весьма спорно и в самом общем виде связывал необходимость «судебного усмотрения» только с двумя случаями. «Во-первых, — писал он, — если, несмотря на применение всех средств и приемов толкования, закон остался двусмысленным, а, во-вторых, если из постановлений законодательства можно сделать с одинаковой достоверностью или вероятностью различные выводы относительно данного вопроса. В обоих случаях суду предоставляется выбор между несколькими решениями вопроса. Так как все они одинаково возможны...то...в интересах наиболее полного достижения идеалов правосудия он должен предпочесть то решение, которое

[1] *Баглай М. В.* Вступительная статья к работе А. Барака «Судейское усмотрение». XII.

[2] *Емузов А. С.* Усмотрение судьи: правовые и нравственные проблемы // Российский судья. 2005. № 6. С. 38.

[3] *Демченко Г. В.* Неясность, неполнота и недостаток закона // Журнал Министерства юстиции. 1904. № 8. С. 345.

лучше, т.е. при котором толкуемые законы оказываются наиболее совершенными»[1]. И.А. Покровский под «судейским усмотрением» понимал «право более свободного истолкования, восполнения и даже исправления закона сообразно требованиям справедливости и веления судейской совести»[2]. Следовательно, он, как и многие другие специалисты, допускал возможность смешения правового регулирования правоотношений и «судебного усмотрения».

Характерно, что после 1917 г. «усмотрение» рассматривалось как волевая сторона соотношения целесообразности и законности[3]. В 1948 г. о целесообразности в сфере применения закона писали и многие другие авторы[4]. В.Ф. Бохан, продолжая данную мысль, писал: «Усмотрение — творческая, интеллектуально-волевая деятельность компетентного субъекта, **в процессе которой окончательно формируется его нравственная позиция по рассматриваемому делу»**[5] (выделено мною. — *В.Е.*).

В советский период, в рамках юридического позитивизма, научные и практические работники, как правило, проблемы «усмотрения» рассматривали в самом общем виде. Так, А.П. Коренев писал: под усмотрением понимается «определенная рамками законодательства известная степень свободы органа в правовом разрешении индивидуального конкретного дела...»[6]. В современный период в России активно исследуются проблемы «пределов судебного усмотрения»[7], а также соотношения «судейского усмотрения и судейского правотворчества»[8].

Далее представляется необходимым коротко проанализировать позиции зарубежных научных работников, исходя из основных концепций правопонимания, распространенных на Западе. Следует заметить, что представители естественного права не признают судебного усмотрения. Например, Р. Дворкин полагал, что каждая правовая

---

[1] *Васьковский Е.В.* Судейское усмотрение при толковании законов // Право. 1901. № 30. С. 2222.

[2] *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. С. 90.

[3] *Лазарев Б.Н.* Компетенция органов управления. М., 1972. С. 92.

[4] См., например: *Лунев А.Е., Студеникин С.С., Ямпольская Ц.А.* Социалистическая законность в советском государственном управлении. М., 1948. С. 63.

[5] *Бохан В.Ф.* Формирование убеждения суда. Минск, 1973. С. 94.

[6] *Коренев А.П.* Нормы административного права и их применение. М., 1978. С. 73, 74.

[7] См., например: *Ермакова К.П.* Правовые пределы судебного усмотрения // Журнал российского права. 2010. № 8. С. 50–58.

[8] *Лозовская С.В.* Соотношение судейского усмотрения и судейского правотворчества // Российский судья. 2012. № 9. С. 24–26.

проблема имеет только одно правовое решение, поскольку «право — закрытая система, не оставляющая место для судебного усмотрения. Судья не создает новые нормы, а только раскрывает существующие»[1]. Такая точка зрения прежде всего основывается на проблеме пробелов в праве. Однако необходимость «судебного усмотрения», а точнее индивидуального судебного регулирования правоотношений, вызывается и другими причинами, например, коллизиями в праве, а также абстрактной и относительно определенной природой основополагающих (общих) и специальных принципов, а также норм права. С одной стороны, право должно быть действительно относительно закрытой системой, ограниченной прежде всего лишь основополагающими (общими) и специальными принципами, а также нормами права, содержащимися в формах национального и (или) международного права, реализуемыми в государстве. В то же время, с другой стороны, принципы и нормы права прежде всего в силу их абстрактного и относительно определенного характера не могут регулировать всё многообразие конкретных правоотношений. Это вызывает объективную необходимость дополнения правового регулирования правоотношений их индивидуальным регулированием. Яркий представитель школы естественного права М. Хейл убедительно писал: «Судьи не создают собственного права, судебные решения «меньше, чем право», право независимо от судебного выражения»[2].

Прямо противоположную позицию в проблеме «судебного» усмотрения занимают сторонники правового позитивизма, дискуссионно отождествляющие судебное усмотрение с судебным нормотворчеством. Они признают возможность судов творить право. Такой подход основывается на основной идее позитивизма — производности права от государства, в том числе и от государственных органов судебной власти, а также на критике теории разделения властей.

По мнению Л. Н. Берга, в современный период в англосаксонской правовой системе «...доминируют два направления правового позитивизма — аналитический и социологический...в Великобритании превалирует аналитический позитивизм, в США — социологический[3]. При этом если сторонники аналитического позитивизма рас-

[1] *Dworkin R. M.* Law's Empire Cambridge, 1986. P. 225.

[2] *Hale M.* The history of the common law of England. L., 1971. P. 45.

[3] *Берг Л. Н.* Проблема судебного усмотрения в аспекте компаративистики // Академический юридический журнал. 2007. № 4. С. 4.

сматривают судебный прецедент как один из возможных источников права[1], то представители социологического позитивизма пытаются все право свести к «живому» судебному праву[2]. Так, Г. Харт считал: «Судьям требуется усмотрение для того, чтобы заполнить опасные пробелы в праве. В случае вынесения решения по сложным делам судьи должны руководствоваться внутренними морально-политическими установками, определенными в том числе и их социальным статусом»[3]. Отсюда прежде всего представители социологического позитивизма в своих исследованиях делают акцент на пределах судебного усмотрения и судебной активности.

На мой взгляд, в основе дискуссионности позиций сторонников как аналитического, так и социологического позитивизма находится, во-первых, в основном ограничение «всего» права только нормами права, выработанными органами государственной власти, в том числе судом; во-вторых, — смешение правового и индивидуального регулирования правоотношений.

Особенность континентальной правовой семьи состоит в признании законодательства, а точнее — внутригосударственного правового акта, в качестве, как правило, основного или, более того, единственного источника права[4]. В то же время, например, согласно ст. 4 Гражданского кодекса Франции акты Кассационного совета Франции являются не только ориентиром, но и принципиальным указателем при рассмотрении конкретных дел[5]. Гражданский кодекс Испании в аналогичных случаях позволяет судьям обращаться к обычаю, судебному решению и общим принципам. В ст. 1 Гражданского кодекса Швейцарии сформулирована норма права, в соответствии с которой при отсутствии закона или обычая судья должен разрешать спор на основании правила, которое он установил, будучи законодателем, следуя традиции и господствующей доктрине.

Судьи континентальной Европы (впрочем, как и судьи англосаксонской правовой семьи), как правило, в случаях пробелов

---

[1] *Марченко М.Н.* Основные источники англо-саксонского права: понятие, прецедент // Вестн. Моск. ун-та. Сер 11. Право. 1999. № 4. С. 29.

[2] *Богдановская И.Ю.* Судебный прецедент — источник права? // Государство и право. 2002. № 12. С. 6.

[3] *Hart H.L. A.* The concept of law. Edition. 1994. P. 132.

[4] *Богдановская И.Ю.* Указ. соч. С. 9.

[5] Общая история государства и права: Акад. курс / Под ред. М.Н. Марченко. Т. 2. С. 120.

в отдельных формах национального и (или) международного права по существу и прежде всего вырабатывают не «судебные прецеденты права», а своеобразные «прецеденты» индивидуального судебного регулирования фактических правоотношений прежде всего посредством применения аналогии «закона» и межотраслевой аналогии «закона». Отсюда, в континентальной правовой семье «судебное усмотрение» рассматривается как «мягкое» право, выработанное с позиции научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания, синтезирующей право и неправо. Такой подход — это своеобразный компромисс между сторонниками естественного права и правового позитивизма, правом и неправом, практически разнообразным искусственным конгломератом правового и индивидуального регулирования правоотношений.

В современный период в России анализируются традиционные вопросы судебного усмотрения при пробелах в праве[1], гарантии ограничения «судебного усмотрения»[2], пределы «судебного усмотрения»[3], понятия «судебное усмотрение»[4], «судейское усмотрение» и судейская ошибка[5]. Так, К. П. Ермакова весьма неопределённо писала: «Судебное усмотрение представляет собой властную деятельность суда по осуществлению правосудия, состоящую в использовании интеллектуально-волевого механизма, позволяющего суду произвести выбор варианта решения юридического дела»[6].

Анализ показывает, что проблема индивидуального регулирования правоотношений имеет не только важнейшее теоретическое, но также и непереоценимое практическое значение. В связи с этим не могу согласиться с авторами, принижающими её практический аспект. Например, Р. С. Вахитов и Е. В. Севастьянова без каких-либо доказательств, думаю, спорно утверждали: «...Современное российское законодательство содержит незначительное количество норм, на которых

---

[1] *Грачёва Ю.* Возможно ли судебное усмотрение при пробелах в уголовном праве // Уголовное право. 2010. № 3. С. 108–112.

[2] *Грачёва Ю.* Гарантии ограничения судейского усмотрения при применении норм с оценочными понятиями // Законность. 2010. № 8. С. 46–49.

[3] *Ермакова К. П.* Пределы судебного усмотрения: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2010.

[4] *Клеандров М. И.* О судейском усмотрении. С. 4–16.

[5] *Клеандров М. И.* Судейское усмотрение, судейская ошибка. С. 5–16.

[6] *Ермакова К. П.* Указ. соч. С. 8.

основывается судебное усмотрение»[1]. В этой связи вызывает сомнение также и специальная школа наказаний, используемая с 1987 г. в США. Полагаю также теоретически необоснованным, а практически неосуществимым, например, предложение Б.Я. Гаврилова об установлении в Уголовном кодексе жёстких правил учёта при назначении наказания отдельных повторяющихся и наиболее распространённых признаков совершения преступлений, указав степень влияния каждого признака на определение размера наказания[2]. Характерна и оговорка самого автора: «Вместе с тем указанные правила назначения наказаний не должны быть слишком детализированы и категоричны»[3].

Очень многие научные и практические работники исследовали проблему пределов «судебного усмотрения». Так, Л.Н. Берг, думаю, спорно с позиции научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания, синтезирующей право и неправо, к пределам «судебного усмотрения», как это ни странно, относил как право, так и неправо. Например, предписания материальной нормы права, обстоятельства дела, правоположения судебной практики, принципы права, полномочия суда, содержание выдвинутых требований, процессуальные сроки[4]. В свою очередь, К.П. Ермакова также теоретически дискуссионно связывала правовые пределы судебного усмотрения не только с принципами и нормами права, но и с юридической практикой их применения[5], которая, как известно, может быть весьма разнообразной и не всегда теоретически корректной, т.е. так же, как с правом, так и с неправом. О.А. Папкова полагала, что пределом «судебного усмотрения» может выступать справедливость[6]. Следовательно, автор также дискуссионно предлагала по существу «измерять» право неправом.

Еще более неопределённое мнение имел И.Н. Сенякин, считавший, что пределы «судебного усмотрения» «имеют внутренние и внешние

---

[1] *Вахитов Р.С., Севастьянова Е.В.* Судейское усмотрение и некоторые проблемы его реализации // Арбитражная практика. 2002. № 6. С. 41.

[2] *Гаврилов Б.Я.* Об ограничении судейского усмотрения при назначении уголовного наказания // Юридический консультант. 2006. № 1. С. 43.

[3] Там же.

[4] *Берг Л.Н.* Судебное усмотрение и его пределы (общетеоретический аспект): Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2008.

[5] *Ермакова К.П.* Указ. соч. С. 9.

[6] *Папкова О.А.* Пределы судейского усмотрения в гражданском процессе // Журнал российского права. 1998. № 2. С. 10.

источники»[1]. Внутренние источники, полагал И. Н. Сенякин, подразделяются на два вида: «...источники, обусловленные правовой нормой, и источники, обусловленные мировоззрением судей»[2]. К первому виду внутренних источников, на его взгляд, относятся: пробелы в законе, неупорядоченность и усложнённость законодательства. Ко второму — правосознание, жизненный опыт, судебная практика[3]. Наконец, также весьма неопределённо И. Н. Сенякин описывал и внешние источники пределов «судебного усмотрения». «Внешние источники, — писал он, — можно разделить на три группы: связанные с полномочиями судьи на осуществление судебного усмотрения; с формой судебного усмотрения; с содержанием судебного усмотрения»[4].

Таким образом, общая проблема проанализированных выше позиций научных работников состоит в том, что, во-первых, высказанные ими точки зрения носят весьма неопределённый характер, чрезвычайно осложняющий их практическое применение; во-вторых, изложенные позиции основаны на научно дискуссионной концепции интегративного понимания права, по существу, в целом состоящей в отождествлении как права, так и неправа. Действительным собственно правовым пределом «судебного усмотрения» могут быть основополагающие (общие) и специальные принципы, а также нормы права, содержащиеся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемые в государстве[5].

Понятие «усмотрение» применяет и Конституционный Суд Российской Федерации. Например, в Определении Конституционного Суда Российской Федерации от 20 ноября 2003 г. № 404-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Цапина Юрия Владимировича на нарушение его конституционных прав ст. 1070 Гражданского кодекса Российской Федерации, ст. 33 Закона Российской Федерации

---

[1] *Сенякин И. Н.* Соотношение судебного усмотрения и законности в частном праве // Вопросы теории государства и права: Актуальные проблемы современного российского государства и права. Межвуз. сб. научн. тр. / Под ред. М. И. Байтина. Саратов, 2007. Вып. 6 (15) С. 38.

[2] Там же.

[3] Там же. С. 38, 39.

[4] Там же. С. 39.

[5] См.: *Ершов В. В.* Право и неправо: дискуссионные вопросы теории и практики. С. 24–31.

«Об авторском праве и смежных правах» и ч. 3 ст. 322 Гражданского процессуального кодекса РСФСР» говорится: «Применяя предписания к конкретным обстоятельствам дела, судья принимает решение **в пределах предоставленной ему законом свободы усмотрения,** что не может рассматриваться как нарушение каких-либо конституционных прав и свобод гражданина» (выделено мною. — *В.Е.*). Вместе с тем, во-первых, Конституционный Суд Российской Федерации не выработал какого-либо определения понятия «усмотрение»; во-вторых, как это ни странно, почему-то ограничивает «усмотрение» только «законом».

А. Барак определил «судебное усмотрение» как «полномочие, данное лицу, которое обладает властью выбирать между двумя или более альтернативами, когда каждая из альтернатив законна»[1]. Данное определение представляется дискуссионным по целому ряду причин. Среди них, во-первых, спорным представляется определение «усмотрения» как «полномочия», и является весьма неопределенным, поскольку зачастую такое «полномочие» чем-либо прямо не предусмотрено. Во-вторых, вызывает сомнение и отнесение «усмотрения» к «полномочию» как родовому понятию. В-третьих, спорным можно рассматривать и рассмотрение усмотрения как полномочия «выбирать между двумя или более альтернативами», так как, например, в процессе применения относительно определённых норм права или в случае пробелов в каких-либо отдельных формах национального и (или) международного права собственно «альтернатив» нет. В-четвертых, А. Барак полагал: «Каждая из альтернатив законна». Однако право не ограничивается только национальным законом, а в случаях пробелов в праве «закона» зачастую просто нет.

А. А. Малиновский предложил ещё более общий и неопределённый вывод: «Усмотрение можно определить как выбор субъектом определённой цели и способов её достижения или как возможность выражать свою волю и принимать решения независимо от воли других лиц»[2]. Недостаточно убедительным также представляется и определение «судейского усмотрения», выработанное О. А. Папковой: «Судейским усмотрением является предусмотренная юридическими нормами, осуществляемая в процессуальной форме мотивированная правоприменительная деятельность суда, состоящая в выборе вари-

[1] *Барак А.* Указ. соч. С. 13.

[2] *Малиновский А. А.* Усмотрение в праве // Государство и право. 2006. № 4. С. 102.

антов решения правового вопроса, имеющая общие и специальные пределы»[1].

Проблемы «судебного (судейского) усмотрения» неоднократно исследовались и в диссертациях на соискание учёной степени доктора юридических наук. Например, А. Ю. Мкртумян по существу разделил спорный вывод А. Барака: «Судейское усмотрение..., — писал он, представляет собой выбор суда по своей инициативе из представленных законом альтернатив»[2]. Ю. В. Грачева также весьма неопределённо считала: «Судейское усмотрение в уголовном праве — это осуществляемый в процессуальной форме **специфический аспект правоприменительной деятельности,** заключающийся в использовании предоставленных судье... — уголовно-правовыми нормами правомочий по выбору решения, в пределах, установленных законом, в соответствии с его правосознанием и волей законодателя, исходя из принципов права и конкретных обстоятельств совершения преступления»[3] (выделено мною. — *В.Е.*). П. А. Гук в диссертации на соискание учёной степени доктора юридических наук на тему: «Судебная практика как форма судебного нормотворчества в правовой системе России: общетеоретический анализ» пришёл также к весьма неопределённому выводу: «Судейское усмотрение...является одним из свойств судейского мышления. Под судейским мышлением понимается предоставленное судье право свободного анализа и выбора единственного возможного варианта решения...»[4].

Характерно, что в специальной литературе содержатся не только самые общие и весьма неопределенные, но и прямо противоположные точки зрения. Например, А. Т. Боннер считал: «...Разрешение дела на основании аналогии закона или права не может быть признано формой судейского усмотрения, так как здесь отсутствует какая-либо свобода при выборе вариантов решения»[5]. Неред-

---

[1] *Папкова О.А.* Указ. соч. С. 39.

[2] *Мкртумян А.Ю.* Судебный прецедент в гражданском праве России и Армении: Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. М., 2011. С. 9.

[3] *Грачёва Ю.В.* Судейское усмотрение в реализации уголовно-правовых норм: проблемы законотворчества, теории и практики: Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. М., 2011. С. 8.

[4] *Гук П.А.* Судебная практика как форма судебного нормотворчества в правовой системе России: общетеоретический анализ. С. 14.

[5] *Боннер А.Т.* Применение закона и судебное усмотрение // Советское государство и право. 1979. № 6. С. 40.

ко авторы не разграничивали «судебное усмотрение» и конкретизацию права. Так, М. Ф. Лукьяненко писал: «При применении гражданско-правовой нормы с оценочным понятием более справедливо говорить о конкретизирующем правотворчестве, **осуществляемом путем правоприменительного восполнения содержания оценочного понятия»**[1] (выделено мною. — *В. Е.*). Такую позицию по существу разделил и ряд авторов диссертаций на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Например, О. В. Попов пришел к выводу: «Конкретизирующее правотворчество поднимает норму права до высот «содержательного минимума», в результате чего норма расширяется в объеме, «обрастает» дополнительным содержанием»[2].

Однако с позиции разграничения права и неправа своего «содержательного минимума» норма права должна достигать только в процессах деятельности управомоченных правотворческих органов и лиц, которым предоставлено право, например, вырабатывать более детальные и конкретные, специальные принципы и нормы права. Выше названные авторы, по существу, отождествляли «судебное усмотрение» и судебное правотворчество. Вместе с тем одной из важнейших теоретических проблем, встречающихся в практике судебного правотворчества, является то, что суд применяет «норму», выработанную им в процессе судебного рассмотрения конкретного спора, к отношениям, имевшим место в прошлом, т. е. вырабатывает так называемое «собачье право». Следовательно, придаёт выработанной судом «норме права» обратную силу в нарушение одного из основополагающих (общих) принципов национального и международного права — запрещения приданию праву обратной силы. Показательно, что «нежелательные последствия» судебного правотворчества признает в своей работе и А. Барак[3].

Исследуя «предмет судейского усмотрения», А. Барак выделял «факт», «применение нормы» и «саму норму»[4]. «Первый тип усмотрения касается фактов в сопоставлении с нормой; второй тип имеет дело с нормой в сопоставлении с фактами; третий включает нор-

---

[1] *Лукьяненко М. Ф.* Усмотрение как способ применения оценочных понятий гражданского права // Право и политика. 2008. № 8. С. 1947.

[2] *Попов О. В.* Теоретико-правовые вопросы судебного правотворчества в Российской Федерации: Дисс. ... канд. юрид. наук. Тольятти, 2004. С. 56.

[3] *Барак А.* Указ. соч. С. 227.

[4] Там же. С. 20.

му в сопоставлении с ней самой и прочей частью нормативной системы»[1]. Вместе с тем с позиции разграничения права и неправа, думаю, «предметом судебного усмотрения» может быть только индивидуальное регулирование правоотношений в пределах, установленных основополагающими (общими) и специальными принципами, а также нормами права, содержащимися в системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве, т. е. как «право», так и «факты».

При таком теоретическом подходе, как представляется, возможно сделать следующий вывод: принимая во внимание абстрактный и относительно определенный характер основополагающих (общих) и специальных принципов права, а также норм права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве, многочисленные коллизии и пробелы в праве, а также многообразие и развитие правоотношений, правовое регулирование правоотношений без их индивидуального регулирования (равно и наоборот), как правило, практически невозможно или контрпродуктивно[2]. Отсюда допустимо сделать несколько выводов: 1) регулирование правоотношений является родовым и общенаучным понятием; 2) правовое и индивидуальное регулирование правоотношений являются его видами, которые теоретически более обоснованно рассматривать как парные категории; 3) теоретически обоснованное и практически эффективное регулирование правоотношений достигается лишь в результате интеграции как правового, так и индивидуального регулирования правоотношений; 4) понятия «дискреция», «судебное усмотрение» и «судейское усмотрение» представляются теоретически спорными и весьма неопределенными, а практически — контрпродуктивными.

Далее рассмотрим проблемы реализации права в целом и судебного правоприменения с позиции теории систем, а также научно обоснованной концепции интегративного понимания права, прежде всего синтезирующей в себе позитивистский и социологический типы правопонимания. В соответствии с названными общенаучными и теоретическими положениями, во-первых, право

[1] Там же. С. 25.

[2] См.: *Ершов В.В.* Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений как парные категории. С. 4–23.

не ограничивается только нормами права, содержащимися в «законодательстве», вырабатываемом органами государственной власти, а с объективной необходимостью дополняется основополагающими (общими) и специальными принципами национального и (или) международного права, содержащимися в иных формах национального и (или) международного права, реализуемыми в государстве. Во-вторых, правовое регулирование правоотношений с объективной необходимостью дополняется индивидуальным регулированием, «саморегулированием», но в пределах основополагающих (общих) и специальных принципов, а также норм права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве.

В научных исследованиях подчеркивается, что право[1], правоприменение[2] и, в частности, судебное правоприменение[3] являются объективно необходимыми средствами социального управления. Действительно, судебное правоприменение обладает целым рядом признаков, в целом присущих социальному управлению. Среди них — целенаправленное организующее регулирование правоотношений, рассмотрение и разрешение с этой целью споров решений, связь управления с информационными процессами, необходимость дополнения «внешнего» (правового) регулирования «внутренним саморегулированием» (индивидуальным регулированием) в пределах основополагающих (общих) и специальных принципов, а также норм права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве; наличие целой системы связей между правотворческими, исполнительными и судебными органами власти, антиэнтропийный характер управления, связь управленческих процессов с развитием системы права.

Вместе с тем, в частности, судебное правоприменение объективно отличается от иных средств управления. Например, управляющее воздействие осуществляется только посредством реализации основополагающих (общих) и специальных принципов, а также норм

---

[1] Право и социология. М., 1973. С. 5.

[2] *Дюрягин И.Я.* Применение норм советского права и социальное (государственное) управление: Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. Свердловск, 1975. С. 4.

[3] *Петрухин И.Л., Батуров Г.П., Морщакова Т.Г.* Теоретические основы эффективности правосудия. М., 1979. С. 123, 124.

права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве; деятельность органов судебной власти обеспечивается возможностью использования принудительной силы прежде всего государства и происходит в процессуальных формах, установленных в федеральных законах.

Важнейшее значение в процессе изучения проблем социального управления имеет применение выводов и положений теории информации. Н. Винер убедительно писал: «Понимание общества возможно только на пути исследования сигналов и относящихся к нему средств связи, а теория управления является только частью теории информации, являющейся обозначением содержания, полученного из внешнего мира в процессе нашего приспособления к нему, мерой организации сложной системы»[1]. Положение о связи управления и информации в юридической литературе «приобрело статус методологического принципа исследования сложных динамических систем»[2].

С позиции теории информации управление можно рассматривать как уменьшение неупорядоченности (энтропии), достигаемое посредством обмена прескриптивной (предписывающей) информацией, например, основополагающими (общими) и специальными принципами, а также нормами права, содержащимися в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемыми в государстве, и дескриптивной (осведомительной, корректирующей) информацией, в частности, судебной практикой, способствующей индивидуальному регулированию правоотношений и направляемой по каналам обратной связи в правотворческие органы с целью дальнейшего развития соответствующих принципов и норм права. «Окружающий нас мир, — гениально писал Н. Винер, — это мир процесса, а не окончательного, мертвого равновесия»[3].

В связи с изложенными общенаучными аргументами, анализируя проблемы правоприменения в целом и судебного правоприменения, в частности, представляется теоретически обоснованным,

---

[1] *Винер Н.* Кибернетика и общество. М., 1958. С. 30.

[2] *Туманов Г.А., Герасимов А.П.* Методологические возможности кибернетики в государственно-правовой сфере // Советское государство и право. 1982. № 9. С. 34.

[3] *Винер Н.* Я — математик. С. 314.

а практически необходимым оптимальное сочетание правового и индивидуального регулирования (в том числе индивидуального судебного регулирования) правоотношений, безусловно, в пределах основополагающих (общих) и специальных принципов, а также норм права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве.

Важное теоретическое и практическое значение имеет дифференциация сфер правового и индивидуального регулирования правоотношений. «Главным критерием такого разграничения, — по недостаточно убедительному мнению В. В. Глазырина и В. И. Никитинского, — может служить следующее правило: общие свойства объектов правового воздействия, существенные для правового регулирования данного вида общественных отношений, должны найти отражение в норме права (как правиле общего действия) (на мой взгляд, — прежде всего в основополагающих (общих) и (или) специальных принципах национального и (или) международного права, и только в последующем — в нормах права, установленных в соответствии с названными принципами права, сложившимися в спорных правоотношениях), индивидуальные же характеристики объектов...отражаются на уровне правоприменения путём предоставления законом соответствующих возможностей для усмотрения правоприменителя»[1] (с моей точки зрения, теоретически точнее — индивидуального регулирования правоотношений).

Рассматривая управленческую природу, в частности, судебного правоприменения, необходимо подчеркнуть недостаточность «внешнего» — правового регулирования правоотношений и необходимость его дополнения «внутренним саморегулированием» — индивидуальным судебным регулированием. Этот вывод убедительно подтверждается в случае применения общенаучных правил управления в процессе анализа проблем судебного правоприменения. Так, закон необходимого разнообразия позволяет определить степень (меру) требуемого разнообразия основополагающих (общих) и специальных принципов, а также норм права, содержащихся в единой системе форм национального и (или) международного

[1] *Глазырин В.В., Никитинский В.И.* Эффективность правоприменительных актов // Советское государство и право. 1984. № 2. С. 16.

права, реализуемых в государстве, в их отношении с опосредуемыми развивающимися и многообразными правоотношениями. Ибо, по У. Эшби, сформулировавшему этот закон, степень разнообразия управляющей подсистемы должна быть не меньше степени разнообразия управляемой подсистемы, поскольку «...только разнообразие может уничтожить разнообразие»[1].

Таким образом, основополагающие (общие) и специальные принципы, а также нормы права, содержащиеся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемые в государстве, с объективной необходимостью должны предусматривать всё богатство индивидуальных и конкретных правоотношений. Однако в действительности это даже теоретически недостижимо. В связи с этим возникает необходимость в таких «компенсаторных» юридических средствах, как индивидуальное регулирование правоотношений и выработка в процессе правоприменительной практики неправа. «Право, — теоретически недостаточно точно писал С. С. Алексеев, — это не только структурно сложная, динамическая система, но и система в известной степени «саморегулирующаяся» и «самонастраивающаяся»[2]. С учетом изложенных общенаучных, теоретических и правовых аргументов, на мой взгляд, прежде всего не право самостоятельно является «саморегулирующейся» и «самонастраивающейся» системой, не собственно правовое регулирование правоотношений, а, в частности, индивидуальное судебное регулирование фактических правоотношений позволяет учитывать индивидуальные особенности конкретного казуса.

Принимая во внимание названные общенаучные, теоретические и правовые аргументы можно сделать вывод: даже самые совершенные основополагающие (общие) и специальные принципы, а также нормы права, содержащиеся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемые в государстве, по целому ряду объективных и субъективных причин недостаточны для эффективного регулирования фактически многообразных и развивающихся правоотношений.

Вместе с тем на первом этапе в СССР многие научные и практические работники с позиции доведенного до крайности юридического

[1] *Эшби У. Р.* Введение в кибернетику. С. 293–302.
[2] *Алексеев С. С.* Проблемы теории права. Т. 2. С. 265.

позитивизма предлагали отказаться от применения в советском законодательстве относительно определенных и диспозитивных норм права, пытались теоретически обосновать возможность его дальнейшего развития посредством применения в нём только абсолютно определенных норм права, тотального правового регулирования правоотношений.

Например, Е. Г. Мартынчик считал возможным дополнить обширным перечнем, содержащим семь пунктов, ст. 232 УПК РСФСР, имевшую оценочное положение, согласно которому суд при рассмотрении дела в распорядительном заседании имел право принимать решение о его направлении на доследование в случае существенного нарушения уголовно-процессуального закона при производстве дознания или предварительного следствия. В частности, одним из безусловных оснований для направления дела на доследование Е. Г. Мартынчик называл допущенные на стадии досудебного производства «...нарушения прав потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика»[1]. Трудно согласиться также с его выводом о том, что «...реальное выполнение судом второй инстанции обязанностей по выявлению и устранению всех нарушений норм УПК возможно будет лишь тогда, когда **в самом законе исчерпывающе, а не примерно будут закреплены существенные нарушения норм УПК, которые независимо от усмотрения судей влекут отмену приговора»**[2] (выделено мною. — *В.Е.*). С учетом вышеназванных общенаучных, теоретических и правовых аргументов предложение Е. Г. Мартынчика является не только спорным, но и практически нереальным ввиду бесконечного многообразия фактических правоотношений.

На втором этапе отдельные уже российские ученые начали признавать объективную необходимость по существу индивидуального судебного регулирования правоотношений. Однако, во-первых, как правило, спорно называли его «судебным усмотрением»; во-вторых, дискуссионно относили индивидуальное судебное регулирование к «нетипичным ситуациям правоприменительного процесса»[3]. Так, В. В. Лазарев предлагал выделять следующие разновидности «нетипичных ситуаций»: а) правоприменение при пробелах

[1] *Мартынчик Е. Г.* Развитие уголовно-процессуального законодательства. Кишинев, 1977. С. 128, 129.

[2] Там же.

[3] *Лазарев В. В.* Избранные труды. Т. 1: Закон. Законность. Применение закона. С. 35.

в праве; б) правоприменение при одновременном осуществлении конкретизации правовых норм; в) применение права при значительном допущении усмотрения правоприменителя; г) применение права при производстве государственно-правового эксперимента; д) применение правовых норм общественностью[1].

Вместе с тем, принимая во внимание изложенные выше общенаучные, теоретические и правовые аргументы, во-первых, аналогичные и иные процессы, скорее, являются «типичными ситуациями», нежели чем «нетипичными».

Во-вторых, традиционное применение в юридической литературе понятия «усмотрение» кого-либо, в том числе судьи, является теоретически спорным. Представляется более точным понятие «индивидуальное регулирование (в частности, — «индивидуальное судебное регулирование») правоотношений».

В-третьих, правоприменитель не вправе заниматься в своей деятельности конкретизацией норм права, поскольку конкретизация права — это разновидность правотворческого процесса, в результате которого управомоченные органы вырабатывают прежде всего более детальные нормы права. При таком теоретическом подходе судебное правоприменение — это вид правоприменения, заканчивающийся вынесением судебного акта, обязательного только для лиц, участвующих в деле, а не выработкой норм права, обязательных для неопределённого круга лиц.

Среди объективных и субъективных причин необходимости индивидуального регулирования правоотношений прежде всего следует назвать абстрактный характер принципов и норм права. Абстракцию, из которой выхолощено всё единичное и особенное, Г. Гегель называл пустой, скучной, безжизненной, бесцветной и бессодержательной всеобщностью, а развитие понимал как движение от абстрактного к богатому конкретному[2]. Понятие «абстракция» означает мысленное отвлечение от индивидуальных особенностей сторон предмета, выделение в нём существенных, главных характеристик. Абстрактному противоположно конкретное, представляющее собой результат синтеза, выделение более детальных, индивидуальных сторон предметов. Вместе с тем, разграничивая понятие «абстракт-

[1] *Лазарев В.В.* Указ. соч. С. 36.
[2] *Гегель Г.* Соч. Т. VI. С. 17, 18, 315.

ное» и «конкретное», необходимо подчеркнуть и их диалектическую взаимосвязь. С одной стороны, абстрактное выводится из конкретного, является выражением его существенных сторон. С другой стороны, конкретное характеризует индивидуальные особенности абстрактного, детализирует его сущность, достигается путём восхождения от абстрактного к конкретному.

При таком общенаучном методологическом подходе основополагающие (общие) и специальные принципы, а также нормы права следует рассматривать как абстрактное, из которого «выхолощено всё особенное и единичное». Отсюда развитие регулирования правоотношений теоретически более обоснованно анализировать как «восхождение», движение от абстрактных основополагающих (общих) и (или) специальных принципов, а также норм права к «богатому конкретному», индивидуальному регулированию правоотношений.

В свою очередь, конкретное — как результат индивидуального регулирования правоотношений, выделение и регулирование более детальных, индивидуальных особенностей казуса. Разграничивая правовое и индивидуальное регулирование правоотношений, вместе с тем следует подчеркнуть также и объективную необходимость их взаимосвязи, взаимодополнения, а, следовательно, и совместного анализа. С одной стороны, родовые и видовые особенности правоотношений подлежат «абстрактному», т. е. общему и специальному правовому регулированию. Однако, с другой стороны, конкретные особенности возникшего спора объективно требуют индивидуального регулирования правоотношений.

Объективная необходимость индивидуального регулирования правоотношений вызывается не только абстрактным характером основополагающих (общих) и (или) специальных принципов, а также норм права, но также и их относительной определённостью. Так, в национальных правовых актах весьма редко можно обнаружить абсолютно определённые нормы права, выраженные предельно точно, ясно и не нуждающиеся в индивидуальном регулировании правоотношений. Именно такие случаи более точно следует относить к «нетипичным». И наоборот, типичными случаями являются включение, например, законодателем в национальные правовые акты относительно определенных норм права, не содержащих достаточных качественных и количественных характеристик об условиях их реализации, правах и обязанностях конкретных участников

правоотношений, нуждающихся в дополнительном индивидуальном регулировании правоотношений, в частности, в виде толкования принципов и норм права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве.

3.3. Виды индивидуального регулирования правоотношений

Правовое регулирование правоотношений, прежде всего в связи с его универсальным и абстрактным характером, а также неизбежными ошибками управомоченных правотворческих органов и лиц, развивающимися и усложняющимися фактическими правоотношениями по объективным и субъективным причинам должно дополняться индивидуальным регулированием[1]. В юридической литературе, с одной стороны, обоснованно отмечается: правоприменение (в том числе судебное правоприменение) — объективно необходимое средство социального управления[2], одним из общенаучных выводов которого является необходимость дополнения «внешнего» (правового) регулирования правоотношений «внутренним саморегулированием». Как представляется, индивидуальное регулирование (в том числе индивидуальное судебное регулирование) правоотношений является одним из возможных способов «саморегуляции», присущим всем социальным системам, в частности, системе права. В соответствии с универсальными категориями — общее, особен-

---

[1] См. подробнее: *Ершов В.В.* Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений как парные категории. С. 4–23; *Он же*. Право и неправо: дискуссионные вопросы теории и практики. С. 24–31; *Ершов В.В., Петухов Н.А.* Правовые социальные, организационные и кадровые деятельности судей // Российское правосудие. 2013. № 3. С. 4–14; *Ершов В.В.* Правовая природа правовых позиций суда // Российское правосудие. 2013. № 6. С. 37–47; *Ершов В.В.* Частный договор — источник российского права? // Российское правосудие. 2013. № 7. С. 5–11; *Ершов В.В.* Судебное усмотрение? Индивидуальное регулирование // Российское правосудие. 2013. № 8. С. 5–16; *Ершов В.В.* «Судебный прецедент»? «Судебный прецедент толкования права»? // Российское правосудие. 2013. № 9. С. 4–16; *Ершов В.В.* Индивидуальное правовое регулирование? Саморегулирование? // Российское правосудие. 2013. № 10. С. 4–14.

[2] *Петрухин И.Л., Батуров Г.П., Морщакова Т.Г.* Теоретические основы эффективности правосудия. М., 1979. С. 123, 124; *Ершов В.В.* Индивидуальное судебное регулирование // Правоведение. 1986. № 6. С. 9–17.

ное и единичное, в юридической литературе исследованы отдельные проблемы правового и индивидуального регулирования правоотношений[1], отмечена недостаточность только «нормативного» регулирования, нереалистичность задач, ориентированных на его всеохватывающий характер и полное вытеснение «внутреннего саморегулирования»[2].

В этой связи возможно сделать принципиальный вывод: теоретически спорным и весьма упрощённым представляется «классическое», выработанное с позиции юридического позитивизма («устоявшееся» в юридической литературе) понимание правоприменения как подведение фактических отношений под имеющуюся норму права по методу логического умозаключения, в котором норма права является большей посылкой, а конкретный казус — меньшей. С моей точки зрения, во-первых, основополагающие (общие) принципы права, содержащиеся в формах национального и (или) международного права, могут регулировать лишь родовые особенности правоотношений. Во-вторых, — специальные принципы и нормы права — видовые особенности правоотношений. В-третьих, — конкретные же особенности правоотношений требуют их индивидуального регулирования, конечно, в рамках основополагающих (общих) и (или) специальных принципов, а также норм права, содержащихся в формах национального и (или) международного права, реализуемых в государстве.

В связи с этим возникает вопрос о видах индивидуального регулирования правоотношений, которые недостаточно проанализированы в юридической литературе. Кроме того, нередко исследователи данной проблемы высказывали и дискуссионные выводы. Так, И. А. Покровский под «судейским усмотрением» (точнее — «под» «индивидуальным судебным регулированием» — *В. Е.*)[3] понимал «право более свободного истолкования, восполнения и даже исправления закона сообразно требованиям справедливости и веления судейской совести»[4]. С таким пониманием «судейского усмотрения» (а точнее — индивидуального судебного регулирования)

---

[1] *Явич Л. С.* Общая теория права. С. 19–81; *Алексеев С. С.* Общая теория права. Т. 1. С. 49–51.

[2] *Пискотин М. И.* Социализм и государственное управление. М., 1984. С. 175.

[3] *Ершов В. В.* Судебное усмотрение? Индивидуальное регулирование. С. 5–16.

[4] *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права. С. 90.

трудно согласиться. На мой взгляд, во-первых, индивидуальное судебное регулирование правоотношений не ограничивается только «истолкованием» права. Во-вторых, «восполнение» и «исправление» закона является компетенцией управомоченных правотворческих органов и недопустимо в процессе индивидуального регулирования правоотношений. В-третьих, необходимо разграничивать «право» и «неправо», к которому, в частности, многие авторы относят «справедливость» и «судейскую совесть»[1]. Зачастую исследователи выделяют виды индивидуального регулирования правоотношений лишь в самом общем виде. Например, Н. В. Радутная заметила: «Судейское усмотрение, как правило, связано с толкованием правовой нормы и выбором варианта решения из нескольких альтернатив»[2]. Аналогичный вывод возможно сделать и в соответствии с позицией А. Барака, который писал: «Для меня усмотрение — это полномочие данное лицу, которое обладает властью выбирать между двумя и более альтернативами, когда каждая из альтернатив законна»[3]. Однако понятие «полномочие», использованное автором как родовое, носит весьма неопределённый характер. Кроме того, индивидуальное регулирование правоотношений по отношению к правовому регулированию правоотношений является не альтернативным, а дополнительным, субсидиарным. Наконец, автор почему-то «альтернативу» соотносил только с законом, а не с правом в целом.

А. Барак также выделял три «варианта» «судейского усмотрения». «Первый — это факты. Судейское усмотрение выбирает из совокупности фактов те, которые кажутся необходимыми для разрешения конфликта. Второй — применение данной нормы. Судейское усмотрение отбирает из различных методов применения, которые даются нормой, один, который находит подходящим. Третья область усмотрения лежит в установлении самой нормы»[4]. Изложенная позиция представляется теоретически дискуссионной, а практически контрпродуктивной. Так, при всей важности анализа фактических обстоятельств дела в процессе правоприменения индивидуальное регулирование относится к исследованию как права, так и фак-

---

[1] См.: *Ершов В. В.* Право и неправо: дискуссионные вопросы теории и практики. С. 24–31.

[2] *Радутная Н. В.* Этика судьи. Пособие для судей. М.: РАП, 2002. С. 51.

[3] *Барак А.* Судейское усмотрение. С. 13.

[4] Там же.С. 20.

тов. Следует признать также спорным и весьма неопределённым выделение А. Бараком «второй области» судейского усмотрения, в результате которого «судейское усмотрение отбирает из различных методов применения, которые даются нормой», «метода применения», являющегося «подходящим». Аналогичные возражения можно высказать и в отношении «третьей области усмотрения», «лежащей в установлении самой нормы, в результате которого «судейское усмотрение выбирает из нормативных возможностей вариант, который кажется подходящим».

Весьма неопределенным и теоретически дискуссионным представляется также и выделение «сильных», «слабых» и «сильно-слабых» видов судейского усмотрения[1] (точнее — индивидуального судебного регулирования. — *В.Е.*). Л.Н. Берг неубедительно развивал данный вывод: «...Благодаря стараниям западных ученых социологического направления теория судебного усмотрения содержит несколько классификаций, таких как сильное и слабое усмотрение, официальное и неофициальное, предварительное и окончательное»[2].

Многие исследователи относят к одному из видов индивидуального регулирования правоотношений (судебному усмотрению) конкретизацию права. Так, М.Ф. Лукьяненко писал: «...При применении гражданско-правовой нормы с оценочным понятием более правильно говорить о конкретизирующем правотворчестве, осуществляемом путем правоприменительного восполнения содержания оценочного понятия»[3]. По мнению О.В. Попова, «конкретизирующее правотворчество поднимает норму права до высот «содержательного минимума», в результате чего норма расширяется в объеме, «обрастает» дополнительным содержанием»[4]. Возможность конкретизации норм права в процессе индивидуального судебного регулирования в диссертационных исследованиях поддерживается целым рядом ученых[5]. Например, П.А. Гук без достаточных теоретических

---

[1] *Папкова О.А.* Усмотрение суда. М., 2005. С. 328.

[2] *Берг Л.Н.* Проблема судебного усмотрения в аспекте компаративистики // Академический юридический журнал. 2007. № 4.

[3] *Лукьяненко М.Ф.* Усмотрение как способ применения оценочных понятий гражданского права // Право и политика. 2008. № 8. С. 1947.

[4] *Попов О.В.* Теоретико-правовые вопросы судебного правотворчества в Российской Федерации: Дисс. ... канд. юрид. наук. Тольятти, 2004. С. 56.

[5] См., например: *Коваленко Е.Н.* Судебное решение: теоретико-методологические и технико-юридические аспекты: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Ростов-н/Д.,

и правовых аргументов полагал: «Судебная норма, как и всякая правовая норма, обладает общеобязательностью, направлена на регулирование отношений между субъектами права, возникновение у них прав и обязанностей, распространяется на неопределенный круг лиц, обеспечивается судебными органами через средства информации, поддерживается иерархичностью судебной системы, её единообразное применение контролируется судебными инстанциями»[1].

Аналогичный вывод делают и другие практические работники в своих монографических исследованиях. Так, М. В. Баглай во вступительной статье к работе А. Барака «Судейское усмотрение» пришел, думаю, к теоретически спорному, но категорическому выводу: «Совершенно очевидно, что судейское усмотрение часто проявляет себя как форма правотворчества»[2]. Более того, представители школы свободного права полагают, что суд может проявить свободное правотворчество, разрешая по своему убеждению вопросы, прямо не предусмотренные законом, прежде всего на основе справедливости, в том числе contra legem[3].

Однако сторонники судебного правотворчества, в том числе судебной конкретизации имеющихся принципов и норм права, как правило, ограничиваются только конкретными примерами, к сожалению, действительно имеющимися в судебной практике. Вместе с тем, очевидно, что подобная судебная практика не соответствует основополагающим теоретическим положениям о разделении властей в действительно правовом государстве, провозглашенном в ст. 10 Конституции РФ, в соответствии с которым все национальные суды отнесены исключительно только к правоприменительным, а не одновременно к правотворческим и правоприменительным органам государственной власти.

Виды индивидуального регулирования правоотношений, на мой взгляд, можно классифицировать по различным основаниям. Например, в случае отсутствия спора — по субъектам индивидуального регулирования правоотношений возможно выделять:

2009. С. 8, 9.

[1] *Гук П. А.* Судебная практика как форма судебного нормотворчества в правовой системе России: общетеоретический анализ. С. 14.

[2] *Баглай М. В.* Вступительная статья к работе А. Барака «Судейское усмотрение». С. IX–X.

[3] См., например: *Марчук В. П.* «Свободное право» в буржуазной юриспруденции. Критика концепции Е. Эрлиха. Киев, 1977.

1) индивидуальное саморегулирование, (например, совершение односторонних сделок: согласно п. 2 ст. 154 ГК РФ «односторонней считается сделка, для совершения которой в соответствии с законом, иными правовыми актами или соглашением сторон необходимо и достаточно выражения воли одной стороны»); 2) договорное регулирование, например, добровольное соглашение двух или многосторонних сделок. В соответствии со ст. 153 ГК РФ «сделками признаются действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей».

В случае возникновения спора между лицами индивидуальное регулирование правоотношений достигается посредством обращения к иным управомоченным лицам и (или) органам с целью последующей выработки и утверждения добровольного соглашения либо в случае рассмотрения спора управомоченным органом и отказа спорящих лиц от выработки и утверждения в дальнейшем добровольного соглашения — принятие обязательного решения властным органом, например, судом. В связи с этим можно выделять: 1) индивидуальное медиативное регулирование. 2) индивидуальное регулирование органов, управомоченных принимать обязательное решение (например, суда — индивидуальное судебное регулирование).

С точки зрения собственно содержания процессов индивидуального регулирования правоотношений, в частности, возможно выделять следующие его виды: 1) толкование принципов и норм права; 2) преодоление коллизий между принципами и (или) нормами права, содержащимися в формах внутригосударственного и (или) международного права, реализуемыми в государстве; 3) применение факультативных, альтернативных, относительно определенных, диспозитивных и т. д. норм права; 4) применение генеральных клаузул (оговорок) и управомочивающих норм права; 5) преодоление пробелов в отдельных формах национального и (или) международного права.

Учитывая объем данного параграфа, вынужден остановиться только на отдельных проблемах и лишь некоторых видах индивидуального регулирования правоотношений с позиции содержания его процессов. Чаще всего научные и практические работники анализируют такой вид «судебного усмотрения» (на мой взгляд, точнее — индивидуального судебного регулирования. — *В. Е.*), как толкование норм

права. К сожалению, в России не принят закон о толковании права, хотя, например, в Израиле закон о толковании принят ещё в 1981 г. В то же время такие предложения обсуждались в юридической литературе[1]. С моей точки зрения, в будущем Федеральном законе «О толковании права» необходимо, во-первых, определить основополагающие (общие) и (или) специальные принципы, а также нормы права, содержащиеся как в формах национального права, так и в формах международного права, реализуемые в России. Во-вторых, предлагаю также установить субъекты обязательного толкования основополагающих (общих) и (или) специальных принципов, а также норм права; выработать норму права о том, что акты обязательного толкования данных принципов и норм права действуют только на будущее. К сожалению, в настоящее время по этому поводу мы встречаемся с разнообразной и противоречивой практикой, например, Конституционного Суда Российской Федерации. В-третьих, множество споров в юридической литературе вызывает также и проблема способов толкования внутригосударственного и (или) международного права. В частности, языкового, логического, системного и исторического. Предлагаю в будущем законе определить открытый перечень способов толкования права, посвятив содержанию каждого способа толкования, как минимум, отдельную статью. В-четвертых, в судебной практике нередко встречается расширительное и (или) ограничительное толкование основополагающих (общих) и (или) специальных принципов, а также норм права. Отсюда с целью буквального толкования права в будущем законе необходимо выработать специальные принципы и нормы права о толковании «замысла»[2] и об аутентичном толковании права в момент его принятия управомоченным правотворческим органом.

Характерно, что с позиции юридического позитивизма существуют три основных подхода к толкованию закона. Первый — уяснение воли законодателя. Второй — уяснение смысла закона. Третий — уяснение как воли законодателя, так и смысла закона.

На мой взгляд, как в процессе выработки основополагающих (общих) и (или) специальных принципов, а также норм права, содержащихся в национальном и (или) международном праве, реализуемых

[1] См., например: *Ершов В.В.* Судебная власть в правовом государстве: Дисс. ... д-ра юрид. наук. С. 207–209.

[2] *Барак А.* Указ. соч. С. 100.

в государстве, так и в ходе исследования индивидуальных (частных) договоров первична воля органов и лиц, их вырабатывавших. Такой теоретический подход основан на принципе древнеримского права — «в соглашениях договаривающихся сторон важно обращать больше внимания на волю, чем на слова». Отсюда, герменевтика — искусство толкования не столько текстов права, сколько его замысла. Вместе с тем, «обратив больше внимания» на волю и выяснив её, в дальнейшем следует «обращать внимание» и на слова.

Е. В. Васьковский убедительно и образно писал: «...Слова нормы являются лишь средством для выражения мысли законодателя, а отсюда следует, что они имеют значение лишь постольку, поскольку достигают этой цели»[1]. Отсюда им сделан обоснованный вывод: «...задача толкования норм состоит в раскрытии действительной мысли их автора»[2]. В дальнейшем автор, как представляется, дискуссионно разграничивал два вида толкования: «1) изъяснение... 2) логическое развитие»[3]. При таком подходе ученый спорно писал: толкование не ограничивается учением о правоприменении[4]. В то же время первый вид толкования он разграничивал на два подвида: словесное и реальное. Словесное толкование связывалось с грамматическим, а реальное — с логическим толкованием. Наконец, в результате Е. В. Васьковский пришёл к дискуссионному выводу: «...учение о толковании норм должно распадаться на три главные части: 1) о словесном толковании, 2) о реальном толковании, 3) о логическом развитии норм»[5].

Вместе с тем, на мой взгляд, во-первых, прежде всего теоретически более обоснованно выделять языковой, логический, системный и исторический способы толкования права. Во-вторых, с позиции разделения властей толкование права, производимое правоприменительными органами, характеризуется уяснением имеющихся принципов и норм права для себя и разъяснением их для других. В то же время правотворческие органы, выработавшие данные специальные принципы и нормы права, вправе производить и собственное

---

[1] *Васьковский Е. В.* Цивилистическая методология: Учение о толковании и применении гражданских законов. М., 2002. С. 87.

[2] Там же.

[3] Там же. С. 88.

[4] Там же. С. 90.

[5] Там же. С. 97.

аутентичное толкование этих принципов и норм права, поскольку они лучше других знают «замысел» их возникновения. К сожалению, данный вывод не находит своего достаточно определенного подтверждения у Е. В. Васьковского: «...принцип отделения законодательной власти от судебной может получить полное осуществление только в том случае, когда и судья лишён права законодательствовать, и законодатель не имеет возможности судить...значит нельзя суду обращаться к законодателю, ибо он примет новую норму...»[1].

Е. В. Васьковский, ограниченный жёсткими рамками юридического позитивизма и исследовавший самостоятельные проблемы только толкования и лишь закона, пришёл к следующему дискуссионному выводу: «Так как объективного, всеми признанного критерия справедливости не существует, а принципы права вообще и естественного права, в частности, являются спорными, то дело всегда сводится к полному и бесконтрольному судейскому усмотрению, от которого недалеко и до произвола. Судья становится при таком порядке в известной мере законодателем и может, прикрываясь личиной справедливости или сомнительными юридическими принципами, безнаказанно злоупотреблять своей властью»[2]. Теоретически обоснованное толкование права является видом индивидуального регулирования правоотношений в границах, установленных не «справедливостью» и сомнительными юридическими «принципами», а в пределах, ограниченных основополагающими (общими) и (или) специальными принципами, а также нормами права, содержащимися в формах национального и (или) международного права, реализуемыми в государстве. При таком подходе «полное и бесконтрольное судейское усмотрение» и «произвол» суда теоретически несостоятелен.

В связи с этим предоставляется спорным социологический способ толкования норм права. Данный «...способ означает использование при уяснении содержания норм права характеристик и оценок различных аспектов конкретно-исторической реальности, знаний о социальных условиях, т. е. социологический способ основан на обращении к внешним по отношению к самой системе права, но в отличие от исторического способа современным источникам информации

[1] *Васьковский Е. В.* Указ. соч. С. 139.
[2] Там же. С. 279.

и критериям оценки данных о содержании нормы права»[1]. Это — путь «осовременивания», «развития», «эволютивного толкования», например, законов, Конституции Российской Федерации или Европейской Конвенции о правах человека посредством, по существу, правоприменительной деятельности судов, в результате принятия судебных актов. Вместе с тем, как справедливо подчеркивал сам Е. В. Васьковский, «...задача толкования...состоит в раскрытии действительной мысли...автора...»[2] нормы закона, а не в её развитии.

Преодоление коллизий между основополагающими (общими) и (или) специальными принципами, а также нормами права, содержащимися в формах национального и (или) международного права, реализуемыми в государстве, — следующий весьма распространенный вид индивидуального регулирования правоотношений. Данная тема ещё не нашла своего должного исследования в юридической литературе и закрепления в федеральных законах. Только в отдельных научных работах ставится вопрос о необходимости принятия соответствующего закона[3]. Такой федеральный закон особенно актуален в настоящее время в связи с применением, например, судами не только норм «законодательства», но также основополагающих (общих) и (или) специальных принципов, а также норм права, содержащихся в иных формах национального и (или) международного права, реализуемых в России. В этой связи в будущем федеральном законе, во-первых, необходимо сформулировать понятие коллизий в праве. Во-вторых, — установить иерархию основополагающих (общих) и специальных принципов, а также норм права, содержащихся в формах национального и (или) международного права, реализуемых в России. В-третьих, выработать норму права, в соответствии с которой специальные принципы и нормы права, содержащиеся в формах национального и (или) международного права, имеющие более низкую юридическую силу, и не соответствующие основополагающим (общим) принципам национального и (или) международного права (jus cogens), не подлежат применению в конкретных спорах впредь до устранения

---

[1] *Гранат Н.Л., Колесникова О.М., Тимофеев М.С.* Толкование норм права в правоприменительной деятельности органов внутренних дел. М., 1991. С. 50.

[2] *Васьковский Е.В.* Указ. соч. С. 87.

[3] См., например: *Ершов В.В.* Судебная власть в правовом государстве: Дисс. ... д-ра юрид. наук. С. 230–232.

управомоченными правотворческими органами, организациями и т. д. коллизий в праве. В-четвертых, в данном федеральном законе необходимо выработать единую терминологию «устранения» и «преодоления» коллизий в национальном и (или) международном праве. Устранять коллизии в праве могут только управомоченные правотворческие органы, организации и т. д. Преодолевать же коллизии в праве в каждом конкретном споре (ad hoc) имеют право прежде всего правоприменительные органы. В-пятых, в федеральном законе следует выделить основные виды коллизий в праве (иерархические, темпоральные, территориальные и содержательные) и дать их характеристику. В-шестых, в федеральном законе необходимо выработать норму права, содержащую ответ на вопрос: как должны поступать правоприменительные органы в случаях одновременного установления нескольких видов коллизий. Например, при совпадении иерархических, содержательных и темпоральных коллизий в праве приоритет необходимо отдавать прежде всего принципам и (или) нормам права, имеющим более высокую юридическую силу, затем исключающим принципам и (или) нормам права, наконец принципам и (или) нормам права, выработанным в более позднее время.

В юридической литературе практически не исследуется вопрос о соотношении специальных принципов и (или) норм права, содержащихся в национальных кодексах, а также специальных принципов и (или) норм права, закрепленных в других федеральных законах. Между тем данная проблема имеет важное как теоретическое, так и практическое значение. В настоящее время в России действует 21 федеральный кодекс. Из них в 12 федеральных кодексах (например, в ст. 5 Трудового кодекса Российской Федерации) сформулированы нормы права о том, что «в случае противоречий между настоящим Кодексом и иным федеральным законом, применяются нормы права, содержащиеся в Кодексе», а в других федеральных кодексах такие нормы отсутствуют. В этой связи представляется обоснованным предложение, например, М. А. Заниной, о принятии Кодексов в форме федеральных конституционных законов[1].

[1] *Занина М. А.* Коллизии кодексов и других федеральных законов, относящихся к различным отраслям законодательства // Российское правосудие. 2009. № 12. С. 27–36.

3.4. «Позиции» судов

В соответствии с этимологией слова *«позиция»* (от лат. — pozitio) понятие «позиция» — это точка зрения, мнение по какому-либо вопросу[1]. В то же время в специальной литературе, судебных актах и национальных правовых актах традиционно применяется другое понятие — «правовые позиции судов». Например, Н.А. Власенко и А.В. Гринёва полагали: «Правовые позиции» — «продукт мыслительной деятельности человека, прежде всего профессионала... Современная юридическая наука **под правовой позицией в самом общем виде понимает оценку фактической реальности и систему аргументов, выводов и предложений по её правовому урегулированию»**[2] (выделено мною. — *В.Е.*). Однако как в общей теории права, так и в судебной практике всё с большей остротой неизбежно вновь и вновь возникают вопросы. Первый: являются ли «правовые позиции судов» разновидностью права либо — неправа[3]? Второй: корректно ли теоретически само понятие **«правовые** (выделено мною. — *В.Е.*) позиции суда»? На мой взгляд, позиции суда скорее возможно рассматривать в качестве одного из видов неправа. При таком теоретическом подходе параграф 3.4 называется не «Правовая природа судов», а «Позиции судов».

В отдельных зарубежных правовых актах содержатся термины, в определенной степени близкие с традиционным понятием «правовая позиция». Например, в Норвегии часть итогового акта Верховного Суда должна содержать «правовое воззрение» (rettsoppfatning) судей, в соответствии с которым обосновывается их решение. В 1926 г. в Закон о Верховном суде Норвегии внесли изменение, в соответствии с которым в решении судов должно быть выражено правосознание (uttalt rettsoppfatning)[4]. Исходя из ст. 13 Органического закона Испании «О Конституционном суде», палата может передать дело на рассмотрение пленума, если она сочтёт

[1] *Ожегов С.И.* Словарь русского языка. М., 1973. С. 503. Новейший энциклопедический словарь. С. 997.

[2] *Власенко Н.А., Гринёва А.В.* Судебные правовые позиции (основы теории). М., 2009. С. 26, 27.

[3] См., например: *Ершов В.В.* Право и неправо: дискуссионные вопросы теории и практики. С. 24–31.

[4] *Исаев М.А.* Основы конституционного строя Норвегии. М., 2001. С. 156.

необходимым отступить от предшествующей доктрины[1]. Однако, думаю, как данные, так и иные аналогичные нормы права, содержащиеся в зарубежных правовых актах, также не позволяют отвечать на вопрос о природе позиций судов как органа государственной власти, в том числе в России.

М. А. Митюков обоснованно заметил, что «протопозиции» современных «правовых позиций судов» можно обнаружить в практике Верховного суда СССР, однако они были неустойчивы и зачастую противоречивы[2]. Председатель Комитета конституционного надзора СССР С. С. Алексеев, также не затрагивая вопрос о природе позиций судов, лишь в общем виде использовал «устоявшееся» понятие «правовые позиции»: «Решение комитетом вопросов в принципе, определение исходных **правовых позиций представляется весьма существенным. Ими, как символами, очерчиваются контуры законодательной системы с очень важной стороны. Контуры, определяемые международно признанными правами человека»**[3] (выделено мною. — *В. Е.*).

Термин «правовая позиция судей» применялся, например, в Законе РСФСР от 6 мая 1991 г. «О Конституционном Суде РСФСР», а также в ст. 23 Закона РСФСР от 4 июля 1991 г. № 1543-1 «Об Арбитражном суде». Так, в ст. 6 Закона РСФСР «О Конституционном Суде РСФСР» была сформулирована следующая норма права: «Решения Конституционного Суда РСФСР в соответствии с точным смыслом Конституции РСФСР выражают правовую позицию судей, свободную от соображений практической целесообразности и политических склонностей». Норма права, содержащая термин «правовые позиции Конституционного Суда РСФСР», в данном Законе не содержалась. Вместе с тем, например, Л. В. Лазарев, полагаю, дискуссионно, отождествлял «правовые позиции судей» и «правовые позиции Конституционного Суда»: «Имеется в виду именно правовая позиция Конституционного Суда как коллегии судей, а не правовые позиции судей в индивидуальном качестве»[4]. В то же время

---

[1] Испания. Конституция и законодательные акты / Под ред. Н. Н. Разумовича. М., 1982. С. 116.

[2] *Митюков М. А.* Судебный конституционный надзор 1924–1933 гг.: вопросы истории, теории и практики. М., 2005. С. 145–155.

[3] Цит. по: *Митюков М. А.* Кризис конституционного надзора // На пути к конституционному правосудию (1986–1991 гг. — противоборство альтернатив: конституционный надзор или конституционный суд). С. 46.

[4] *Лазарев Л. В.* Правовые позиции Конституционного Суда России. М., 2003. С. 15.

В. М. Баранов и В. Г. Степанков, напротив, считали, что поскольку в Законе РСФСР «О Конституционном Суде РСФСР» содержится лишь термин «правовая позиция судей», постольку термин «правовая позиция судов» не имеет права на существование. Такой вывод следует из признания решения суда компромиссным документом, складывающимся на основании позиции большинства судей, а не общей правовой позиции[1].

Вместе с тем точка зрения В. М. Баранова и В. Г. Степанкова представляется спорной, поскольку любой судебный акт является решением соответствующего суда, а не большинства судей. Отсюда, думаю, необходимо разграничивать понятия «правовые позиции судей» и «правовые позиции судов», в том числе Конституционного Суда Российской Федерации. Более обоснованный вывод выработала О. Н. Кряжкова: «...правовая позиция судей — это элемент их профессионального правосознания»[2].

На Конституционном совещании, проводившемся с 29 апреля по 10 ноября 1993 г., было внесено предложение о необходимости принятия нового Закона РСФСР «О Конституционном Суде РСФСР». Однако проблема внесения в закон термина «правовые позиции судов» также не обсуждалась[3].

Законопроект «О Конституционном Суде РСФСР» разрабатывался с ноября 1993 г. по март 1994 г. Было подготовлено пять его вариантов. Понятие «правовая позиция...» появился уже в его первом варианте. В ч. 3 ст. 26 законопроекта «Вопросы, рассматриваемые в заседаниях палат Конституционного Суда Российской Федерации» было записано: «По инициативе Председателя Конституционного Суда Российской Федерации или трёх членов палаты, не согласных с принятым соответствующей палатой решением по делу, вопрос может быть передан на рассмотрение в пленарном заседании Конституционного Суда Российской Федерации. Дело передаётся на рассмотрение в пленарном заседании и в том случае, если принятое палатой решение или согласованный в палате проект

---

[1] *Баранов В. М., Степанков В. Г.* Правовая позиция как общетеоретический феномен. Н. Новгород, 2003. С. 91, 103.

[2] *Кряжкова О. Н.* Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации: теоретические основы и практика реализации судами России. М., 2006. С. 9.

[3] Конституционное совещание: Стенограммы. Материалы. Документы. 29 апреля-10 ноября 1993 г. В 20 т. М., 1995–1996.

расходится с **правовой позицией,** выраженной в предшествующих решениях другой палаты или принятых в пленарных заседаниях»[1] (выделено мною. — *В.Е.*).

В следующих редакциях законопроекта (январь–февраль 1994 г.) термин «правовые позиции Конституционного Суда» по существу был отождествлен с нормами права: «Решения Конституционного Суда Российской Федерации действуют непосредственно и не требуют подтверждения другими органами и должностными лицами. Если признание нормативного акта неконституционным создало пробел в правовом регулировании, непосредственно применяется Конституция Российской Федерации и постановление Конституционного Суда Российской Федерации. Правовая позиция, выраженная в постановлении по конкретному делу, является обязательной для других судов и иных органов»[2].

Следует заметить, что Комитет по законодательству и судебно-правовой реформе Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации на представленный законопроект дал теоретически убедительное отрицательное заключение. В частности, в нём подчёркивалось: «ч. 2 ст. 74 проекта закона **Суд «наделяет законодательными полномочиями, что противоречит месту и назначению Конституционного Суда Российской Федерации в системе разделения властей, Конституции Российской Федерации»**[3] (выделено мною. — *В.Е.*).

Члены рабочей группы Конституционного Суда Российской Федерации теоретически весьма неопределенно возражали Комитету по законодательству и судебно-правовой реформе: «Правовая позиция — это не само решение, а то, что лежит в основе его принятия (и может быть изложено в его мотивировочной части): правопонимание, истолкование права по какому-либо правовому вопросу, конституционно правовая доктрина, выработанная коллективно судьями при рассмотрении дела...**правовая позиция чаще всего представляет собой толкование Конституции. Правовая позиция может быть и изменена, уточнена, дополнена, но в любом случае должна выражать мнение**

[1] См.: Протоколы и стенограммы совещания судей Конституционного Суда Российской Федерации и других совещаний по проекту Закона о Конституционном Суде Российской Федерации // Архив Конституционного Суда Российской Федерации. Управление судебных заседаний. 1993. Дело № 16. Т. 2. Л. 19.

[2] См.: Там же. Л. 140.

[3] Там же. Т. 6. Л. 10.

большинства судей»[1] (выделено мною. — *В.Е.*). Следовательно, по существу члены рабочей группы Конституционного Суда Российской Федерации согласились с точкой зрения о том, что «правовые позиции» Конституционного Суда Российской Федерации являются разновидностью неправа.

Характерно и следующее: в процессе доработки законопроекта в статью о пересмотре решения Конституционного Суда Российской Федерации были внесены изменения, в значительной степени соответствующие Конституции Российской Федерации. Из ст. 73 проекта «Передача дела палатой на рассмотрение в пленарном заседании» были изъяты наиболее радикальные предложения, и статья приобрела весьма неопределённый характер: если палата большинством голосов участвующих в заседании судей считает необходимым принять решение, не соответствующее правовой позиции, выраженной в ранее принятых решениях Конституционного Суда, дело передаётся на рассмотрение в пленарное заседание[2]. В этом компромиссном варианте данная статья и вошла в текст закона «О Конституционном Суде Российской Федерации».

Однако в процессе сложившегося обсуждения весьма отчетливо обнаружилась теоретическая неопределённость нормы права о «природе» «правовых позиций» Конституционного Суда. По мнению Г.А. Гаджиева, в процессе подготовки этой статьи разработчики «пошли на то, что восприняли немецкий опыт... Придётся в регламенте расписывать: а что такое правовая позиция, и кто определяет правовую позицию»[3]. Автор справедливо настаивал на том, что необходимо выработать какие-то подходы к определению термина «правовая позиция», так как «никто из нас не может ответить на вопрос, что такое правовая позиция». Было высказано два, на мой взгляд, спорных предложения. Первый: изложить вопросы, связанные с «правовыми позициями», в Регламенте Суда (Г.А. Гаджиев). Второй: разработать в практике Суда (Т.Г. Морщакова)[4].

---

[1] См.: Протоколы и стенограммы совещания судей Конституционного Суда Российской Федерации и других совещаний по проекту Закона о Конституционном Суде Российской Федерации. 1993. Дело № 16. Т. 6. Л. 22, 23.

[2] Там же. Т. 7. Л. 88.

[3] См.: Там же. 1994. Дело № 1. Т. 3. Л. 220.

[4] Там же.

Вместе с тем, согласно ст. 28 «Регламента Конституционного Суда Российской Федерации» в первоначальной редакции Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», «в Регламенте Конституционного Суда Российской Федерации на основе Конституции Российской Федерации и настоящего федерального конституционного закона устанавливаются: порядок определения персонального состава палат Конституционного Суда Российской Федерации; порядок распределения дел между ними; порядок определения очерёдности рассмотрения дел в пленарных заседаниях и в заседаниях палат; некоторые правила процедуры и этикета в заседаниях; особенности делопроизводства в Конституционном Суде Российской Федерации; требования к работникам аппарата Конституционного Суда Российской Федерации; иные вопросы внутренней деятельности Конституционного Суда Российской Федерации». Думаю, во-первых, определение «природы правовых позиций» Суда изложенная норма права явно не относила к Регламенту Конституционного Суда Российской Федерации; во-вторых, теоретически спорно «разрабатывать» «природу правовых позиций» суда и «в практике судов».

В ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» содержались два термина: «правовая позиция судей» (ст. 29) и «правовая позиция, выраженная в ранее принятых решениях Конституционного Суда Российской Федерации». В связи с отсутствием аутентичного толкования указанных терминов в Законе была сделана спорная попытка разъяснения второго термина в Регламенте Конституционного Суда РФ от 1 марта 1995 г. № 2–1/6. В соответствии с § 40 Регламента, после окончания слушания дела в палате и до завершения закрытого совещания судей по принятию итогового решения любой из судей, участвующих в рассмотрении дела, вправе поставить вопрос о несоответствии предлагаемого решения по делу «правовой позиции», выраженной в ранее принятых решениях Конституционного Суда. Отсюда возможно сделать следующий вывод: как указанный Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации», так и Регламент Конституционного Суда Российской Федерации от 1 марта 1995 г. не определяли «природу» термина «правовая позиция», выраженную в ранее принятых решениях Конституционного Суда Российской Федерации.

В специальной юридической литературе многие ученые также делают весьма неопределённые заявления о природе «правовых позиций» Конституционного Суда Российской Федерации. Так, В. А. Савицкий писал: «Очевидно, что есть «**нечто, имеющее большое значение для конституционно-правовых отношений; именуется «правовой позицией Конституционного Суда», но не имеет четкого однозначного определения»**[1] (выделено мною. — *В. Е.*). Неясность в понимании этого социального явления Л. В. Лазарев объяснял отсутствием его легальной дефиниции, а также противоречивостью точек зрения, высказанных в публикациях по данной проблеме[2]. Так, В. О. Лучин рассматривал «правовые позиции» как итоговую позицию Конституционного Суда и приводимую в обоснование решения аргументацию[3]. По мнению В. А. Кряжкова, «правовая позиция» Конституционного Суда — это логико-правовое обоснование конечного вывода Суда, содержащегося в постановляющей части его решения, формулируемое в виде правовых умозаключений, установок, имеющее обязательное значение[4]. Н. А. Власенко и А. В. Гринева, проанализировав взгляды многих научных работников, также пришли к весьма неопределенному заключению: «Современная юридическая наука под правовой позицией понимает «оценку фактической реальности и систему аргументов, выводов и предложений по ее правовому урегулированию. **Это своего рода логико-юридическая конструкция, выражающая отношение к праву, правовому регулированию и его нормам»**[5] (выделено мною. — *В. Е.*). Не совсем ясна также и точка зрения В. Н. Карташова: «...под правовой позицией следует понимать соответствующим образом осознанное, мотивированное и внешне выраженное положение по поводу разрешения того или иного юридического вопроса, ситуации и т. д.»[6].

---

[1] *Савицкий В. А.* Юридическая сила решений Конституционного Суда Российской Федерации // Юридический мир. 2000. № 9. С. 50.

[2] *Лазарев Л. В.* Указ. соч. С. 60.

[3] *Лучин В. О., Доронина О. Н.* Жалобы граждан в Конституционный Суд Российской Федерации. М., 1998. С. 40.

[4] *Кряжков В. А.* Конституционное правосудие в субъектах Российской Федерации (правовые основы и практика). М., 1999. С. 109.

[5] *Власенко Н. А., Гринева А. В.* Судебные правовые позиции (основы теории). С. 27.

[6] *Карташов В. Н.* Правовые позиции Верховного Суда Российской Федерации по поводу применения судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права // В кн.: Судебное правоприменение: проблемы теории и практики. М.: РАП, 2007. С. 234.

Следует отметить, что значительное число научных и практических работников косвенно или прямо относит «правовые позиции» Конституционного Суда Российской Федерации к «источникам», точнее — к формам права. Более того, Б. А. Страшун и И. В. Сухинина полагали: «Ныне уже общепризнано, что судебные решения, содержащие правовые позиции, следует рассматривать как источник права, который в зависимости от национальной правовой системы государства по своей юридической силе либо равен закону, либо следует непосредственно за ним»[1]. Г. А. Гаджиев разделял данное мнение: «...Именно правовые позиции Конституционного Суда следует считать источником права...»[2]. К. Н. Коротеев, думаю, не совсем удачно попытался аргументировать изложенную точку зрения: «Конституционный Суд ни в коей мере не лишается своих правотворческих функций. Признавая законы неконституционными, он создает новые нормы, ведь **отмена законодательных и подзаконных норм является в то же время созданием новых норм»**[3] (выделено мною. — *В. Е.*). Вместе с тем действующая Конституция Российской Федерации не предоставляет Конституционному Суду Российской Федерации правотворческих функций, возможности создавать новые нормы права, а также «отменять» «законодательные и подзаконные нормы права».

Активным сторонником данной точки зрения являлся и В. Д. Зорькин. «Поскольку, — писал он, — Конституционный Суд обладает самостоятельной правотворческой функцией, следует признать, что его решения приобретают прецедентный характер и становятся источниками права... Правовые позиции Конституционного Суда, содержащиеся в решениях, фактически отражают его **особого рода правотворчество** (выделено мною. — *В. Е.*). Решения Конституционного Суда с содержащимися в них правовыми позициями занимают особое место в общей системе источников права в России»[4]. Более

---

[1] *Страшун Б. А., Сухинина И. В.* О базе данных «Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации» // Конституционное правосудие. 2008. № 1. С. 30.

[2] *Гаджиев Г. А.* Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации как источник конституционного права // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. 1999. № 3 (28). С. 82.

[3] *Коротеев К. Н.* Правовые позиции Конституционного Суда РФ: элемент процесса или норма права? // Закон. 2009. № 9. С. 66.

[4] *Зорькин В. Д.* Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. 2004. № 12. С. 4, 5.

того, В. Д. Зорькин категорично утверждал: **«...Юридическая сила итоговых решений Конституционного Суда превышает юридическую силу любого закона, а соответственно практически равна юридической силе самой Конституции...»**[1] (выделено мною. — *В. Е.*).

В качестве аргумента в пользу своей точки зрения В. Д. Зорькин приводил слова не названного в статье американского судьи о том, что «Конституция — это то, что о ней говорят судьи... Таким образом, — полагал автор, — любое толкование высшего закона страны, которое дается Конституционным Судом в его правовых позициях, имеет конституционную силу». Более того, по мнению В. Д. Зорькина, Конституционный Суд, применяя и истолковывая Конституцию, выявляет не только «букву», но и «дух» тех или иных ее положений на каждом новом этапе развития и тем самым приспосабливает ее к меняющимся отношениям в обществе («живое право», «живая Конституция»)[2]. Вместе с тем целый ряд авторов выступили с критикой данных взглядов, высказанных В. Д. Зорькиным (и подобных им точек зрения), отметив недостаточность теоретических и правовых аргументов, их подтверждающих[3]. Характерно, что, выступая 6 декабря 2016 г. на IX Всероссийском съезде судей, он высказал уже иную точку зрения, признавая суд не правотворческим, а правоприменительным органом.

Нельзя не заметить и следующее: большинство ученых и практических работников относит «правовые позиции» суда к результатам толкования права. Так, О. Н. Кряжкова, анализируя «правовые позиции» Конституционного Суда, предложила их определять как правовой вывод, являющийся результатом толкования Конституционным Судом Российской Федерации Конституции Российской Федерации и конституционного смысла иных нормативных правовых актов, который служит юридическим основанием решений Конституционного Суда и носит обязательный и устойчивый характер[4]. Вместе с тем «юридическим основанием решений Конституционного Суда

[1] Там же.

[2] Там же.

[3] См., например: *Байтин М. И.* О юридической природе Конституционного Суда Российской Федерации // Судебное правоприменение: проблемы теории и практики. С. 227; *Лучин В. О.* Конституция Российской Федерации. Проблемы реализации. М., 2002. С. 536, 537.

[4] *Кряжкова О. Н.* Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации: теоретические основы и практика реализации судами России. М., 2006. С. 39.

служит» всё же Конституция Российской Федерации. В. В. Лазарев также полагал, что «правовые позиции» Конституционного Суда Российской Федерации следует рассматривать как нормативно-интерпретационные «установления», являющиеся результатом судебного конституционного толкования, правовым основанием итогового решения Конституционного Суда Российской Федерации, имеющим общий и обязательный характер»[1].

В то же время, как убедительно писал В. О. Лучин, «недопустимо под видом толкования подвергать Конституцию своеобразной ревизии, создавать нормы, обладающими свойствами конституционных. Наоборот, толкование Конституции призвано противодействовать попыткам отойти на практике от точного смысла конституционных норм. При этом оно не создает новых норм, а лишь раскрывает смысл, заложенный в толкуемом положении Конституции. Результат толкования должен быть тождественен смыслу конституционной нормы. При этом недопустимо какое-либо преобразование её содержания»[2]. При таком теоретическом подходе В. О. Лучин сделал и соответствующий вывод: Конституционный Суд Российской Федерации **«...не вправе подменять собой народ, принявший Конституцию. Он лишь постигает её подлинный смысл». Право Конституционного Суда Российской Федерации на обязательное толкование Конституции Российской Федерации «вовсе не доказывает, что он является «соучредителем», «соавтором» Конституции и вправе по своему усмотрению её переписывать»**[3] (выделено мною. — *В.Е.*).

М. И. Байтин также разделял точку зрения о том, что Конституционный Суд Российской Федерации вправе только толковать Конституцию: «Соответственно статусу Конституционного Суда и его функциональному назначению в смысле разделения властей его акты, в том числе итоговые правовые решения, по своей юридической природе представляют собой не нормативные правовые акты, а особую разновидность актов толкования права»[4]. Более того, он пришёл к выводу «...о необходимости разграничения понятий «судебный прецедент как источник права» и «прецедент судебного

---

[1] *Лазарев В.В.* Правовые позиции Конституционного Суда России. М., 2003. С. 74.

[2] *Лучин В.О.* Конституция Российской Федерации. Проблемы реализации. С. 536, 537.

[3] Там же. С. 569.

[4] *Байтин М.И.* О юридической природе Конституционного Суда Российской Федерации. С. 227.

толкования». С точки зрения М. И. Байтина, — «то, что В. Д. Зорькин именует «самостоятельной правотворческой функцией Конституционного Суда» в действительности есть не «творение права» в форме судебного прецедента, а **судебное толкование права путем издания Конституционным Судом...актов официального, общеобязательного, нормативного толкования**»[1] (выделено мною. — *В. Е.*).

Таким образом, в специальной юридической литературе в целом сложились три точки зрения о «природе» «правовых позиций» суда. Сторонники одной из них весьма неопределенно высказываются о природе «правовых позиций» судов. Другие относят «правовые позиции» судов к «источникам» (точнее — формам) права. Наконец, думаю, большинство научных и практических работников рассматривают «правовые позиции» судов как результат толкования права.

Весьма показательна, противоречива и дискуссионна практика «законодателя» по вопросу о «правовых позициях суда». Так, в первоначальной редакции Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 года № 1 «О Конституционном Суде Российской Федерации» термина «правовая позиция Конституционного Суда Российской Федерации» не было. В ст. 29 данного Закона был включён только термин «правовая позиция судей», а в ст. 62 — «позиция» сторон[2]. Федеральным конституционным законом «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» № 7-ФКЗ от 3 ноября 2010 года ч. 5 ст. 79 была дополнена, на мой взгляд, теоретически обоснованным термином **«позиция** (выделено мною. — *В. Е.*) Конституционного Суда Российской Федерации»[3]. В то же время Федеральным конституционным законом «О Конституционном Суде Российской Федерации» № 9-ФКЗ от 4 июня 2014 г. ч. 1 ст. 47.1 была весьма неопределённо и теоретически дискуссионно изложена в следующей редакции: **«...вопрос может быть разрешен на основании содержащихся в ранее принятых постановлениях Конституционного Суда Российской Федерации правовых позиций и проведение слушания не является необходимым для обеспечения прав стороны»** (выделено мною. — *В. Е.*).

Однако необходимо подчеркнуть, что, во-первых, ст. 47.1 называется «Разрешение дел без проведения слушания» и эта статьЯ

[1] Там же. С. 228.
[2] Российская газета. 1994. 23 июля. № 138–139.
[3] Российская газета. 2010. 10 ноября. № 253.

на мой взгляд, теоретически спорно, а практически весьма неопределённо регулирует правоотношения без слушания жалоб вне общих процедурных правил рассмотрения дел в Конституционном Суде Российской Федерации. Во-вторых, в ст. 79 того же Закона, которая называется «Юридическая сила решения» (и это весьма характерно!), нет термина «правовые позиции...суда». В-третьих, Федеральным конституционным законом «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» № 11-ФКЗ от 28 декабря 2016 г. из ч. 5 ст. 79 анализируемого Закона изъят также и термин «Позиция Конституционного Суда Российской Федерации», хотя с этимологической точки зрения «позиция» — это точка зрения кого-либо[1], в данном случае — Конституционного Суда Российской Федерации, которую он конечно же вправе иметь! При таком непоследовательном, противоречивом и неопределённом правовом регулировании правоотношений «законодателем» «правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации» в настоящее время можно рассматривать не в качестве термина закона, который необходимо «толковать», а только как дискуссионное научное понятие, нуждающееся в дальнейшем теоретическом анализе.

Научные и практические работники часто применяют понятие «правовые позиции» в процессе анализа деятельности иных судов. Так, П. А. Лаптев, исследуя постановления Европейского Суда по правам человека (ЕСПЧ), рассматривал их как установки, подходы суда, выработанные в результате толкования соответствующих конвенциальных положений[2]. Активно используют понятие «правовые позиции Европейского Суда по правам человека» и другие научные работники[3]. Многие авторы также применяют понятие

---

[1] См., например: *Ожегов С. И.* Указ. соч. С. 503.

[2] *Лаптев П. А.* Правовые позиции Европейского Суда по правам человека и правовая система Российской Федерации // Российское правосудие. 2008. № 11. С. 104.

[3] См., например: *Ковлер А. И.* Правовые позиции Европейского Суда по правам человека по делам против Российской Федерации (2006–2008 гг.) // Российское правосудие. 2008. № 8. С. 4–15; *Он же.* Правовые позиции Европейского Суда по правам человека (в свете постановлений, принятых в 2010 году по жалобам против Российской Федерации) // Российское правосудие. 2011. № 2. С. 16–31; *Киннис Н. М.* Стандарты российского гражданского судопроизводства и правовые позиции Европейского Суда по правам человека: пути сближения (комментарий к новому федеральному закону) // Права человека. Практика Европейского Суда по правам человека. 2008. № 10. С. 18–24.

«правовые позиции» в процессе анализа деятельности Верховного Суда Российской Федерации[1], Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации[2] и конституционных (уставных) судов субъектов России[3].

Термин «правовая позиция» появился также и в постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации[4]. Вместе с тем с позиции классического разделения властей любой суд по своей природе не обладает правотворческими функциями, является правоприменительным органом и вправе заниматься не правовым, а лишь индивидуальным судебным регулированием правоотношений, вырабатывая только «позиции» суда, являющиеся разновидностью неправа. При таком теоретическом подходе понятие «правовые позиции» суда представляется теоретически спорным, а практически контрпродуктивным, «размывающим» право, приводящим к дискуссионному синтезу права и неправа. А главное — к неопределенной, противоречивой и нестабильной судебной практике, бесконечным отменам судебных актов, в том числе вступивших в законную силу, нарушениям прав и правовых интересов субъектов правоотношений.

На мой взгляд, во-первых, категорию «регулирование» правоотношений необходимо рассматривать в качестве родовой. Во-вторых, правовое регулирование и индивидуальное регулирование правоотношений являются её самостоятельными разновидностями. Отсюда, отвечая на вопрос о том, какова же действительная «природа» «правовых позиций» (теоретически корректнее — «позиций») судов, учитывая вышесказанные теоретические и правовые аргументы, а также точки зрения научных и практических работников, можно сделать следующие итоговые выводы.

---

[1] См., например: *Ковтун Н.Н.* Правовые позиции Верховного Суда Российской Федерации о подготовке дела к судебному разбирательству // Российский судья. 2010. № 4. С. 17–202.

[2] См., например: *Бевзенко Р.С.* Правовые позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в сфере залогового права. Комментарий к Постановлению Пленума ВАС от 17 февраля 2011 г. «О некоторых вопросах применения законодательства о залоге» // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2011. № 6. С. 42–56; *Он же* в том же журнале № 8. С. 100–119; *Красюков А.В.* Правовые позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации и налоговое обязательство // Российское правосудие. 2011. № 9. С. 77–84.

[3] См., например: *Власенко Н.А., Гринева А.В.* Судебные правовые позиции (основы теории). С. 18.

[4] Российская газета. 2013. 5 июля. № 145 (6121).

Первый: в результате разграничения правового и индивидуального регулирования правоотношений представляются теоретически дискуссионными, а практически контрпродуктивными понятия «правовая природа» и «правовые позиции» судов.

Второй: теоретически обоснованными, а практически продуктивными, на мой взгляд, являются понятия: «природа» и «позиции» судов.

Третий: позиции суда — это выводы, точки зрения, мнения судов и т. д. по каким-либо вопросам, связанным с его компетенцией, относящиеся к разновидности неправа (unrecht); результаты деятельности судов, образовавшиеся, во-первых, в процессе отправления правосудия и принятия индивидуальных судебных актов; во-вторых, — не связанные с отправлением правосудия, а наступившие вследствие, например, принятия Постановлений Пленумов Верховного Суда Российской Федерации.

3.5. Индивидуальные (частные) договоры

В России в специальной литературе широко распространено понятие «договорное право», заимствованное из англосаксонского права, требующее специального научного анализа. Например, известные российские цивилисты М. И. Брагинский и В. В. Витрянский подготовили специальную работу на тему: «Договорное право. Общие положения»[1]. 23 сентября 2011 г. в г. Владивостоке была проведена Международная конференция на тему: «Договорное право: актуальные проблемы заключения и исполнения коммерческих контрактов». 9 апреля 2013 г. в г. Москве кафедра гражданского права Российской академии правосудия организовала Всероссийскую конференцию на тему: «Договорное право: теоретические и практические проблемы».

Изучая «договорное право», например, В. В. Иванов справедливо заметил: юридическая наука в настоящее время исследует в основном «отраслевые» договоры, «не имея достаточно четкого представления о том, что есть договор в принципе...ни в одном из учебных курсов по теории права не сформулированы унифицированные определения понятия и признаков договоров...»[2]. Хотя ещё в Древ-

[1] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Общие положения. М., 1997.
[2] *Иванов В. В.* Общие вопросы теории договора. М., 2001. С. 9, 10.

нем Риме, как подчеркивают специалисты в области римского права, «практически наиболее важным источником обязательств был договор (contractus)»[1], изучались проблемы юридической силы и природы договора как одного их регуляторов правоотношений[2]. Г. Ф. Шершеневич в начале XX в. также считал необходимым исследовать «юридическую природу договора»[3]. Широко известный американский юрист Р. Паунд пришел к наиболее категоричному выводу: «Богатство в коммерческий век вырастает преимущественно из договоров»[4]. По мнению немецких юристов К. Цвайгерта и Х. Кетца, договор «более всего способствует увеличению общественной пользы»[5]. В то же время необходимо подчеркнуть: Ф. В. Тарановский обоснованно считал необходимым отграничивать «договоры нормативного типа» от «договоров сделочного типа»[6]. Предметом данного параграфа являются не национальные правовые договоры «нормативного типа», а лишь индивидуальные (частные) договоры «сделочного типа».

Как известно, классики марксизма-ленинизма утверждали: ничего частного мы не признаем. Отсюда в 50-х гг. уже классик теории советского права Н. Г. Александров полагал: договор только акт правоприменения. Он служит для сторон, уже связанных правоотношением в силу административного акта, средством автономного уточнения своих правомочий и обязанностей, поскольку эти правомочия и обязанности без договора не конкретизированы императивными нормами или административным актом[7], частные договоры рассматриваются прежде всего как юридические факты[8]. В то же время ещё в 50–60 гг. XX столетия отдельные цивилисты справед-

---

[1] Римское частное право / Под ред. И. Б. Новицкого, И. С. Перетерского. М., 1999. С. 295.

[2] См., например: *Новицкий И. Б.* Римское право. М., 1994.

[3] *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права. М., 1995 (по изд. 1907 г.). С. 308.

[4] Цит. по: *Осакве К.* Экономико-философская интерпретация договора в англо-американском общем праве: либеральная теория договора // Журнал российского права. 2004. № 9. С. 105.

[5] *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. М., 1998. Т. 2. С. 9.

[6] *Тарановский Ф. В.* Энциклопедия права. СПб., 2001. С. 191.

[7] *Александров Н. Г.* К вопросу о роли договора в правовом регулировании общественных отношений // Ученые записки ВИЮН. 1946. Вып. VI. С. 75, 76.

[8] *Александров Н. Г.* Трудовые правоотношения. М., 1948. С. 238–240.

ливо замечали, что частный договор непосредственно регулирует поведение сторон[1].

В начале 90-х гг. XX в. некоторые специалисты в своих выводах пошли дальше. Так, В. В. Иванов предпринял попытку поставить частные договоры в один ряд с национальными правовыми актами[2]. К аналогичной точке зрения была близка и Т. В. Кашанина, предлагавшая рассматривать положения частных договоров в качестве разновидности правовых норм[3]. М. И. Брагинский и В. В. Витрянский также поддержали такую позицию, заметив: сближается регулирующая роль договора с законом, «нормативными актами»[4]. В. Ф. Яковлев также недостаточно определенно отмечал: «В современных условиях договор превратился в самостоятельное и главное средство регулирования экономических отношений»[5].

В России также имеются сторонники отнесения трудового договора к «источникам» права. Например, А. В. Гребенщиков писал: «Наметившееся изменение подходов к определению понятия права...дает основание отнести к числу источников российского трудового права собственно трудовой договор»[6]. Л. Ю. Бугров, разделявший данные выводы, полагал: «Если отталкиваться в соответствующих суждениях от социологических школ права..., то среди многочисленных разнообразных фактических отношений в сфере труда, постепенно складывающихся в правовые нормы, явно должны признаваться и выделяться индивидуальные договоры о труде...для трудового права в его социологическом понимании трудовой договор — это вне какого-либо сомнения один из основных классов источников трудового права»[7].

Автор в качестве основного теоретического аргумента приводил довод о том, что трудовой договор регулирует трудовые правоотношения. Так, Л. Ю. Бугров подчеркивал: «...Ещё в середине прошлого столетия видные исследователи договорной тематики весьма

---

[1] *Халфина Р. О.* Значение и сущность договора в советском гражданском праве. М., 1954. С. 106, 107.

[2] *Иванов В. В.* Предпринимательство: правовые основы. М., 1994. С. 109.

[3] *Кашанина Т. В.* Корпоративное право. М., 1999. С. 12–14.

[4] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Указ. соч. С. 9.

[5] Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1994. № 7. С. 122.

[6] *Гребенщиков А. В.* Источники трудового права. Т. 1. С. 556.

[7] *Бугров Л. Ю.* К дискуссии о трудовом договоре как источнике права // Трудовое право в России и за рубежом. 2011. № 2. С. 53–57.

настойчиво и последовательно обращали внимание на то, что индивидуальный договор непосредственным образом регулирует поведение сторон,...устанавливает в соответствии с...нормами права и обязанностями участников порождаемого этим договором правоотношения... Правда, нельзя не отметить, что международные договоры методологически также явно относятся к договорному регулированию»[1]. На мой взгляд, во-первых, в своей статье Л. Ю. Бугров не проводил необходимого разграничения между правовыми договорами «нормативного типа» и индивидуальными (частными) договорами «сделочного типа»; во-вторых, по существу, дискуссионно отождествлял правовое и индивидуальное регулирование правоотношений.

В числе наиболее последовательных сторонников отнесения частного договора к «источникам» российского права выделяется Б. И. Пугинский, ссылавшийся, в частности, на видного английского цивилиста В. Ансона: «В известном смысле стороны в договоре устанавливают сами для себя право. Поскольку стороны не нарушают каких-либо юридических запретов, они могут по своему усмотрению устанавливать любые правила в отношении предмета своего соглашения, и правом такие правила будут признаваться»[2]. Научные и практические работники, разделявшие данную точку зрения, также традиционно ссылались на известное положение римского права «договор — это закон для двоих», а также на ст. 1134 Французского гражданского кодекса, в соответствии с которой «законно заключенные соглашения занимают место закона для тех, кто их заключил». Однако необходимо заметить: по — моему, это всего лишь образное выражение. Договор — «закон» только для двоих, то есть для тех, кто его заключил. В то же время, как известно, право — единая «мера» для всех. Следовательно, даже из данных часто цитируемых документов, по существу, не следует, что «закон» для двоих регулирует правоотношения также и неопределённого круга лиц. Напротив, «закон» для двоих устанавливает лишь права и обязанности и только сторон данного договора, «закон для двоих».

Характерно, что и сам Б. И. Пугинский не мог этого отрицать и потому справедливо заметил: договор «...представляет собой ненормативное правовое средство, ибо права и обязанности из договора

[1] Там же.
[2] *Ансон В.* Договорное право. М., 1984. С. 13.

регулируют отношения только его участников, в отличие от общеобязательности норм права»[1]. Вместе с тем автор разделял, на мой взгляд, теоретически дискуссионный вывод И. А. Покровского, называвшего принцип договорной свободы «верховным началом» гражданского права, важнейшим элементом свободы договора он считал право контрагентов заключать договоры любого содержания[2].

При таком подходе Б. И. Пугинский полагал: «Поскольку договор всегда используется субъектами для достижения согласованной и юридически закрепленной в нем цели, он может рассматриваться в качестве ненормативного правового средства регулирования человеческой деятельности... Термин «средство» оказывается наиболее пригодным, поскольку категории «цель» и «средство» разработаны философией как парные, а средством признается всё то, что предназначено для достижения какой-либо цели»[3]. Отсюда автор предложил определение права «...как подчиняемой требованию справедливости системы общеобязательных норм и ненормативных правовых средств, охраняемых силой государственного принуждения и обеспечивающих юридическую регламентацию общественных отношений»[4]. Свои выводы Б. И. Пугинский, по существу, повторил и в монографии на тему[5]: «Теория и практика договорного регулирования», изданной в 2008 г.

Предложенное Б. И. Пугинским понятие права, на мой взгляд, представляется спорным. Во-первых, автор с позиции научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания не разграничивал право и неправо, в том числе право и справедливость. Во-вторых, в единой системе права он теоретически неубедительно объединял онтологически разнородные правовые явления — общеобязательные нормы права и «ненормированные правовые средства». В-третьих, собственно право, полагаю, не ограничивается только нормами права[6], а включает в себя прежде всего и принципы права. В-четвертых, предложенное Б. И. Пугинским понимание права выра-

[1] *Пугинский Б. И.* Проблемы теории, истории государства и права // Ученые юристы МГУ о современном праве; под ред. М. К. Треушникова. М., 2005. С. 174.

[2] *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 249, 250.

[3] *Пугинский Б. И.* Указ. соч. С. 173, 174.

[4] Там же. С. 177.

[5] *Пугинский Б. И.* Теория и практика договорного регулирования. М., 2008.

[6] См.: *Ершов В. В.* Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений как парные категории. С. 4–23.

ботано с позиции научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания, основанной на теоретически спорном синтезе общеобязательных норм, т.е. «нормативном» (точнее — правовом регулировании правоотношений. — *В.Е.*) и «ненормативных правовых средств» (точнее — индивидуальном регулировании правоотношений. — *В.Е.*). В-пятых, эффективное регулирование правоотношений, учитывая его абстрактный характер, допустимо лишь в результате взаимодействия их правовых и индивидуальных регуляторов.

Характерно, что подавляющее большинство ведущих российских теоретиков права не поддерживало предложения Б.И. Пугинского. Так, М.Н. Марченко убедительно написал: «...При всём желании и самом развитом воображении, без определённых натяжек, не поступаясь логикой и сложившимися представлениями о праве и его характерных особенностях, весьма трудно сделать иной вывод, чем тот, что...о правовом характере индивидуальных договоров и содержащихся в них норм, а также признании такого рода договоров в качестве источников гражданского или любой иной отрасли права,...для этого нет никаких — ни формальных, ни фактических оснований. Более того, придание индивидуальному договору и содержащимся в нём нормам правового характера отнюдь не способствовало бы развитию ни правовой теории, ни правовой практики»[1].

В связи с изложенными выводами прежде всего в теории гражданского и трудового права возникают, как минимум, три проблемы. Первая — разграничение национальных правовых договоров, действительно содержащих специальные принципы и нормы соответствующего права, и индивидуальных (частных) договоров. Вторая — установление природы индивидуальных (частных) договоров. Третья — дифференциация правового и индивидуального регулирования правоотношений.

Прежде всего, необходимо заметить, что, например, вопрос о природе гражданского договора, регулирующего права и обязанности только его сторон, вызывает у научных работников бурные дискуссии. Так, отдельные научные и практические работники называют его частно-правовым договором. Другие — частным договором. Третьи — индивидуальным договором. На мой взгляд, наиболее

[1] *Марченко М.Н.* Частноправовой договор в механизме правового регулирования // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2004. №2. С. 9–15.

обоснованным является понятие «частный договор» как антоним термина «публичный договор», содержащегося в п. 1 ст. 426 ГК РФ. В свою очередь, синонимом понятия «частный договор» возможно рассматривать понятие «индивидуальный договор» как договор отдельный, единичный, отличающийся характерными признаками от других договоров. Необходимо подчеркнуть: практически все словари термины «частный» и «индивидуальный» рассматривают как синонимы. В этой связи параграф 3.5 данной главы называется «Индивидуальные (частные) договоры».

Отвечая на принципиальный вопрос о природе индивидуальных (частных) договоров, необходимо прежде всего обратиться к различным типам правопонимания. В силу ограниченного объема параграфа буду вынужден анализировать данную проблему в тезисном порядке с позиций только некоторых концепций и подходов к правопониманию. Во-первых, — юридического позитивизма, ограничивающего «всё» право прежде всего только нормами права, содержащимися лишь в «законах», «законодательстве». Во-вторых, — социологического типа правопонимания, относящего к действительному праву только право в «жизни», а не в «книгах». В-третьих, — научно дискуссионного интегративного правопонимания, относящего к праву как собственно право, так и неправо, в том числе индивидуальные (частные) гражданские и трудовые договоры. В-четвертых, — научно обоснованного интегративного правопонимания, относящего к праву лишь принципы и нормы права, содержащиеся в формах внутригосударственного и (или) международного права, которыми индивидуальные (частные) договоры не являются.

С позиции юридического позитивизма частный договор длительное время рассматривался исключительно только как акт правоприменения. Исходя из крайней разновидности данной концепции, задача правоприменителя состояла только в том, чтобы найти и истолковать абсолютно определённые нормы права. Соответственно, правоотношения трактовались как общественные отношения, урегулированные прежде всего нормами права, содержащимися лишь в «законодательстве». Данная концепция оказалась теоретически дискуссионной, а практически контрпродуктивной прежде всего в связи с разнообразием и развитием правоотношений. Характерно, что отдельные учёные даже с позиции юридического позитивизма

писали: «Договор непосредственно регулирует поведение сторон»[1]. Ограничение «всего» права только «законодательством», принятым национальными органами государственной власти, не выдержало проверку практикой.

В соответствии с социологической концепцией правопонимания частные гражданские договоры — действительное внутригосударственное гражданское право, содержащее нормы права, обязательные для неопределённого круга лиц, самостоятельно регулирующие правоотношения, в своей совокупности образующие право в «жизни» вопреки гражданскому «законодательству». Например, О. Эрлих, один из наиболее ярких представителей социологического правопонимания, рассматривал право в «самодейственном порядке общества», в качестве «живого права», «права юристов», «свободного права», создающегося через общественные силы, не государство. Автор утверждал: «Юрист должен быть освобождён в своих обоснованиях от рабской связи с текстом закона. Он должен иметь возможность открыто заниматься правотворческой деятельностью, а не скрывать собственные обоснования решений за внешней оболочкой права, состоящей из технических фикций и конструкций»[2].

На основе концепции О. Эрлиха американские правовые реалисты Ллевелин, Паунд, Кардозо и др. развили концепцию социологического правопонимания и отнесли к «живому праву», в частности, судебные решения, фактическую правовую практику, в том числе и индивидуальные (частные) договоры. Следовательно, отнесение к праву только «живого права», а точнее — неправа, в действительности обязательного лишь для определенного круга лиц, ограниченного конкретным судебным актом или частным договором, — другая крайность, противоположная юридическому позитивизму, являющаяся также теоретически дискуссионной, а практически контрпродуктивной. «Свободное право», не ограниченное принципами и нормами права, содержащимися в формах национального и (или) международного права, реализуемыми в государстве, может привести (и приводит) к неопределённой и неожидаемой судебной практике, а главное — к ограничению прав и правовых интересов субъектов правоотношений.

---

[1] *Халфина Р.О.* Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. М., 1954. С. 106.

[2] Цит. по: *Марчук В.П.* «Свободное право в буржуазной юриспруденции». Киев, 1977. С. 107.

Научно дискуссионная концепция интегративного правопонимания теоретически спорно, а практически контрпродуктивно относит к праву как собственно право, так и неправо (unrecht — Гегель). Думаю, предложение Б. И. Пугинского и его многочисленных сторонников также возможно относить к научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания, теоретически спорно объединяющей в единой системе права онтологически разнородные элементы — право и неправо, в том числе нормы права, содержащиеся в «законодательстве», а также индивидуальные (частные) гражданские договоры. Характерно, что Б. И. Пугинский относил договор к **«ненормативным», но «правовым средствам»**[1] (выделено мною. — *В. Е.*). Думаю, данное понятие является теоретически дискуссионным. Во-первых, нормы могут быть не только правовыми, но и иными, например, религиозными, моральными и т. д. Во-вторых, вызывает возражение сочетание слов «ненормативные», но «правовые» средства. Традиционно «норма права» рассматривается как общеобязательное правило поведения для неопределённого круга лиц. Отсюда понятие «ненормативное», но «правовое» средство представляется, по меньшей мере, спорным. Более того, может быть буквально странно истолковано как «не общеобязательное», но «правило поведения для неопределённого круга лиц».

Отнесение к праву как собственно права, так и неправа, в том числе индивидуальных (частных) гражданских договоров, является теоретически дискуссионным, а практически контрпродуктивным, в конечном результате способствующим бесконечному размыванию права, повышению степени его неопределённости, приводящему к длительным судебным спорам, нестабильной судебной практике, нарушению прав и правовых интересов субъектов правоотношений.

На мой взгляд, теоретически обоснованно, а практически продуктивно исследовать право, как отмечалось ранее, с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, в соответствии с которой право прежде всего выражается в принципах и нормах права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве. При таком теоретическом подходе индивидуальные (частные) договоры (в том числе гражданские

[1] *Пугинский Б. И.* Указ. соч. С. 173.

и трудовые договоры) возможно относить к одному из видов неправа, безусловно, необходимому в процессе регулирования правоотношений, но в пределах, установленных основополагающими (общими) и (или) специальными принципами, а также нормами права, содержащимися в формах национального и (или) международного права. В этой связи, на мой взгляд, «снимается» основной довод Б. И. Пугинского о том, что позитивистская трактовка гражданского договора приведёт к параличу гражданской жизни. Характерно, что Б. И. Пугинский, противореча себе сам, писал: «Права и обязанности из договора регулируют отношения только его участников, в отличие от общеобязательных норм прав»[1].

В связи с изложенными теоретическими и правовыми аргументами считаю возможным сделать следующие итоговые выводы.

Первый: индивидуальные (частные) договоры являются разновидностью неправа, видом индивидуального регулирования правоотношений, а не самостоятельной формой российского права.

Второй: индивидуальные (частные) договоры регулируют лишь конкретные особенности фактических правоотношений его участников и только в пределах, установленных основополагающими (общими) и (или) специальными принципами права, а также нормами права, содержащимися в формах национального и (или) международного права, реализуемыми в государстве.

Третий: в соответствии с общенаучными выводами теории управления, в частности, возможно дифференцировать следующие виды регулирования правоотношений: правовое регулирование; индивидуальное регулирование.

Четвертый: теоретически необходимо, а практически продуктивно выделять отдельные виды индивидуального регулирования правоотношений, например: индивидуальное судебное регулирование; индивидуальное медиативное регулирование; индивидуальное договорное регулирование.

При таком общенаучном и теоретическом подходе, как представляется, многие «устоявшиеся» в специальной литературе понятия, например, «образовательное право», «профсоюзное право», «рекламное право», «судейское право», «договор — закон для двоих», «договорное право» и т. д., скорее являются понятиями не научными,

[1] *Пугинский Б. И.* Указ. соч. С. 175.

а образными. Такого рода «коррекция» и «ревизия» сложившихся веками общенаучных категорий, чревата бесконечной и на практике чрезвычайно опасной «трансформацией» фундаментальных правовых категорий, «размыванием» права неправом (unrecht). В конечном итоге это может привести (и приводит) к нарушению прав и правовых интересов субъектов правоотношений.

В заключение хотелось бы присоединиться к выводу профессора МГУ им. М. В. Ломоносова М. Н. Марченко, утверждавшего: «Непризнание правового характера частных (индивидуальных) договоров и соответственно содержащихся в них конкретных норм вовсе не означает недооценки, а тем более принижения их роли и значения как регуляторов экономических, а вместе с тем и обусловленных ими социальных отношений»[1]. На мой взгляд, индивидуальный (частный) договор был, есть и будет одним из важнейших индивидуальных регуляторов конкретных особенностей фактических правоотношений, но лишь его участников и только в пределах, установленных основополагающими (общими) и (или) специальными принципами права, а также нормами права, содержащимися в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемыми в государстве.

3.6. «Судебные прецеденты»

В юридической литературе традиционно «принято» считать, что «судебный прецедент» относится к древнейшим «источникам» права, сложившимся в Англии, занимающим центральное место в англосаксонский правовой семье, в которую входят также такие государства, как Австралия, Индия, Канада (кроме Квебека), США, Новая Зеландия и другие[2]. Вместе с тем целый ряд авторов убедительно полагает, что «судебный прецедент» — это не «древнейшее» англосаксонское, а средневековое китайское «изобретение»[3].

---

[1] *Марченко М. Н.* Частноправовой договор в механизме правового регулирования // Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11. Право. 2004. № 2. С. 15.

[2] См., например: *Гук П. А.* Судебный прецедент как источник права / Под ред. Н. И. Матузова. Пенза, 2003. С. 9.

[3] См., например: The New encyclopedia Britannica. Chicago, 2000. Vol. 16. P. 104; О китайских корнях прецедентного права; см. Nanping Lin. Judicial Interpretation in China. Opinions of the Supreme peaple»s court. Hong Kong, 1997. P. 34, 35.

В то же время важно подчеркнуть другое: И. Ю. Богдановская убедительно выявила развитие «судебного прецедента», например, в Англии, изменение его характера и природы. «Можно выделить три этапа эволюции судебного прецедента, — аргументированно писала она. — Первый — этап формирования как источника английского права — занял несколько столетий (с XI по XIX в.). Второй: в XIX в. принцип staredecisis окончательно утвердил судебный прецедент как источник права. **Третий этап эволюции прецедентного права (со второй половины XX в.) обусловлен развитием статутного права и прецедентов толкования»**[1] (выделено мною. — *В. Е.*).

Напротив, в странах романо-германского права была признана концепция res judicata, в соответствии с которой судебное решение обязательно только для лиц, участвовавших в деле. Исходя из этой концепции, судебное решение было признано юридическим фактом, в соответствии с которым возникают, изменяются или прекращаются индивидуальные правоотношения только участников данного процесса. Однако в дальнейшем в Кодексе Наполеона установили норму права, в соответствии с которой судья не должен отказывать в рассмотрении дела под предлогом молчания, темноты или недостаточности закона (ст. 4 Гражданского кодекса Франции). Отсюда возник вопрос о функциях суда и природе индивидуальных судебных актов в случаях пробелов либо коллизий в отдельных формах национального и (или) международного права. Суд, проявляя активность, может «творить» «судейское право» или только, в частности, толковать существующее право?

В период княжеского правления на Руси вся власть, в том числе и судебная, сосредотачивалась в руках князя. В этой связи исследователь истории русского права А. Е. Пресняков писал: «Случаи сложные, неясные, новые, случаи, при которых применение обычного права привело бы к явной несправедливости, — вот, прежде всего, область княжего решения. Это judicium aeguitatis, решение по справедливости, игравшее существенную роль в развитии права у всех народов. Это фактор творчества нового права путем прецедентов, какими становились отдельные княжеские приговоры»[2]. Многие исследователи отмечают: «Прецедентное право активно применялось также в Московской

[1] *Богдановская И. Ю.* Судебный прецедент в странах «общего права»: особенности развития. С. 16.

[2] *Пресняков А. Е.* Лекции по русской истории. Киевская Русь. М., 1993. С. 431.

Руси и в судах Российской империи»[1]. Вместе с тем весьма характерным представляется уточнение Т. Н. Нешатаевой: «Ещё во времена Российской империи многие ученые писали, что «вся континентальная Европа может удивляться и завидовать Правительствующему Сенату», потому что именно он первым создает российское законодательство. Сенат всегда **толковал любые лакуны законодательства в согласии с принципами права...**»[2] (выделено мною. — *В.Е.*). Как представляется, «толкование» «лакун законодательства в согласии с принципами права» совсем не тождественно свободному судебному правотворчеству в случаях пробелов в национальном «законодательстве». Прежде всего принципы права наряду с нормами права являются правовыми регуляторами правоотношений, содержащимися в формах национального и (или) международного права, реализуемыми в государстве[3]. Таким образом, «толкование любых лакун законодательства в согласии с принципами права» теоретически спорно относить к «судебным прецедентам» собственно права, «судебному праву». Во-первых, толкование права — это уяснение кем-либо уже существующих принципов и (или) норм права для себя и разъяснение их для других. Во-вторых, принципы права — это правовые регуляторы правоотношений. При таком теоретическом подходе в случае наличия принципов права пробела в праве нет. Пробел в праве мнимый. Следовательно, нет теоретической и практической необходимости в судебном правотворчестве.

В принятом в ноябре 1917 г. Декрете о суде № 1 действие старых законов отменялось. Главным «источником» права стало революционное правосознание, на основе которого складывалась судебная практика. Так, Д. И. Курский писал: «...Решения местного народного суда, взятые в большом объеме, дадут богатейший материал для характеристики и самого народного суда, и революционного правотворчества». По его мнению, народный суд является «чистым родником подлинного народного права»[4].

---

[1] *Ключевский В. О.* Боярская Дума Древней Руси (репринт с изд. 1902 г.) М., 1994. С. 475; *Петров К. В.* «Прецедент» в средневековом русском праве (XVI–XVII в. в.) // Государство и право. 2005. № 4. С. 78–83; *Гук П. А.* Судебный прецедент как источник права. С. 36–79; *Гук П. А.* Судебный прецедент: теория и практика. М., 2009. С. 24–29.

[2] *Нешатаева Т. Н.* Судебный прецедент и права человека // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 5. С. 64.

[3] См.: *Ершов В. В.* Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений как парные категории. С. 11–22.

[4] *Курский Д. И.* Заметки о народном суде // Избр. статьи и речи. М., 1958. С. 158.

С образованием в 1922 г. СССР был создан и Верховный Суд СССР, Пленум которого давал руководящие разъяснения судебной практике. Исходя из этого П. Орловский писал: «Выводы и обобщения, сделанные Пленумом Верховного Суда СССР из ряда однородных судебных решений, применяемых судами в течение определенного периода времени по однородным делам» и будут судебной практикой. «В этом своём качестве судебная практика приобретает руководящее обязательное значение для судов, а, следовательно, является источником советского гражданского права»[1]. По существу, аналогичные выводы делал и С. И. Вильнянский, писавший о месте судебной практики «как одного из источников советского права»[2]. Характерно, что П. И. Стучка, в период становления Советской власти и создания нового суда, писал: «Принцип разделения властей для нас, как и в действительной жизни, имеет только значение технического разделения труда. Власть, в данном случае советская, естественно должна быть единой властью, включая в себя и законодательную, и исполнительную, и наконец судебную»[3].

Однако 12 декабря 1993 г. была принята новая Конституция Российской Федерации, в ст. 10 которой установлено: государственная власть в Российской Федерации осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную. В этой связи, уже в современных российских правовых реалиях, не совсем понятны правовые аргументы С. С. Алексеева, который без достаточных теоретических и правовых доводов писал: «Надо полагать, настала пора вообще изменить наше видение правосудия, интерпретацию его назначения как одного лишь «применителя права». Опыт развитых демократических стран, причем не только англо-американской группы, свидетельствует, что высокий уровень правового развития достигается в обществе тогда, когда суд опирается на Конституцию, закон, на общепризнанные права человека, также и творит право. Поэтому придание решениям высших судебных инстанций страны

[1] *Орловский П.* Значении судебной практики в развитии советского гражданского права // Советское государство и право. М., 1940. № 8–9. С. 96.

[2] *Вильнянский С. И.* Значение судебной практики в гражданском праве // Учен. Тр. ВИЮН. 1947. Вып. IX. С. 244, 245; *Он же.* Лекции по советскому гражданскому праву. Харьков, 1956. С. 56–60.

[3] *Стучка П. И.* Старый и новый суд // Избр. произведения по марксистско-ленинской теории права. Рига, 1964. С. 238.

функций судебного прецедента представляется делом назревшим, вполне оправданным»[1].

В то же время необходимо заметить, что, во-первых, имеется различный «опыт развитых демократических стран». Во-вторых, на протяжении XIX — начала XXI вв. с развитием статутного права в «развитых демократических странах», на мой взгляд, происходит эволюция «судебных прецедентов» — от одной из форм права в прошлом до одного из видов неправа в настоящем. В-третьих, и сам С. С. Алексеев замечал: суд творит право не произвольно, а опираясь на Конституцию и закон. Отсюда возникает вопрос: «творит ли суд право» в таких случаях? Убежден, — нет!

Таким образом, думаю, возможно сделать иной вывод: действительный опыт развитых демократических государств, причем не только англо-американской группы, «свидетельствует» другое. Объективная реальность подтверждает динамику «судебного прецедента» от «источника» права в основном до XX в. к «индивидуальному регулятору правоотношений», «неправу» (unrecht) в XX–XXI вв., обязательному только для участников судебного процесса, применяемому другими судами лишь в связи с его убедительностью и аргументированностью, в «силу авторитета», а не «авторитета силы».

Вместе с тем Б. Н. Топорнин, выступая на научной конференции «Российское государство и право на рубеже тысячелетий» (Москва, 2–4 февраля 2000 г.), сказал: «Необходима теоретическая разработка новых источников права, которые в последнее время приобретают все большее значение в правовом регулировании, таких как нормативно-правовой договор, правовая доктрина, судебный прецедент»[2]. Однако, во-первых, «судебный прецедент» права, как было отмечено выше, не является как «новым», так и «источником» современного российского права. Во-вторых, понятие «судебный прецедент» является родовым. Отсюда неизбежно возникает вопрос: «судебный прецедент» чего? «Судебный прецедент права»? «Судебный прецедент толкования права»? «Судебный прецедент» чего-либо иного? В-третьих, на практике возникает и другой вопрос: в действительности «всё большее» или «все меньшее» значение в правовом регулировании правоотношений приобретают «судебные прецеденты» и какого вида?

[1] *Алексеев С. С.* Теория права. С. 219.
[2] Правоведение. 2000. № 3. С. 242.

На мой взгляд, изложенные выше исторические, теоретические и практические аргументы позволяют ответить на поставленные мною вопросы. Во-первых, действительно судебный прецедент права являлся «источником» (а теоретически точнее — формой) права с древних времен и до становления государств. Во-вторых, понятие «судебный прецедент» является родовым. В-третьих, не «всё больше» или «всё меньше», а на всем протяжении становления и развития правоотношений объективно существовали их правовые и индивидуальные регуляторы. Другое дело, что регуляторы были разные, например, сила, авторитет, обычаи, «судебные прецеденты права», устные и письменные акты руководителей каких-либо сообществ граждан и т. д. В настоящее время правовыми регуляторами правоотношений прежде всего являются принципы и нормы, содержащиеся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемые в государстве. С позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, как представляется, судебные прецеденты в XX–XXI вв. более обоснованно относить к индивидуальным регуляторам правоотношений.

На мой взгляд, прежде всего принципиальное значение для определения природы «судебного прецедента» имеет тип правопонимания, в соответствии с которым он исследуется. В правовой науке стран «общего права» длительное время господствовал (и в определенной степени продолжает доминировать) юридический позитивизм. В Англии — аналитический позитивизм, у истоков которого находился Дж. Остин. В США — социологический позитивизм. Для юридического позитивизма характерно признание судейского правотворчества, основанного на основополагающей идее позитивизма — первичности государства и установления норм права органами государственной власти, в том числе судом. В этой связи характерным является высказывание Дж. Кристи: «Проблема соотношения власти и права подобна старой задаче о курице и яйце: право зависит от власти, а власть от права, но власть является основной категорией, и скорее право зависит от власти, чем власть от права»[1]. Отсюда логичен вывод Р. Кросса: «Прецеденты являются правом потому, что она созданы судьями»[2].

[1] *Christie G.* Law, norms and authority. L., 1982. P. 138–146.
[2] *Cross R.* Precedent in English law. P. 27.

Дж. Остин, один из основоположников судейского нормотворчества, полагал, что неограниченные нормотворческие полномочия в государстве принадлежат суверену (королю в парламенте). Суверен делегирует свои полномочия другим государственным органам. В том числе судам — осуществлять правосудие и создавать право в случаях пробелов в статутах. Данная позиция разделялась впоследствии многими специалистами, в том числе в Англии. Например, Харт писал: «В системе, где признан принцип stare decisis, функция судов подобна делегированным нормотворческими полномочиями исполнительных органов»[1].

Социологический позитивизм (в отличие от аналитического) не только признает прецедентное право, но и прежде всего сводит позитивное право к праву, создаваемому судьями. Так, Э. Фрэнк полагал: «Не нормы, а судебные решения образуют право. Решая дела, суды творят право»[2]. При таком теоретическом подходе происходит размывание права неправом. В нарушение теории разделения властей, по существу, происходит отождествление правотворческого и правоприменительного процесса. Суд в американской социологической литературе исследуется как орган, устанавливающий баланс между конфликтующими интересами. Концепция социальных интересов и права как юридического средства защиты сбалансированных интересов активно анализировались в работах Р. Паунда[3] и его сторонников Б. Кардозо и судьи Пауэлла[4].

Как представляется, судейский активизм в результате приводит к смешению правотворческих и правоприменительных функций различных по своей природе законотворческих и судебных органов государственной власти, размыванию права неправом. В конечном итоге может способствовать повышению степени неопределённости права, повлиять на стабильность и непротиворечивость судебных актов, а главное — может негативно сказаться на правах и правовых интересах физических и юридических лиц.

---

[1] *Hart H.L. A.* The concept of law. Oxford, 1961. P. 132.

[2] *Frank J.* Law in the modern mind. N. Y., 1930. P. 127.

[3] См., например: *Куликов А.К.* Категория интереса в социологической юриспруденции Р. Паунда // Изв. вузов. 1977. № 3. С. 89–97.

[4] *Kahn P.W.* The court, the community and the judicial balance: The jurisprudence of justice Powell // YLJ. 1986. № 1. P. 61.

Право в естественно-правовом понимании выражается самым различным образом. Например, В. С. Нерсесянц писал: «Под правом (обозначается ли оно как «естественная справедливость», «естественное право», «естественный закон», «естественный разум», «природа вещей», «разумный закон», «идея права» или просто как «право»)...имеется в виду нечто и по времени, и по смыслу представляющее и определяющее (первичное, безусловное, имеющее приоритет и т. п.) по отношению к закону... (официальным установкам, законодательству, позитивному праву)»[1]. Так, ещё Блэкстон обосновал декларативную теорию, в соответствии с которой судьи не творят право, а лишь декларируют естественно-правовые нормы. Судьи, как полагал он, — оракулы права. Однако М. Хейл в XVII в. писал: «Судебные решения «меньше, чем право». Право независимо от судейского выражения»[2].

На мой взгляд, во-первых, судьи не «декларируют», а применяют право. Во-вторых, применяют не только нормы права, но и принципы права. В-третьих, применяют принципы и нормы права, содержащиеся не только в «законах», принятых законотворческими органами государственной власти. В-четвертых, с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, а также разграничения права и неправа представляется теоретически спорным отнесение собственно к праву не только принципов и норм права, содержащихся в формах национального и (или) международного права, но также и различных видов неправа, например, «идей права», «природы вещей», «естественного разума» и т. д. В-пятых, полагаю, право действительно «независимо от судейского выражения». Право необходимо отграничивать от неправа[3]. При таком подходе право — это не только закон, являющийся лишь одним из видов национальных правовых актов. Объективно существуют и иные формы как национального, так и международного права. Например, основополагающие (общие) принципы национального и (или) международного права, национальные и (или) международные правовые договоры, источниками которых являются не законотворческие

---

[1] *Нерсесянц В. С.* Из истории правовых учений: два типа правопонимания // Политические и правовые учения: проблемы исследования и преподавания. М., 1978. С. 19.

[2] *Hale M.* The history of the common law of England. L., 1971. P. 45.

[3] См.: *Ершов В. В.* Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений как парные категории. С. 4–23.

государственные органы, а прежде всего действия или соглашения иных управомоченных органов и лиц. При этом приоритет основополагающих (общих) принципов национального и (или) международного права по отношению к другим соответствующим принципам и нормам права, выработанным в других формах права, устанавливается управомоченными международными и (или) национальными органами.

Американский профессор Р. Дворкин — один из наиболее цитируемых в настоящее время «представителей «смешанных» концепций судебного правотворчества» — писал: «Моя цель — заключается не в том, чтобы показать, что право содержит определенные стандарты, некоторые из которых — нормы, другие — принципы. Моя цель — показать, что точная сумма того, что судьи должны принимать во внимание при рассмотрении дела, включает утверждения, имеющие форму и силу принципа, и судьи...обосновывая свои выводы, часто применяют утверждения, которые могут быть поняты таким образом»[1]. Р. Дворкин, с одной стороны, обоснованно включал в право не только нормы, но и принципы. Однако, с другой стороны, на мой взгляд, он спорно под принципами имел в виду не принципы собственно права, а стандарты, имеющие самый общий и неопределенный характер. По его мнению, принципы — это стандарты, которые должны соблюдаться, поскольку это требование справедливости или других категорий морали. Следовательно, им допускалось смешение права и неправа, норм права и «стандартов» морали. В этой связи Р. Дворкин — не представитель «смешанных» концепций судебного правотворчества», а теоретически точнее сторонник одного из видов дискуссионной концепции интегративного правопонимания, в действительности допускающей смешение права и неправа, норм права и «стандартов» морали.

В то же время собственно право включает не все принципы, а только принципы права, наиболее абстрактные и универсальные «стандарты» лишь правового регулирования правоотношений. Слово «принцип» в русском языке возникло от латинского слова «principium» — начало, основа всего. В современном международном и (или) внутригосударственном праве основополагающие (общие) принципы права и являются «началом» «всего». Основополагающие

[1] *Dworkin R.* Taking Rights seriously. Harvard, 1977. P. 76.

(общие) принципы национального и (или) международного права представляют собой теоретическое обобщение специальных принципов и норм права, содержащихся в иных формах национального и (или) международного права, наиболее существенного, типичного, подтвержденного практикой. Отсюда, в отличие от специальных принципов и (или) норм права, основополагающие (общие) принципы национального и (или) международного права обладают максимальной универсальностью и высшей императивностью.

Анализируя проблемы категорий «права» и «неправа», думаю, по аналогии возможно отметить глубокое высказывание Томаса Гоббса о философии и морали: **«Их значение нужно оценивать не по тем выгодам, которые дает знание, а по тому ущербу, которое наносит их незнание»**[1] (выделено мною. — *В.Е.*). Так, с одной стороны, Р. Кросс справедливо писал: «Основной принцип, который должен соблюдаться при отправлении правосудия, состоит в том, что сходные дела разрешаются сходным образом»[2]. Вместе с тем, с другой стороны, данная точка зрения Р. Кросса оставляет целый ряд вопросов. Например, первый: «сходным образом» разрешение «сходных дел» возможно ли относить к принципам права? На мой взгляд, нет. Дела должны рассматриваться в соответствии с выработанными правовыми регуляторами правоотношений и учитывая сложившиеся индивидуальные регуляторы правоотношений. Второй: в результате реализации каких регуляторов правоотношений возможно добиться такого результата? Например, в юридическом словаре понятие «прецедент» (от лат. praecedens, род. падеж praecedentis — предшествующий) определяется как «поведение в определенной ситуации», которое **рассматривается как образец при аналогичных обстоятельствах. Судебный прецедент — решение по конкретному делу, являющееся обязательным для судов той же или низшей инстанции при разрешении аналогичных дел либо служащее примерным образцом толкования закона, не имеющим обязательной силы»**[3] (выделено мною. — *В.Е.*).

Однако данное понятие вызывает целый ряд вопросов, например, какова природа «образца при аналогичных обстоятельствах»? «Образец» — это какая-то форма права, обязательная для суда или вид неправа, для суда необязательная? В каких случаях и в каких

[1] *Гоббс Т.* Избр. соч. М., 1926. С. XIV.
[2] *Кросс Р.* Прецедент в английском праве. М., 1985. С. 25.
[3] Юридический энциклопедический словарь. М., 1984. С. 296.

государствах «судебный прецедент» является обязательным для судов при решении аналогичных дел? В каких случаях и в каких государствах «судебный прецедент» может относиться лишь к «примерным образцам толкования закона, не имеющего обязательной силы»? Суд в процессе своей правоприменительной деятельности ограничивается только толкованием и лишь закона? На мой взгляд, отвечая на свой второй вопрос, возможно сказать: судебный прецедент в настоящее время — индивидуальный регулятор правоотношений. Разрешение же «сходным образом» «сходных дел» можно добиться в результате реализации выработанных правовых регуляторов и учитывая сложившиеся индивидуальные регуляторы правоотношений.

Судебное правотворчество и разделение властей — темы, теоретически связанные самым непосредственным образом. Весьма характерна тенденция изменения взглядов на данную тему ученых Великобритании. Как писал Н. У. Барбер, «мнения менялись кардинально — от почти повсеместного скептицизма, характерного для 1960-х — 1970-х гг., относительно применимости принципа РВ (разделения властей. — *В. Е.*) до преобладающей точки зрения современных авторов, согласно которой данный принцип на самом деле имеет непосредственное отношение к Конституции страны»[1]. Характерно, что он рассматривается как общий принцип конституционализма, применимый ко всем конституциям и во все времена[2]. Э. Бэрендтс в работе «Разделение властей и конституционное правление», опубликованной в 1995 г., справедливо писал: «Задача принципа разделения властей — защита свободы индивида, поскольку благодаря разделению властей ставятся препятствия на пути тирании и деспотии со стороны государства»[3].

Ярким подтверждением укрепления позиций принципа разделения властей является отмена судебной функции Палаты лордов и создание в Великобритании Верховного суда. В соответствии с Актом о конституционной реформе 2005 г. в Великобритании был создан новый Верховный суд, отделенный от Палаты лордов и состоящий

---

[1] *Барбер Н.* Разделение властей и Конституция Великобритании // Право. 2012. № 1. С. 4.

[2] См., например: *Barber N. W.* Pretude to the Separation of Powers // Cambridge law journal. 2001. № 60. P. 59.

[3] *Barendt E.* Separation of powers and constitutional government // Public Law. L., 1995. P. 605, 606.

из судей. Весьма показательно итоговое мнение Н. У. Барбера: принцип разделения властей, «...ранее с порога отвергавшийся и почти не обсуждавшийся в научной и юридической сфере, постепенно занял свое место в британских исследованиях по конституционному праву. **В настоящее время он воспринимается как принцип, лежащий в основе Конституции Великобритании»**[1] (выделено мною. — *В. Е.*). Думаю, подобный вывод возможно сделать и в нашей стране: разделение властей, закрепленное в ст. 10 Конституции РФ, по-моему, научными и практическими работниками может рассматриваться как основополагающий (общий) национальный принцип права, находящийся в основе Конституции Российской Федерации, в том числе в качестве правовой базы исследования теоретических и практических проблем «судебного прецедента». При таком теоретическом подходе возможно присоединиться к выводу Н. А. Гущиной и М. С. Глухоедова: «...Судьи не могут превращаться в законодателя, ибо это противоречит конституционному принципу разделения власти (ст. 10 Конституции РФ) ...»[2].

В этой связи теоретически дискуссионными представляются отдельные выводы Конституционного Суда Российской Федерации, содержащиеся в его Постановлении от 21 января 2010 № 1-П «По делу о проверке конституционности положений ч. 4 ст. 170, п. 1 ст. 311 и ч. 1 ст. 312 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами закрытого акционерного общества «Производственное объединение «Берег», открытых акционерных обществ «Карболит», «Завод «Микропровод» и «Научно-производственного предприятия «Респиратор»[3]. В особом мнении по данному Постановлению Конституционного Суда Российской Федерации судья Конституционного Суда Российской Федерации Г. А. Жилин теоретически убедительно написал: «Природа правил судопроизводства, установленная Пленумом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в п. 5.1. рассматриваемого постановления, иная, поскольку под видом толкования абсолютно определенных и адекватно вписывающихся в систему процессуального права законодательных норм он вопреки воле законодателя

[1] *Барбер Н.* Указ. соч. С. 17.

[2] *Гущина Н. А., Глухоедов М. С.* Судебный прецедент в российской правовой системе: История, теория, практика // Современное право. М., 2013. № 2. С. 82.

[3] Российская газета. 2010. 10 февраля. № 27.

создал ещё один, прямо противоречащий закону, процессуальный механизм, предназначенный для пересмотра вступивших в законную силу судебных актов, правильность которых ранее, как правило, уже была проверена в процедурах апелляционного и кассационного обжалования...верные тезисы должного развития не получили и оценки **недопустимому в системе разделения властей вторжению Высшего Арбитражного Суда в компетенцию законодателя...**особый порядок судопроизводства, введенный Пленумом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, **вступил в противоречие с положениями, определяющими сами основы конституционного строя (ч. 2 ст. 4, ст. 10, ч. 1 и 2 ст. 15 Конституции Российской Федерации)»**[1] (выделено мною. — *В.Е.*).

Необходимо подчеркнуть, Европейский Суд по правам человека неоднократно напоминал: «Правовая определенность, которая является одним из главных аспектов норм права, предполагает уважение принципа res judicata, то есть принципа окончательности решений. Отступление от данного принципа оправданно только тогда, когда это вызвано обстоятельствами значительного или непреодолимого характера» (Дело *«Тарнопольская и другие против России»*)[2].

В связи с вышеизложенными теоретическими и правовыми аргументами также возникает и вопрос об обоснованности понятия «судейское право» («судебное право») (judge — made law), введенного И. Бентамом, рассматривавшим разделение правотворческих и правоприменительных органов в качестве существенной гарантии законности. Он называл прецедентное право, вырабатываемое судьями («судейское право»), «собачьим правом», сравнивая его выработку с воспитанием собаки. «Как вы воспитываете собаку? — спрашивал он. — Вы ждете, когда она совершит что-либо, что, по вашему мнению, она не должна делать и затем её наказываете»[3]. Также, полагал И. Бентам, поступают и судьи, вырабатывающие новое право и применяющие его за ранее совершенные поступки. Придание прецедентам права обратной силы автор признавал одним из существенных недостатков прецедентного («судейского», «судебного») права, который отмечают и другие объективные исследователи. Так, И.Ю. Богдановская писала: «Обратная сила является одной из самых слабых черт судебного прецедента; интересно, что в практике

[1] Там же.
[2] Сайт Европейского Суда по правам человека. URL: www.echr.coe.int.
[3] *Bentham I.* Selected Writings. L., 1983. P. 35.

имели место неоднократные попытки исправить недостаток и установить перспективное действие судебного прецедента»[1].

Более того, возникает вопрос о том, возможно ли относить собственно к «судейскому» («судебному») «праву» тот результат, который вырабатывают судьи в индивидуальных судебных актах? Хотелось бы привести две характерные оговорки, допущенные известными российскими научными работниками. Например, В. В. Лазарев пришел к выводу: «...Существенным отправным моментом в анализе реалий и перспектив прецедента в отечественной системе права является деление прецедентов на прецеденты — источники права и прецеденты толкования права»[2]. Но далее сам же В. В. Лазарев обоснованно уточнил свою позицию: «Норма отсутствует. **Норму нужно создавать. Разумеется, не contra legem, разумеется, в соответствии с общими и отраслевыми принципами права...**»[3] (выделено мною. — *В. Е.*). Если исходить из того, что в праве содержатся не только нормы права, но и принципы права, то в случаях отсутствия норм права и наличия принципов права, на мой взгляд, во-первых, пробела в праве нет. Пробел в праве мнимый. Во-вторых, суд в этих случаях не вырабатывает «прецеденты права», а, в частности, только толкует и применяет имеющиеся принципы права.

В юридической литературе довольно часто цитируется высказывание Холдсворта о том, что английская концепция прецедента характеризуется серединой между чрезмерной гибкостью и жесткостью: придает правовой системе необходимую жесткость, дабы сохранять устойчивую совокупность принципов, и гибкость — дабы приспосабливаться к меняющимся нуждам общества[4]. Однако и в настоящее время остается открытым вопрос: как найти эту «золотую середину» между «чрезмерной гибкостью и чрезмерной жесткостью»? Так, Р. Кросс отмечал: оговорки, по мнению Холдсворта, предоставляют судьям возможность довольно широко применять процесс отбора старых прецедентов или отказа от них[5]. Кроме

---

[1] *Богдановская И. Ю.* Судебный прецедент в странах «общего права»: особенности развития. С. 23.

[2] *Лазарев В. В.* Прецедент: реалии и перспективы в российском праве // Российское правосудие. 2012. № 4. С. 9.

[3] Там же.

[4] History of English Law, vol. XII. P. 160. Дискуссия на эту тему была впервые изложена в 1934 году в 50 L. Q. R. 180 et seg.

[5] *Кросс Р.* Указ. соч. С. 131.

того, вышестоящие суды могут отклонять прецеденты. В практике судов имеются конфликтующие прецеденты. Палата лордов имела право отклонять свои прецеденты. Апелляционный суд прецедентом Young также признал три исключения из принципа stare decisis. Верховный суд США с самого начала своей деятельности не считал себя связанным своими предшествующими решениями. Верховный суд Индии также не относит принцип «жесткого» прецедента к своим решениям. В этой связи И. Ю. Богдановская сделала справедливый вывод: «Даже самый «жесткий» принцип прецедента на практике является достаточно гибким»[1]. В результате это не может не привести к уменьшению степени определенности права и повышению уровня неопределенности права, а также судебной практики.

Традиционно в судебных прецедентах выделяют ratio decidendi (сущность решения) и obiter dictum (попутно сказанное). Однако попытки выявить различие между ratio decidendi и obiter dictum не привели к каким-либо значительным теоретическим и практическим находкам. Более того, отдельные исследователи находят такие попытки бесплодными, как «погоню за дикими гусями»[2]. Видимо, в этой связи апелляционный судья лорд Асквит на вопрос о том, что он думает о различии между ratio decidendi и obiter dictum, ответил: «Правило это очень просто: если Вы согласны с другим парнем, Вы говорите, что данная часть есть ratio; если же не согласны, то говорите она — obiter dictum...»[3].

Невозможно установить и точную дату вступления судебного прецедента в силу. Характерна точка зрения Т. Бедитт: «Я считаю, — утверждала она, — **на какой-то стадии можно говорить, что норма существует.** Даже если мы не можем определить точно, когда она начала существовать, приходит время, когда мы можем сказать, что теперь норма существует»[4] (выделено мною. — *В. Е.*).

Нет достаточной определенности и в вопросе действия прецедента в пространстве. Традиционно считается, что принцип прецедента состоит в обязанности судей следовать решениям вышестоящих судов в рамках национальной судебной системы. Однако, как убедительно заметила И. Ю. Богдановская, процесс «перетекания» прецедентов

[1] *Богдановская И. Ю.* Прецедентное право. М., 1993. С. 29.
[2] См., например: *Кросс Р.* Указ. соч. С. 66.
[3] Journal of the society of public teachers of law (N. S.), vol 1 1950. P. 359.
[4] *Benditt Th.* The Rule of Precedent // Precedent in Law. P. 96, 97.

в правовых системах англосаксонской правовой семьи идет достаточно активно. Так, 50% «прецедентного права» Новой Зеландии заимствуется из Соединенного Королевства, 10% из Австралии...»[1].

Теоретически и практически неопределенным является и вопрос о моменте прекращения действия судебного прецедента. Поскольку статуты не указывают прецедентов, прекращающих свое действие, постольку этот вопрос остается в компетенции судей. Характерно, что судьи, как правило, не отменяют прецеденты (overrule), а от прецедентов отходят (distinguish). Это позволяет в случае необходимости возродить «спящий» прецедент. Думаю, такая судебная практика не способствует вынесению ожидаемых и стабильных судебных актов в сходных ситуациях, не может не привести к повышению степени их неопределенности. Следовательно, и к возможному увеличению принятия судебных актов, нарушающих права и правовые интересы участников спорных правоотношений.

Не способствует стабильной судебной практике и отсутствие официальных изданий (в отличие от статутов) «судебных прецедентов», как правило, содержащихся в различных судебных отчетах. Так, судебные отчеты издаются самыми разнообразными коммерческими организациями с различной периодичностью, точностью и классификацией. Такая практика традиционно вызывает критику у специалистов ввиду неполноты публикаций и повторения одних и тех же «судебных прецедентов» в самых разнообразных изданиях.

Таким образом, названные и многие иные теоретические и практические проблемы «судебных прецедентов», на мой взгляд, очевидны. Отсюда возникает вопрос: а имеют ли в современный период «судебные прецеденты» какие-то преимущества, характеризующиеся развитием статутного права? Если да, то какие? Традиционно в специальной литературе прежде всего называют три преимущества. Первое: «прецедент основывается на принципе равенства лиц перед законом и судом»[2]. Однако равенство перед законом и судом — аксиоматичная норма статутного права, закрепленная также во многих Конституциях, в том числе и в ч. 1 ст. 19 Конституции Российской Федерации. Второе: в статутах содержится множество коллизий, которые устраняются посредством выработки и примене-

[1] *Богдановская И.Ю.* Указ. соч. С. 37, 38.

[2] *Верещагин А.Н.* Пять мифов о прецедентном праве в России // Судья. 2011. № 1. С. 60.

ния «судебных прецедентов». В то же время в общей теории права общепризнано: коллизии в праве преодолеваются судами в процессе рассмотрения конкретных споров (ad hoc) посредством применения основополагающих (общих) и специальных принципов, а также норм права, в частности, имеющих приоритет, принятых в более позднее время, и т. д.[1]

Третье: судьи вынуждены вырабатывать прецеденты в случаях «пробелов в праве». Причем под «правом» с позиции юридического позитивизма многие специалисты, как правило, понимают только нормы, вырабатываемые органами государства, в том числе судом. Вместе с тем с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания право выражается в основополагающих (общих) и (или) специальных принципах права, а также нормах, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве. Отсюда действительный пробел в праве — это не отсутствие норм права в законах, выработанных органами государственной власти (как традиционно полагают позитивисты), а отсутствие в том числе основополагающих (общих) и специальных принципов, а также норм права, содержащихся в иных формах национального и (или) международного права, реализуемых в государстве. При таком теоретическом подходе с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания пробела в праве, как правило, нет. Пробел в праве мнимый. Следовательно, нет и объективной необходимости вырабатывать «судебные прецеденты».

П. А. Гук — в России один из наиболее активных сторонников введения «судебного прецедента» в число «источников» права России — пришел к выводу: «Судебный прецедент — это судебное решение высшего органа судебной власти по конкретному делу, вынесенное в рамках определенной юридической процедуры (судопроизводства), содержащее правовое положение (правовую позицию, принципы), опубликованные в официальных сборниках и обладающие императивностью применения для аналогичных дел в будущем»[2].

Вместе с тем, как было отмечено выше, во-первых, «судебные прецеденты» на практике вырабатывают не «высшие органы судебной

[1] См.: *Ершов В. В.* Судебная власть в правовом государстве: Дисс. ... д-ра юрид. наук. С. 210–229.

[2] *Гук П. А.* Судебный прецедент: Теория и практика. С. 47.

власти», а вышестоящие суды. Во-вторых, «правовое положение» теоретически спорное и неопределенное понятие, не тождественное «правовым позициям» и «принципам». В-третьих, «судебные прецеденты», как правило, не издаются в официальных сборниках. В-четвертых, судебные решения вышестоящих судов не обладают «императивностью применения для аналогичных дел в будущем».

В 2012 г. в автореферате диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук на тему: «Судебная практика как форма судебного нормотворчества в правовой системе России: общетеоретический анализ» П. А. Гук по существу лишь повторил свой вывод: «Судебный прецедент — это судебное решение высшего органа судебной власти по конкретному делу, вынесенное в рамках определенной юридической процедуры (судопроизводства), содержащее нормативно-правовое положение (судебную норму), опубликованное в официальных сборниках и обладающее императивностью применения для аналогичных дел в будущем»[1].

Как считают Н. А. Гущина и М. С. Глухоедов, «наиболее удачно определил судебный прецедент А. В. Поляков. По его мнению, «судебным прецедентом» признается не всё решение, а лишь его мотивировочная часть, которая принимается за общее обязательное для всех правило...»[2]. Вместе с тем, полагаю, очевидно, что «наиболее удачное определение судебного прецедента» ограничивается лишь традиционным упоминанием о ratio decidendi (сущности решения).

Оксфордский словарь определяет понятие «прецедент» как «пример или дело, которое принимается или может быть принято в качестве образца или правила для последующих дел либо с помощью которого может быть подтвержден или объяснен какой-либо аналогичный акт или обстоятельство»[3]. Однако и данное понятие «прецедент» носит самый общий и весьма неопределенный характер. А главное — в нем отсутствует определение природы «прецедента». Прецедент — это форма права или вид неправа? Вопрос, оставшийся без ответа в многочисленных названных и иных понятиях «судебного прецедента».

---

[1] *Гук П. А.* Судебная практика как форма судебного нормотворчества в правовой системе России: Общетеоретический анализ: Автореф. дисс. ... д-ра. юрид. наук. С. 12.

[2] *Гущина Н. А., Глухоедов М. С.* Судебный прецедент в российской правовой системе: история, теория, практика // Современное право. 2013. № 2. С. 79, 80.

[3] Oxford dictionary Ch. V. P. 292.

И. Ю. Богдановская, с одной стороны, теоретически более обоснованно писала: «...Судебный прецедент, сыграв историческую роль в формировании и развитии правовых систем «общего права», постепенно меняет свое положение в системе источников»[1]. Вместе с тем, с другой стороны, И. Ю. Богдановская сделала и другой, теоретически весьма неопределенный вывод: «Суды создают не столько новые судебные прецеденты, сколько прецеденты толкования»[2]. На мой взгляд, суды в процессе рассмотрения конкретных споров не только толкуют право, но и, например, преодолевают коллизии и пробелы в праве, применяют диспозитивные и относительно определенные нормы права и т. д. Отсюда вывод о создании судами только «прецедентов толкования», на мой взгляд, недостаточен.

По мнению А. Н. Верещагина, «существование в России прецедентного права констатировал и Конституционный Суд РФ: как отмечено в его Постановлении, в правовой системе России существует «установленная законом возможность отмены судебных актов...в случае их расхождения с актами высшего суда в системе арбитражных судов Российской Федерации, дающими разъяснения по вопросам судебной практики», а **толкование закона высшими судебными органами «фактически...является обязательным для нижестоящих судов на будущее время»**[3] (выделено мною. — *В. Е.*). Во-первых, даже сам А. Н. Верещагин говорил о «толковании закона» «высшими судебными органами». Следовательно, в соответствии с данным выводом суд может вырабатывать не «судебные прецеденты» собственно права, а «судебные прецеденты» только толкования существующего права, т. е. уяснять имеющееся право для себя и разъяснять его для других. Во-вторых, характерно, что А. Н. Верещагин писал о «фактической», а не о юридической обязанности для судов «толкования закона». Отсюда результаты «толкования закона» Конституционным Судом Российской Федерации являются видом неправа, а не «судебными прецедентами» права.

С позиции теории систем, информации и научно обоснованной концепции интегративного понимания права правовое и индивидуальное регулирование правоотношений, во-первых, необходимо

[1] *Богдановская И. Ю.* Судебный прецедент «общего права»: особенности развития. С. 26.

[2] Там же.

[3] *Верещагин А. Н.* Указ. соч. С. 62.

рассматривать как парные категории. Во-вторых, право недопустимо ограничивать только «законами», принятыми органами государственной власти (как традиционно полагают позитивисты). Думаю, право преимущественно выражается в основополагающих (общих) и (или) специальных принципах, а также нормах права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве. В-третьих, прежде всего в связи с абстрактным характером и относительной определенностью соответствующих принципов и норм права, коллизиями и пробелами в праве правовое регулирование правоотношений представляется недостаточным и с объективной неизбежностью должно быть дополнено их индивидуальным регулированием[1].

Исходя из изложенных общенаучных, теоретических и правовых аргументов представляется возможным сделать несколько итоговых выводов.

Первый: понятие «судебный прецедент» является родовым, имеет неопределенную природу и потому теоретически дискуссионно, а практически — контрпродуктивно.

Второй: понятие «судебный прецедент толкования права» представляется в необходимой степени теоретически не определенным, а практически недостаточным, поскольку суд в процессе применения права не только толкует нормы права, но также и, например, применяет факультативные, альтернативные и диспозитивные нормы права, преодолевает коллизии и пробелы в праве, т. е. осуществляет не только толкование норм права, а индивидуальное судебное регулирование правоотношений в целом.

Третий: до появления государств и в определенный период становления государств в связи с полным либо частичным отсутствием статутного права человечество с объективной неизбежностью прошло период выработки и применения «судебных прецедентов права». Однако в современный период, прежде всего в связи с развитием статутного права, а также иных форм международного и (или) национального права, произошла эволюция и изменение природы «судебного прецедента», объективно преобразовавшегося в один

[1] См.: *Ершов В. В.* Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений как парные категории. С. 4–23.

из видов неправа, «судебного прецедента индивидуального регулирования правоотношений».

Четвертый: возможно дифференцировать два вида «судебных прецедентов индивидуального регулирования правоотношений»: обязательные и учитывающиеся другими лицами, органами и т. д. «Судебные прецеденты индивидуального регулирования правоотношений» обязательны, например, в соответствии с международными договорами. Иные «судебные прецеденты индивидуального регулирования правоотношений» учитываются другими лицами, органами и т. д. лишь в силу их убедительности и аргументированности.

Пятый: судебные прецеденты как первого, так и второго вида относятся к неправу, и потому не могут самостоятельно регулировать правоотношения; теоретически обоснованно и практически продуктивно только совместное правовое и индивидуальное регулирование правоотношений в пределах прежде всего принципов и норм права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве.

3.7. «Прецеденты» Европейского Суда по правам человека

Многие специалисты в настоящее время справедливо подчеркивают: XXI в. характеризуется процессом глобализации[1]. Одним из наиболее значимых аспектов современных процессов глобализации, которые охватывают самые разные сферы жизни международного сообщества, является правовая глобализация, представляющая собой универсализацию и унификацию правовых явлений на всемирном, макрорегиональном и внутринациональном уровнях[2]. В российской теории права правовая глобализация иногда весьма неопределенно характеризуется как «правовая конвергенция» национальных и наднациональных правовых систем, как сближение

[1] См., например: *Зимненко Б. Л.* Международное право и правовая система Российской Федерации. М., 2006; Европейская интеграция и развитие цивилистического процесса в России / Под ред. Р. Ф. Каллистратовой и М. А. Фокиной. М., 2006; Самостоятельность и независимость судебной власти Российской Федерации. М., 2006; *Ершов В. В., Ершова Е. А.* Современные проблемы международного права // Российское правосудие. 2006. № 2. С. 17–28.

[2] См.: *Нерсесянц В. С.* Процессы универсализации права и государства в глобализирующемся мире // Государство и право. 2005. № 5. С. 38.

этих правовых систем на основе их взаимного обогащения, учета их преимуществ и достижений в различных сферах права[1].

Значительными шагами на пути встраивания России в процессы правовой глобализации явилось ее вступление в Совет Европы, последующая ратификация Европейской конвенции прав человека и основных свобод (далее — Конвенция) и признание юрисдикции Европейского Суда по правам человека (ЕСПЧ). В этих условиях актуальной задачей российской теории права стало уточнение источников и форм международного права, анализ их соотношения с национальными источниками и формами права и влияние правовой глобализации на правотворческий и правоприменительный процессы в России.

Весьма показательно, что 9 ноября 2006 г. Комитет по правовым и судебным вопросам Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации провел «круглый стол» на характерную тему: «Соотношение правоприменительной практики международных и российских судов». На заседании «круглого стола» с докладами выступили Председатель Комитета С. В. Вавилов, секретарь Пленума Верховного Суда Российской Федерации — судья Верховного Суда Российской Федерации В. В. Демидов, Уполномоченный Российской Федерации при Европейском Суде по правам человека П. А. Лаптев и директор института европейского права МГИМО М. Л. Энтин.

Российская Федерация ратифицировала Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод Федеральным законом от 30 марта 1998 г. № 54 с изменениями, прежде всего внесенными в нее Протоколами № 3 от 6 мая 1963 г., № 5 от 20 января 1966 г. и № 8 от 19 марта 1985 г., дополнениями, содержащимися в Протоколе № 2 от 6 мая 1963 г., а также Протоколы к ней № 1 от 20 марта 1952 г., № 4 от 16 сентября 1963 г., № 7 от 22 ноября 1984 г., № 9 от 6 ноября 1990 г., № 10 от 25 марта 1992 г., № 11 от 11 мая 1994 г., подписанные Министром иностранных дел Российской Федерации от имени Российской Федерации 28 февраля 1996 г. в Страсбурге[2]. Российская Федерация ратифицировала Конвенцию с учетом ее изменений, основанных на Протоколе № 11, и Протоколах к ней № 1,

[1] *Алексеев С. С.* Право на пороге нового тысячелетия: некоторые тенденции мирового правового развития — надежда и драма современной эпохи. М., 2000. С. 225.

[2] Российская газета. 1998. 6 апреля.

4, 7. Конвенция и Протоколы к ней № 1, 4 вступили в силу для Российской Федерации с 5 мая 1998 г. В соответствии со ст. 18 Венской конвенции о праве международных договоров Россия после подписания Протокола № 6 ввела мораторий на смертную казнь.

Существенное правовое значение в вопросе определения природы постановлений ЕСПЧ имеет ст. 1 ФЗ «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней», согласно которой «Российская Федерация в соответствии со ст. 46 Конвенции признает ipso facto (в силу самого факта) и без специального соглашения юрисдикцию Европейского Суда по правам человека **обязательной по вопросам толкования и применения Конвенции и Протоколов к ней в случаях предполагаемого нарушения Российской Федерацией положений этих договорных актов, когда предполагаемое нарушение имело место после их вступления в действие в отношении Российской Федерации»** (выделено мною. — *В.Е.*). Отсюда можно сделать важный вывод: постановления ЕСПЧ, принятые против России, по вопросам толкования Европейской конвенции «О защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней» являются обязательными для правотворческих, исполнительных и судебных органов государственной власти, а также для органов местного самоуправления и иных лиц.

В связи с этим приоритетными становятся вопросы соотношения международного и национального права, а также природы постановлений ЕСПЧ. Вместе с тем, думаю, прав был И. И. Лукашук, отметивший, что проблема взаимодействия правовых систем не привлекала к себе еще должного внимания специалистов[1]. Один из ведущих специалистов в области общей теории права в XX в. России С. С. Алексеев пришел к выводу: «Сближение — лишь внешнее проявление более глубоких процессов, преобразующих мир права, которые могут быть названы «правовой конвергенцией»[2]. Автор понимал правовую конвергенцию как «развитие правовых систем в одном направлении, вследствие чего происходит взаимное обогащение права в различных пределах и **в конечном итоге — своеобразная интеграция в праве** (выделено мною. — *В.Е.*), при которой соединяются в единые правовые образования, в целостные юридические конструкции преимущества и достижения различ-

[1] *Лукашук. И.И.* Глобализация, государство, право, XXI век. М., 2000. С. 35.

[2] *Алексеев С.С.* Право на пороге нового тысячелетия: некоторые тенденции мирового правового развития — надежда и драма современной эпохи. М., 2000. С. 225.

ных сфер права, разных систем»[1]. В результате правовой конвергенции, сделал вывод С. С. Алексеев, образуется «право цивилизованных народов»[2]. Существенный вклад в исследование вопросов взаимодействия международного и национального права внесли А. А. Рубанов, И. И. Лукашук, Б. Л. Зимненко и др.

В специальной литературе и в работе судов сложилось множество теоретических и практических проблем, требующих своего дальнейшего глубокого анализа. Так, согласно ч. 4 ст. 15 Конституции РФ «Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора». Однако Конституция Российской Федерации оставляет открытым целый ряд вопросов. Например, о соотношении иных форм международного права с федеральными законами. В Конституции Российской Федерации не определено и ее собственное место в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в России.

Важнейшее теоретическое, правовое и практическое значение имеет и вопрос о возможности трансформации Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней. Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод является международным договором, принятым и открытым для подписания 4 ноября 1950 г. и вступившим в силу для 10 государств — членов Совета Европы 3 сентября 1953 г. С тех пор прошло много лет, во многом изменились политические, экономические и социальные отношения. Отсюда возник сложнейший теоретический вопрос о возможности «развития» «устаревшей» Конвенции Европейским Судом по правам человека в порядке «эволютивного толкования» в связи с динамикой правоотношений.

Наиболее радикально настроенные научные и практические работники рассматривают постановления Европейского Суда по правам человека в качестве своеобразного «судебного прецедента» — самостоятельного «источника» права. Так, Д. В. Зверев, на мой взгляд,

[1] Там же.
[2] Там же.

без необходимых и достаточных правовых аргументов пришел к выводу: «...В российскую правовую систему инкорпорирован новый источник права — прецеденты Европейского Суда по правам человека»[1]. В. И. Анишина и Г. А. Гаджиев в свою очередь полагали: «Федеральный закон о ратификации Конвенции решил...старый теоретический спор о том, являются ли вообще судебные акты источником права. Безусловно, решения Европейского Суда по правам человека следует признавать источником права, входящим в качестве основной части вместе с нормами Конвенции и Протоколов к ней в правовую систему РФ (ч. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации). На признании этого вывода может быть построен механизм возможного влияния юриспруденции Европейского Суда по правам человека на судебную практику российских судов»[2]. В этом контексте представляется весьма характерной следующая оговорка В. И. Анишиной и Г. А. Гаджиева: «Нами умышленно не используется термин «прецедентное право» Европейского Суда по правам человека. Предпочтение отдано термину «юриспруденция или судебная практика Европейского Суда»[3]. Безусловно, юридически некорректно идентифицировать судебную практику Европейского Суда с common law. Исследуя юрисдикцию Европейского Суда, В. А. Туманов также говорил об «относительной (в отличие от английского правила прецедента) связанности Суда при рассмотрении дел его предшествующими решениями и сложившимися правовыми позициями»[4].

Весьма противоречива и оценка европейскими специалистами природы постановлений Европейского Суда по правам человека. В своих постановлениях и решениях Европейский Суд по правам человека неоднократно высказывал следующее мнение: «Конвенция не является застывшим правовым актом, она **открыта для толкования** в свете сегодняшнего дня»; «предмет и цель Конвенции как правового акта, обеспечивающего защиту прав человека, **требует, чтобы ее**

[1] *Зверев Д. В.* Новые источники гражданского процессуального права в свете Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод // Европейская интеграция и развитие цивилистического процесса в России. М., 2006. С. 22.

[2] Самостоятельность и независимость судебной власти Российской Федерации. М., 2006. С. 148, 149.

[3] Там же.

[4] *Туманов В. А.* Конституционное правосудие в свете практики Европейского Суда по правам человека (на примере России) // Конституционное правосудие в новом тысячелетии. Ереван, 2002. С. 229.

нормы толковались и применялись таким образом, чтобы сделать ее гарантии эффективными и реальными»[1] (выделено мною. — *В.Е.*). Такой подход получил в науке понятие «эволютивное толкование».

Председатель Европейского Суда по правам человека в отставке г-н Риксдаль 1 ноября 1998 г. сказал: «Европейская конвенция о правах человека должна толковаться и применяться как живой инструмент, следуя за развитием наших обществ и не обязательно согласно намерениям «отцов-основателей» в 1950 году...»[2]. Вместе с тем он же далее, дискутируя сам с собой, подчеркнул: «Но сразу же добавлю и настаиваю на том, что эволютивное толкование, следуя за развитием наших обществ, **не должно стать судебным активизмом**[3] (выделено мною. — *В.Е.*). По моему мнению, судьи призваны тщательно изучать, оценивать, принимать во внимание развитие общества, но они, в особенности наднациональные судьи, не должны действовать в соответствии с субъективной оценкой тенденций, которые кажутся им более предпочтительными и которые они одобряют»[4].

В выступлении г-на Риксдаля нельзя не заметить существенного противоречия: возможно ли применять Европейскую Конвенцию как «живой инструмент» без «судебного активизма»? С позиции г-на Риксдаля допустимы два прямо противоположных варианта. Первый: Европейский Суд лишь буквально толкует Европейскую Конвенцию и не занимается ее развитием. Второй: Европейский Суд вырабатывает «судебные прецеденты права» и развивает Европейскую Конвенцию по правам человека. К сожалению, Европейский Суд по правам человека пошел по второму пути.

24–26 июня 2010 г. Конституционный Суд Российской Федерации, Совет Федерации Федерального Собрания Российской Федерации и Минюст России провели в г. Санкт-Петербурге научно-практическую конференцию по проблемам мониторинга законодательства и правоприменения, в рамках которой была организована работа секции № 3 «Реализация решений Европейского Суда по правам человека». В теории права «реализация права» традиционно рассматривается «...как воплощение в поступках людей

---

[1] *Туманов В.А.* Европейский Суд по правам человека. Очерк организации и деятельности. М., 2001. С. 90, 91.

[2] Перевод речи г-на Риксдаля // Государство и право. 1999. № 7. С. 57–62.

[3] Там же.

[4] Там же.

требований, которые в общей форме выражены в нормах права как конкретное проявление процесса правового регулирования»[1]. В зависимости от квалификационных критериев в науке предложены различные классификации форм реализации права. По справедливому замечанию М. Н. Марченко, «наиболее распространено их подразделение в зависимости от характера правотворческих действий субъектов права. По этому признаку-критерию обычно выделяют четыре основные формы реализации права: осуществление (использование), исполнение, соблюдение, применение... Осуществление (использование) прав, или полномочий, выражается в активной реализации возможностей, предоставляемых субъектам различных общественных отношений нормами права... Исполнение... представляет собой...реализацию обязывающих норм, выполнение субъектом права возложенных на него обязательств... Соблюдение норм права связано только с реализацией запрещающих норм... Применение права как государственно-властное деяние всегда осуществляется от имени государства»[2]. Вопросы реализации и природы решений Европейского Суда по правам человека и стали предметом активного обсуждения участниками конференции.

В связи с происходящими в мире процессами глобализации в теории права и на практике появились и сравнительно новые проблемы, требующие своевременных, научно обоснованных и практически необходимых ответов. В том числе возник вопрос о том, возможно ли решения Европейского Суда по правам человека отнести к международно-правовым актам (если да, то необходимо установить и форму их реализации), или решения Европейского Суда по правам человека являются «неправом», одним из видов индивидуальных судебных актов наднациональных судов, обязательных для исполнения соответствующими российскими органами власти и лицами так же, как и индивидуальных судебных актов национальных судов?

Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении от 5 февраля 2007 г. № 2-П пришел к весьма неопределённому выводу: «Не только Конвенция о защите прав человека и основных свобод, **но и решения Европейского Суда по правам человека — в той части,**

[1] Общая теория права / Отв. ред. А. С. Пиголкин. М., 1998. С. 282.
[2] *Марченко М. Н.* Теория государства и права: Учебник. М., 2009. С. 605–609.

в какой ими, исходя из общепризнанных принципов и норм международного права, дается толкование содержания закрепленных в Конвенции прав и свобод, включая право на доступ к суду и справедливое правосудие, — являются составной частью российской правовой системы» (выделено мною. — *В.Е.*). Конституционный Суд Российской Федерации подтвердил также свою позицию, в частности, и в Постановлении от 26 февраля 2010 г. № 4-П.

Думаю, изложенную позицию Конституционного Суда Российской Федерации разделяет большинство российских и зарубежных специалистов. Так, в национальной специальной литературе активно проводится в «жизнь» идея «о прецедентной практике Европейского Суда»[1]. Микеле де Сальвия сделал ещё более радикальной вывод: «В свете прецедентного права...**суд заполнил пробел**, который, как он сам признавал, существовал до относительно недавнего времени»[2] (выделено мною. — *В.Е.*).

Детально исследовав позиции российских и зарубежных ученых, М.Н. Марченко *убедительно* писал: «...Вне поля зрения авторов остаются некоторые весьма важные вопросы, касающиеся факторов, предопределяющих юридическую природу и характер решений суда, именуемых прецедентами, по сравнению с другими источниками права в случае признания их в качестве таковых, а также по сравнению с традиционными, «классическими» прецедентами»[3]. В.М. Марченко далее выделил следующие «модели» применения решений Европейского Суда по правам человека: «Существует, как минимум, три различных варианта или «модели» восприятия и применения решений Европейского Суда по правам человека. Первая — «модель частной аналогии» (model of particular analogy). Вторая — «нормоустанавливающая модель» (rule-stating model). Третья — «модель,

---

[1] См., например: *Канашевский В.А.* Прецедентная практика Европейского Суда по правам человека как регулятор гражданских отношений в Российской Федерации // Журнал российского права. 2003. № 4. С. 122–126; *Неказаков В.А.* Конституционно-правовые вопросы реализации в российском праве и правоприменительной практике статей 5 и 6 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод (Право на свободу, личную неприкосновенность и справедливое судебное разбирательство): Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 22–25.

[2] *Сальвиа М.* В какой мере прецедентная практика Европейского Суда по правам человека оказывает влияние на законодательство и судебную практику государств — членов Европы? // Права человека. 2006. № 5. С. 15–17.

[3] *Марченко М.Н.* Юридическая природа и характер решений Европейского Суда по правам человека // Государство и право. 2006. № 2. С. 11, 12.

содержащая в себе используемые в качестве примера принципы» (principle-exampling model)»[1]. В результате анализа специальной зарубежной литературы М. Н. Марченко пришел к теоретически обоснованному выводу: «...Если Конвенция и судебная практика ограничивают суд относительно формирования общих норм и «абстрактного высказывания» по поводу соответствия национального законодательства и судебной практики Конвенции, то это означает, что суд лишен возможности (не только в процессе правоприменения, но и в процессе толкования Конвенции и Протоколов к ней) принимать акты, которые содержали бы в себе четко сформулированные правила и которые можно было бы рассматривать в виде прецедентов, относящихся к категории («модели») нормоустанавливающих актов (вторая «модель» восприятия прецедента)»[2].

В то же время позиция, выработанная Конституционным Судом Российской Федерации и разделяемая многими отечественными и зарубежными специалистами, с одной стороны, всё же позволяет предположить, что судебные акты Европейского Суда по правам человека возможно относить к международному праву и признать «...решения Европейского Суда по правам человека...составной частью российской правовой системы»[3]. С другой стороны, в том же постановлении Конституционный Суд Российской Федерации разъяснил, что составной частью российской правовой системы являются не все решения Европейского Суда по правам человека, а только «**...в той части, в какой ими... дается толкование содержания закрепленных в Конвенции прав и свобод**»[4] (выделено мною. — только толкование! — *В. Е.*).

Вместе с тем некоторые зарубежные специалисты придерживаются иной точки зрения. Так, П.-Н. Монжаль — профессор университета Франсуа Рабле (Тур) — писал: «Обращаясь к практике Европейского Суда по правам человека в отношении Конвенции, мы констатируем неожиданный поворот в деятельности последнего, характеризуется проявлением пренебрежения к суверенитету государств — участников. Так, в 1975 г., раскрывая принцип права на справедливое судебное разбирательство в знаменитой шестой статье, Суд объяснил...

[1] Там же. С. 12.
[2] Там же. С. 19.
[3] Российская газета. 2007. 14 февр. № 31.
[4] Там же.

«что он склонен руководствоваться статьями 31–33 Венской Конвенции 1969 г.». В этом деле зафиксировано особое мнение одного из судей о том, что «решение 1975 г. является типичным примером вековых стремлений судебного законодателя» (с той поры, и в частности, с конца 80-х гг.). Суд регулярно заявляет, что «конвенция и её протоколы должны толковаться в свете современных условий. Из этого следует, что её положения не могут быть истолкованы исключительно в соответствии с намерениями их авторов, как они были выражены в 1950 г. Во имя теории, согласно которой Конвенция является живым инструментом, Европейский Суд по правам человека решительно отказался от конвенциональной техники толкования с учетом изначальной воли авторов Европейской Конвенции по правам человека»[1].

На мой взгляд, «конвенциальная техника толкования» в строгом соответствии с общей теорией права может состоять лишь в буквальном уяснении Европейским Судом по правам человека точного смысла Конвенции и соответствующим ее разъяснении. Вместе с тем, по мнению П.-Н. Монжаль, «...ценность Конвенции состоит отныне не в ее договорном, а в исключительно практическом характере. Суд адсорбировал Конвенцию, чтобы придать ей судебную значимость, полностью определяемую его практикой»[2].

К сожалению, в 2003 г. Европейский Суд по правам человека пошел еще дальше: «...его постановление, — пришел к выводу суд, — имеет ту же силу, что и договор! Так, простые рекомендации, содержащиеся в его постановлении о временных мерах, применяемых во время сопровождения к границе незаконно прибывающих в стране иностранцев, стали принудительными для государств-участников. И если государства не будут их соблюдать, то это послужит основанием для возникновения ответственности, и это при том, что сама Конвенция не регламентирует вопрос временных мер. Есть три особых мнения судей в отношении этого способа действий Европейского Суда по правам человека, во многом **основанного на практике Международного Суда ООН (Гаага) в этой области, который, в отличие от Страсбургского Суда, располагает правовой базой для принятия временных мер. Судьи, написавшие особое мнение, утверждают, что Страсбургский Суд**

[1] *Монжаль П.-Н.* Могут ли быть оспорены Европейские основные права? / Российское правосудие. 2015. № 5. С. 44.

[2] Там же. С. 44.

тем самым «расширил свою компетенцию путем правотворческого, а не судебного действия»[1] (выделено мною. — *В.Е.*).

Более того, Европейский Суд по правам человека постановил, подчеркнул П.-И. Монжаль, что «...он не связан своими собственными предыдущими решениями. При этом добавил, что по причинам правовой безопасности, прогнозируемости и равенства перед правом он может отклоняться от своих прецедентов, но только в силу веских причин. Тем не менее, анализ решений Суда показывает, что они не содержат прогнозов на будущее. А значит, Суду не надо будет мотивировать собственные отклонения в судебной практике... Таким образом, имеет место парадокс, заключающийся в том, что **право, порождаемое Конвенцией, является правом без нормы, а, следовательно, архаичным**» (выделено мною. — *В.Е.*)[2].

Как представляется, эволютивное толкование Конвенции Европейским Судом по правам человека не должно обосновываться только «развитием общества». Важно подчеркнуть: эволютивное толкование Европейским Судом по правам человека Конвенции не может быть расширительным, субъективным и произвольным, носить характер злоупотребления правом. Думаю, Европейский Суд по правам человека, толкуя Европейскую Конвенцию по правам человека, не может не учитывать и иные имеющиеся формы международного права. Европейская конвенция о правах человека, во-первых, является одним из многочисленных международных договоров. Во-вторых, кроме международных договоров имеются и иные формы международного права, в частности, — основополагающие (общие) принципы международного права, которые, на мой взгляд, и могут учитываться судьями Европейского Суда по правам человека в процессе системного толкования Европейской конвенции о правах человека. При таком теоретическом подходе пробела в международном праве нет. Пробел является мнимым. Следовательно, нет и объективной необходимости выработки судебных прецедентов Европейского Суда по правам человека.

Согласно, ст. 53, 64 и 71 Венской конвенции «О праве международных договоров», принятой 23 мая 1965 г., основополагающие (общие) принципы и императивные нормы международного права

[1] Там же.
[2] Там же.

имеют преимущественную силу (jus cogens — императивная норма) над международными договорами, отклонение от основополагающих (общих) принципов и норм международного права недопустимо, любой международный договор в этих случаях рассматривается как недействительный и не подлежит применению.

Необходимо подчеркнуть: сама Европейская Конвенция о правах человека строго ограничивает компетенцию Европейского Суда по правам человека только правом на ее буквальное толкование. «Если дело, находящееся на рассмотрении Палаты, затрагивает серьезный вопрос, **касающийся толкования положений Конвенции или Протоколов к ней,** или если решение вопроса может войти в противоречие с ранее вынесенным Судом постановлением, Палата может до вынесения своего постановления уступить юрисдикцию в пользу Большой Палаты, если ни одна из сторон не возражает против этого» (ст. 30). **«В ведении Суда находятся все вопросы, касающиеся толкования и применения положений Конвенции и Протоколов к ней** (выделено мною. — *В.Е.*), которые могут быть ему переданы в случаях, предусмотренных положениями ст. 33, 34 и 47» (ч. 1 ст. 32). Далее: «Суд может по просьбе Комитета министров выносить консультативные заключения **по юридическим вопросам, касающимся толкования положений Конвенции и Протоколов к ней»** (ч. 1 ст. 47). Наконец, важнейшее ограничение компетенции Европейского Суда по правам человека содержится в ч. 2 ст. 47: **«Такие заключения не должны затрагивать ни вопросы, относящиеся к содержанию или объему прав или свобод, определенных в разделе Конвенции и Протоколах к ней, ни другие вопросы»** (выделено мною. — *В.Е.*).

Полагаю, правовым аргументом в пользу отнесения судебных актов Европейского Суда по правам человека к неправу является также ст. 1 ФЗ «О ратификации Конвенции о защите права человека и основных свобод и Протоколов к ней»: «Российская Федерация в соответствии со статьей 46 Конвенции признает ipso facto (в силу самого факта) и без специального соглашения **юрисдикцию Европейского Суда по правам человека обязательной по вопросам толкования и применения Конвенции и Протоколов к ней...»** (выделено мною. — *В.Е.*). Поскольку компетенция одновременного «толкования и применения права» принадлежит прежде всего суду, постольку, думаю, логичен вывод о том, что федеральный законодатель по существу также отнес постановления Европейского Суда по правам человека

к разновидности индивидуальных судебных актов, а не к одной из форм международного права.

Как известно, в теории права, «применение права» — это одна из форм реализации международного или национального права органами государственной власти (в том числе судом) или иными управомоченными субъектами от имени государства. В то же время «толкование права» — это его уяснение соответствующими субъектами толкования права для себя и разъяснение его результатов для других[1], в частности, для участников судебного разбирательства как в национальных, так и в наднациональных судах, в том числе в Европейском Суде по правам человека.

Тем самым, учитывая изложенные правовые и теоретические аргументы, на мой взгляд, можно сделать следующие предварительные выводы.

Первый: в процессе толкования права национальный либо наднациональный суд (в том числе Европейский Суд по правам человека) не «творит новое право», а лишь уясняет существующее право для себя и разъясняет его для других. Так, Европейский Суд по правам человека в процессе рассмотрения дела уясняет Европейскую Конвенцию по правам человека для себя и разъясняет её для других соответствующих органов и лиц.

Второй: большинство современных исследователей обоснованно подчеркивает увеличение в англо-американских странах роли и влияния «писаного» права, принятого национальными органами государственной власти, а не «судебного прецедента». Так, по мнению Л. В. Лазарева, «и в отечественной, и в зарубежной литературе на основе анализа реальных процессов в мировом правовом пространстве отмечается сближение правовых систем в условиях глобализации мирового сообщества» [2].

Третий: с позиции теории систем, разделения не только национальных органов государственной власти, но также и управомоченных международных правотворческих, исполнительных и судебных

---

[1] *Недбайло П. Е.* Применение советских правовых норм. М., 1960; *Пиголкин А. С.* Толкование нормативных правовых актов в СССР. М., 1962; *Лазарев В. В.* Применение советского права. Казань, 1972; *Черданцев А. Ф.* Толкование советского права. М., 1979; *Ершов В. В.* Судебная власть в правовом государстве: Дисс. ... д-ра юрид. наук. М., 1992.

[2] *Лазарев Л. В.* Правовые позиции Конституционного Суда России. С. 39.

органов (организаций и т. д.), реальная и эффективная защита нарушенных прав и правовых интересов физических и юридических лиц, а также иных субъектов международного права не только на национальном, но и на общемировом либо региональном уровнях возможна лишь при правовом закреплении и эффективном функционировании общемировых и региональных систем правотворческих, исполнительных и судебных органов (организаций и т. д.), элементами которых являются независимые, самостоятельные, «равновесные», взаимосдерживающие соответствующие международные либо региональные правотворческие, исполнительные и судебные органы (организации и т. д.).

Международные и региональные правотворческие, исполнительные и судебные органы (организации и т. д.) не должны «подменять» друг друга, выполнять функции иных элементов общемировых или региональных систем правотворческих, исполнительных и судебных органов (организаций и т. д.). В том числе судебные органы не могут заменять либо дополнять правотворческие органы. Как представляется, элементы общемировых либо соответствующих региональных систем должны лишь сдерживать и ограничивать другие элементы данных систем. Поэтому широко известная в теории права система «сдержек и противовесов» должна применяться не только на государственном, но также на общемировом и региональном уровнях. Как представляется, целью деятельности общемировых и региональных систем правотворческих, исполнительных и судебных органов (организаций и т. д.) является своевременная, качественная и эффективная защита нарушенных прав и правовых интересов физических и юридических лиц, а также иных субъектов международного права.

В процессе принятия Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 19 декабря 2003 г. № 23 «О судебном решении» также возникла активная дискуссия о природе этих решений, в том числе и Постановлений Европейского Суда по правам человека. Сторонники позиции, суть которой состояла в том, что Постановления Европейского Суда по правам человека являются «судебными прецедентами» права — самостоятельной формой права оказались в меньшинстве. В результате в п. 4 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 23 от 19 декабря 2003 г. «О судебном решении» в соответствии с Конституцией

Российской Федерации, теорией систем и общей теорией права разъяснено: «Поскольку в силу ч. 4 ст. 198 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в решении суда должен быть указан закон, которым руководствовался суд, необходимо указать в мотивировочной части материальный закон, примененный судом к данным правоотношениям, и процессуальные нормы, которыми руководствовался суд. **Суду также следует учитывать...постановления Европейского Суда по правам человека, в которых дано толкование положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод** (выделено мною. — *В.Е.*), подлежащих применению в данном деле»[1].

По содержанию толкование права можно рассматривать как уяснение права для себя и разъяснение его для других в процессе рассмотрения конкретного спора[2]. Следовательно, в процессе толкования права судья не «творит» новое право, а лишь более глубоко его познает и разъясняет сторонам спора, используя прежде всего исторический, логический, языковой и системный способы толкования. В силу объективных и субъективных факторов толкование права в процессе его применения является естественным и объективно необходимым мыслительным процессом. «Необходимость толкования норм права, — справедливо отмечал А. Ф. Черданцев, — обусловлена их признаками, особенностями форм выражения во вне и функционирования...их языково-логической и «юридической» формой...вытекает также из такого свойства правовых норм, как их системность»[3].

Как представляется, изложенные теоретические и правовые аргументы позволяют сделать вывод: постановления Европейского Суда по правам человека, вынесенные против России, ipso facto и без специального соглашения в силу ст. 1 ФЗ «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней» являются своеобразными «судебными прецедентами индивидуального регулирования правоотношений» в целом, а не только толкования, которое российские органы государственной власти (в том числе — суд), иные органы и лица должны учитывать в своей деятельности в соответствии с названным федеральным законом.

---

[1] Российская газета. 2003. 26 декабря. № 260.

[2] См.: *Ершов В.В.* Судебная власть в правовом государстве: Дисс. ... д-ра юрид. наук. С. 154–181.

[3] *Черданцев А.Ф.* Толкование советского права. М., 1979. С. 6–11.

В теории и на практике возник важнейший вопрос об универсальности действия принципа res judicata, возможности и основаниях отмены судебных актов, установивших за лицом право, обретенное в суде. Например, исследуя проблему «правовой определенности» (точнее — определённости права), возможно, в частности, подчеркнуть, что в 1998 г. в §359 п. 6 Уголовно — процессуального кодекса Федеративной Республики Германии было введено новое основание возобновления производства по уголовным делам. Данная норма права предусматривает возможность возобновления производства по уголовному делу, по которому германским судом вынесено вступившее в силу законное решение, если Европейский Суд по правам человека установит, что при вынесении решения было допущено нарушение Европейской Конвенции по правам человека или Протоколов к ней, а решение германского суда было основано на этом нарушении. Концептуально данная поправка к закону была выработана в соответствии с § 79.1 Закона о Федеральном Конституционном Суде Германии, согласно которому нарушение Конвенции, длящееся в конкретном деле, должно быть прекращено, во всяком случае в области уголовного права, которая наиболее чувствительна к правам человека, даже если приговор уже вступил в законную силу.

Учитывая изложенные теоретические и правовые аргументы, предлагаю создать рабочую группу, состоящую из научных и практических работников, по выработке единого специального правового института возобновления производства по делам для всех процессуальных кодексов России, который установил бы основания, порядок и сроки пересмотра российских судебных решений, вступивших в законную силу. Думаю, возобновление производства по делу, по которому решение российского суда вступило в законную силу, возможно только по заявлению заинтересованных лиц и в порядке, который должен быть определен соответствующими процессуальными кодексами России, лишь в случаях установления Европейским Судом по правам человека существенных нарушений прав и правовых интересов лиц, гарантированных Европейской Конвенцией по правам человека и Проколами к ней.

На практике возник вопрос о том, какими нормами права должен руководствоваться судья при рассмотрении спора, аналогичному делу, по которому Европейский Суд по правам человека ранее вынес постановление против России? Отдельные судьи при вынесении

решения в этих случаях прямо руководствуются принятыми ранее постановлениями Европейского Суда по правам человека. Как представляется, исходя из того, что Европейский Суд по правам человека не является правотворческим органом, а имеет право лишь толковать Европейскую Конвенцию о правах человека, суды должны руководствоваться не постановлениями Европейского Суда по правам человека, а соответствующими пунктами Европейской конвенции о правах человека с учетом их обязательного толкования Европейским Судом по правам человека для российских судов. Необходимо внести соответствующие нормы права в процессуальные кодексы России. Представляется, основанием для отмены национальных судебных актов могут быть соответствующие нормы международного права, имевшиеся в Европейской конвенции о правах человека на момент их принятия, а не постановления Европейского Суда по правам человека, вынесенные в дальнейшем.

Возникает также и другая важная проблема: приведение ранее вынесенных аналогичных судебных решений в соответствие с вынесенными позднее Постановлениями Европейского Суда по правам человека по конкретным делам против России. Должны ли суды ждать рассмотрения в дальнейшем аналогичных споров Европейским Судом по правам человека по сокращенной процедуре и выяснения постановлений — «клонов» или могут (должны) принимать самостоятельные «превентивные» меры? На эти актуальнейшие вопросы также не только могут, но и должны дать ответы процессуальные кодексы России. Думаю, основанием для отмены национальных судебных актов могут быть соответствующие нормы международного права, имевшиеся в Европейское конвенции о правах человека на момент их принятия, а не постановления Европейского Суда по правам человека, вынесенные в дальнейшем.

Неизбежно возникает и другой вопрос: какое значение имеют постановления Европейского Суда по правам человека, вынесенные против других государств? Должны ли национальные суды их учитывать при вынесении решений? Думаю, да. Представляется, что Европейский Суд по правам человека должен толковать Европейскую Конвенцию по правам человека по тождественным спорам только аналогичным образом, независимо от того, против какого государства принимается постановление. Отсюда, например, российские судьи должны получать официальные переводы постановлений

Европейского Суда по правам человека, вынесенные не только против России, но и против других государств. Заверенные переводы постановлений Европейского Суда по правам человека могли бы производить в Министерстве иностранных дел России и (или) в аппарате уполномоченного Российской Федерации при Европейском Суде по правам человека. Практика совершения таких переводов в аппарате уполномоченного при Европейском Суде по правам человека имеется.

Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении от 5 февраля 2007 г. № 2-П подчеркнул: «Не только Конвенция о защите прав человека и основных свобод, но и решения Европейского Суда по правам человека — в той части, в какой ими, исходя из общепризнанных принципов и норм международного права, дается толкование содержания закрепленных в Конвенции прав и свобод, включая право на доступ к суду и справедливое правосудие, — являются составной частью российской правовой системы, а потому должны учитываться федеральным законодателем при регулировании общественных отношений и правоприменительными органами при применении соответствующих норм права». Как необходимо толковать в спорных случаях постановления Конституционного Суда Российской Федерации, содержащие слова: «должны учитываться федеральным законодателем при регулировании общественных отношений и правоприменительными органами при применении соответствующих норм права»? В самом общем виде ответ на этот вопрос дал Европейский Суд по правам человека в решении от 15 января 2009 г. по делу *«Бурдов против России»* (№ 2), в котором он сформулировал положение, что ст. 46 Конвенции о защите прав человека и основных свобод возлагает на государство-ответчика правовое обязательство не только произвести заинтересованным лицам выплаты, присужденные в качестве справедливой компенсации за признанное решением Европейского Суда по правам человека нарушение, но и принять меры общего характера, а если необходимо — и индивидуальные меры[1].

В связи с этим, во-первых, федеральный законодатель должен принять «общие меры» в виде устранения пробела в законе, выработки и принятия соответствующей нормы права в Гражданском

[1] СЗ РФ. 1998. № 14. Ст. 1514.

процессуальном кодексе Российской Федерации. Во-вторых, правоприменительные органы в будущем, естественно, будут обязаны руководствоваться этой нормой права в аналогичных случаях. В-третьих, в случае сохранения пробела в Гражданском процессуальном кодексе Российской Федерации (непринятия законодателем мер «общего характера») правоприменительные органы (в том числе суды), полагаю, будут вынуждены прямо применять в качестве «соответствующих норм права» нормы права, содержащиеся в Европейской Конвенции по правам человека, в толковании Европейского Суда по правам человека. Такой вывод в том числе основан на буквальном толковании ст. 1 Федерального закона «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней»: «Российская Федерация в соответствии со ст. 46 Конвенции признает ipso facto (в силу самого факта) и без специального соглашения юрисдикцию Европейского Суда по правам человека обязательной по вопросам толкования и применения Конвенции и Протоколов к ней в случаях предполагаемого нарушения Российской Федерацией положений этих договорных актов, когда предполагаемое нарушение имело место после их вступления в действие в отношении Российской Федерации».

Вместе с тем, анализируя проблемы применения «мер общего характера» и «индивидуальных мер», Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении от 26 февраля 2010 г. № 4-П, полагаю, сделал два весьма противоречивых вывода. В первом Конституционный Суд Российской Федерации справедливо констатировал: «...Отсутствие в части второй статьи 392 ГПК РФ соответствующего основания приводит в судебной практике к отказу от рассмотрения этих заявлений...и тем самым...к блокированию действия Конвенции о защите прав человека и основных свобод на территории Российской Федерации». Вместе с тем в этом же Постановлении далее Конституционный Суд Российской Федерации записал: «...ч. 2 ст. 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации...не может рассматриваться как позволяющая суду общей юрисдикции отказывать в пересмотре по заявлению гражданина вынесенного им судебного постановления по вновь открывшимся обстоятельствам в случае, если Европейским Судом по правам человека установлено нарушение положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод при рассмотрении

конкретного дела, по которому вынесено данное судебное постановление, послужившее поводом для обращения заявителя в Европейский Суд по правам человека».

Конституционный Суд сделал весьма характерную оговорку: не собственно сама ч. 2 ст. 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, а только «с учетом провозглашенного ст. 15 (ч. 4) Конституции РФ приоритета правил международного договора Российской Федерации» возможно пересмотреть по заявлению гражданина вынесенное национальным судом судебное постановление. Следовательно, в Гражданском процессуальном Кодексе Российской Федерации имелся пробел, отсутствовала норма права, регулировавшая данные спорные отношения. В этих случаях «правом» для судов общей юрисдикции является не соответствующая норма в Гражданском процессуальном кодексе Российской Федерации (её в законе не было), а Европейская Конвенция по правам человека — международный договор, являющийся одной из форм международного права, обязательного для применения судами общей юрисдикции.

Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении от 26 февраля 2010 г. № 4-П спорно постановил: «Признать ч. 2 ст. 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации не противоречащей Конституции Российской Федерации, поскольку по своему конституционно-правовому смыслу в системе действующего правового регулирования, в том числе с учетом провозглашенного ст. 15 (ч. 4) Конституции Российской Федерации приоритета правил международного договора Российской Федерации, — она не может рассматриваться как позволяющая суду общей юрисдикции отказывать в пересмотре по заявлению гражданина вынесенного им судебного постановления по вновь открывшимся обстоятельствам в случае, если Европейским судом по правам человека установлено нарушение положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод при рассмотрении конкретного дела, по которому было вынесено данное судебное постановление, послужившее поводом для обращения заявителя в Европейский Суд по правам человека».

На мой взгляд, весьма дискуссионно предметом рассмотрения и (главное) резолютивной части вышеуказанного Постановления Конституционного Суда была не собственно ч. 2 ст. 392 Гражданского

процессуального кодекса Российской Федерации, а ч. 2 ст. 392 данного кодекса «в системе действующего правового регулирования», в том числе с учетом Европейской Конвенции по правам человека. В то же время, согласно ч. 2 ст. 125 Конституции России, Конституционный Суд разрешает дела о соответствии Конституции Российской Федерации, в частности, федеральных законов. Ст. 125 Конституции РФ также не относит к компетенции Конституционного Суда Российской Федерации разрешение дел о соответствии Конституции Российской Федерации как собственно международных договоров, так и федеральных законов «в системе действующего правового регулирования», в том числе «с учетом Европейской Конвенции по правам человека». Как представляется, в соответствии с принципами и нормами права, содержащимися в единой системе форм национального и (или) международного права, а не «в системе действующего правового регулирования», согласно п. «г» ч. 3 ст. 125 Конституции РФ, Конституционный Суд Российской Федерации вправе разрешать дела о соответствии Конституции только «не вступивших в силу международных договоров Российской Федерации».

Кроме того, ч. 2 ст. 392 ГПК РФ, раннее предусматривающая перечень оснований для пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам решений, определений суда, постановлений президиума суда надзорной инстанции, вступивших в законную силу, и не содержала такого дополнительного основания, как установленное Европейским Судом по правам человека нарушение положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод при рассмотрении судами конкретного дела, в связи с принятием решения, по которому заявитель обращался в Европейский Суд по правам человека. Такой вывод основывается на том, что решение Европейского Суда по правам человека является не «вновь открывшимся» (Европейская Конвенция по правам человека действовала на момент принятия судом общей юрисдикции решения) и не «обстоятельством» (Европейская Конвенция по правам человека — международный договор, одна из форм международного права, обязательный для применения судами общей юрисдикции, а не «обстоятельство», т. е. факт).

В данном случае предметом спора являлось не противоречие федерального закона (ч. 2 ст. 392 ГПК РФ) Конституции, а пробел в кодексе, который теоретически более обоснованно должен был бы не устанавливать Конституционный Суд, а устранять

Государственная Дума Федерального Собрания Российской Федерации. Причем с целью унификации российских процессуальных кодексов группа разработчиков Российской академии правосудия ещё в 2008 г. к VII Всероссийскому съезду судей с единых концептуальных позиций подготовила проект ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации, Арбитражно-процессуальный кодекс Российской Федерации и в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации»[1]. В соответствии со ст. 3 данного законопроекта был разработан «мягкий вариант», в котором предлагалось название гл. 42 изложить в следующей редакции: «Пересмотр по вновь открывшимся обстоятельствам решений, определений суда, постановлений президиума суда надзорной инстанции, вступивших в законную силу, а также в связи с постановлением Европейского Суда по правам человека...». Разработчики также считали необходимым дополнить гл. 42 ст. 397^1 следующего содержания: «Статья 397^1 «Пересмотр вступивших в силу судебных актов в связи с постановлением Европейского Суда по правам человека»:

«Установление Европейским Судом по правам человека нарушений положения Конвенции о защите права человека и основных свобод при рассмотрении судом конкретного дела, в связи с принятием решения по которому заявитель обращался в Европейский Суд по правам человека, является основанием для пересмотра вступивших в законную силу...актов судов...».

Вместе с тем необходимо заметить: в п. 9 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» содержится теоретически более точный вариант: «...неправильное применение судом общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации может являться основанием к отмене или изменению судебного акта»[2].

---

[1] Российское правосудие. Спец. вып. К VII Всероссийскому съезду судей. М., 2008. С. 73–75.

[2] Российская газета. 2003. 2 декабря. № 244.

ГЛАВА 4

Специальные современные вопросы российского права

4.1. Правопонимание, правотворчество и правоприменение в России

В связи с установленным объемом монографии вынужден ограничиться анализом лишь некоторых актуальных специальных проблем российского права. К сожалению, с одной стороны, работы по общей теории права часто не основываются на реальных практических проблемах материального и процессуального права, действительных спорных вопросах права в «жизни». С другой стороны, отраслевые исследования, как правило, ограничиваются только рамками собственных узкоотраслевых проблем, не базируются на положениях и выводах общей теории права. В связи с этим в Российском государственном университете правосудия поддерживается защита диссертаций по двум специальностям. Например, по общей теории права и гражданскому праву либо по общей теории права и трудовому праву[1].

Нередко в научных работах только констатируются какие-либо научные выводы или фактические обстоятельства, например, излагается «сложившаяся», «устоявшаяся» судебная практика, но отсутствуют необходимые теоретические, правовые и иные аргументы, подтверждающие её научную обоснованность либо дискуссионность. Так, многие научные работники утверждают: «правовые позиции» Конституционного Суда Российской Федерации являются «источниками» права. Однако, во-первых, в работах традиционно приводятся лишь фактические примеры, подтверждающие данные выводы. Во-вторых, авторы обычно не анализируют теоретические, правовые, практические и иные последствия реализации в российском праве и в «жизни» подобных идей[2].

---

[1] См., например: *Глухов А. В.* Юридическая природа постановлений и определений Конституционного Суда Российской Федерации: Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2009; *Воронов И. Ю.* Основополагающие принципы российского права и российского трудового права: Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2012.

[2] См., например: *Гук П. А.* Судебный прецедент: теория и практика. С. 85–101.

Зачастую необходимые теоретические, правовые и иные аргументы в научных работах сводятся к самым общим фразам, например: «в науке устоялось...», «в науке принято считать...». Нередко специалисты заменяют обязательные аргументы выписками из решений судов либо цитатами известных авторов без их необходимого собственного творческого анализа и развития. В частности, в работах можно зачастую встретить слова: «как указал (установил) Конституционный Суд Российской Федерации» или «стоит согласиться с мнением...».

В связи с вышесказанным представляется, что предложения, вырабатываемые научными работниками по общей теории права, должны основываться на общенаучных выводах и закономерностях, а также практических отраслевых исследованиях. Кроме того, необходимо вернуться к анализу и переосмыслению многих «устоявшихся» положений, сделанных ранее с позиций юридического позитивизма, а также научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания, синтезирования права и неправа как в общей теории права, так и в отраслевых исследованиях.

Считаю, что реальная современная правотворческая и правоприменительная практики позволяют высказать, как минимум, два предварительных вывода.

Первый: юридический позитивизм, а также научно дискуссионная концепция интегративного правопонимания не позволяют вырабатывать адекватные и необходимые ответы на современные фундаментальные теоретические и практические вопросы, возникающие в процессах правотворчества и правоприменения.

Второй: научно обоснованная концепция интегративного правопонимания, наоборот, основанная на восприятии и реализации положений и выводов, объективно проверенных временем и подтвержденных правореализационной практикой, содержащихся в различных типах правопонимания, интегрирующая только правовые регуляторы правоотношений, позволяет эффективно разрешать многочисленные актуальные теоретические и практические вопросы, возникающие как в правотворчестве, так и правоприменении.

Данные, предложенные выводы попытаюсь доказать в процессе анализа некоторых специальных проблем российского права. С одной стороны, в монографии ранее уже было сделано предположение о том, что в мире в целом, и в России, в частности, в XX–XXI вв.

преобладают две концепции правопонимания — юридический позитивизм и интегративное понимание права. В свою очередь интегративное правопонимание в целом возможно дифференцировать на два вида: научно обоснованное и научно дискуссионное. Научно обоснованная концепция интегративного правопонимания характеризуется синтезом только онтологически однородных правовых явлений, принципов и норм права, содержащихся в различных его формах. Научно дискуссионная концепция интегративного правопонимания — онтологически разнородных социальных явлений, права и неправа, например, позиций судов, судебных прецедентов, справедливости и т. д. В то же время, с другой стороны, в России, как, впрочем, в каждом государстве, имеются и свои характерные отличия, некоторые из которых считаю необходимым проанализировать в качестве первой специальной проблемы российского права.

По справедливому замечанию М. И. Байтина, «развитие советской правовой мысли после Октябрьской революции складывалось на основе марксистского учения о государстве и праве... Усилиями многих видных учёных-юристов..., в числе которых были М. А. Аржанов, М. М. Агарков, Д. М. Генкин, С. А. Галунский, А. Е. Пашерстник, Н. Н. Полянский, М. С. Строгович, Н. Г. Александров, С. Н. Братусь и другие, в конце 30–40 гг. были выработаны нормативное понимание и определение права как системы действующих в государстве юридических норм в их материалистической трактовке»[1].

Марксистская теория права учёными-юристами традиционно характеризовалась тесной связью с государством. Например, М. И. Байтин писал: «Советские юристы и философы, придерживающиеся нормативного понимания права, на протяжении многих десятилетий неизменно исходили из марксистской трактовки права, важнейший, определяющий признак которого видели в его классово-волевом характере»[2]. Однако против такого традиционно одностороннего материалистического правопонимания справедливо возражал В. М. Сырых: «Сведение права к позитивному праву не в полной мере соответствует общей концепции материалистического правопонимания, поскольку данным понятием охватывается не только действительное право, но и возведенный на всеобщий

[1] *Байтин М. И.* Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). С. 44, 45.

[2] Там же. С. 42.

уровень законодательный произвол, обусловленный частными интересами политически и экономически господствующего класса... термином «право» К. Маркс и Ф. Энгельс обозначали...право, которое соответствует экономическим отношениям, т. е. объективное право... К. Маркс и Ф. Энгельс неизменно и постоянно противопоставляли позитивное право как закон действительному, подлинному праву, которое, по их мнению, должно непременно соответствовать существующим экономическим отношениям»[1].

Однако право, к сожалению, не было самостоятельным специальным предметом изучения К. Маркса. По словам Ф. Энгельса, «в теоретических исследованиях Маркса юридическое право, являющееся всегда только отражением экономических условий определенного общества, играет лишь самую второстепенную роль»[2]. Видимо, по этой причине в материалистической концепции исследованию собственных теоретических и практических проблем «объективного» права не нашлось достаточного и необходимого места.

Думаю, в том числе и по этой причине в период с 1917 г. и практически по настоящее время в нашей стране преобладающую роль играет юридический позитивизм, который практически «всё» право сводит прежде всего к нормам права, содержащимся в законах («законодательстве»), важнейший, определяющий признак которых выражался не соответствием экономическим отношениям (объективностью), а все-таки классово-волевым характером. Данный вывод убедительно подтверждается понятием права, принятым на первом совещании научных работников права, состоявшемся в 1938 г., по докладу А. Я. Вышинского: «Право — это совокупность правил поведения, выражающих волю господствующего класса, установленных в законодательном порядке, а также обычаев и правил общежития, применение которых обеспечивается принудительной силой государства в целях охраны, закрепления и развития общественных отношений и порядков, выгодных и угодных господствующему классу»[3].

В дальнейшем юридический позитивизм в России продолжал господствовать. Его представители сводили «всё» право прежде всего

[1] *Сырых В. М.* Логические основания общей теории права. Т. 3. Современное правопонимание. М., 2007. С. 68–70.

[2] *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. 21. С. 506.

[3] Основные задачи науки советского социалистического права. М., 1938. С. 8.

только к системе норм, установленных или санкционированных государством, выражающих волю государства и обеспеченных государством. Например, «право есть государственная воля господствующего класса, выраженная в совокупности норм, которые охраняются государством, как классический регулятор общественных отношений»[1].

М. И. Байтин попытался дать современное «нормативное» понимание права: «Право — это система общеобязательных, формально определенных норм, которые выражают государственную волю общества, её общечеловеческий и классовый характер; издаются или санкционируются государством и охраняются от нарушений возможностью государственного принуждения; являются властно-официальным регулятором общественных отношений»[2]. Однако и в данном позитивистском понимании права, во-первых, «всё» право М. И. Байтиным сводилось к системе норм, издающихся или санкционирующихся государством. Во-вторых, отсутствовали основополагающие (общие) принципы национального права и иные формы российского права. Наконец, М. И. Байтин не включал в понимание права различные формы международного права.

«Широкая» концепция правопонимания (на мой взгляд, теоретически точнее — научно дискуссионная разновидность концепции интегративного правопонимания, характеризующаяся синтезом онтологически разнородных социальных явлений), к сожалению, распространена в России, как и во всем мире. По справедливому замечанию М. И. Байтина, «широкий»...подход к пониманию права был предложен в советской юридической литературе...с начала 20-х годов (практически одновременно с «нормативным»), в частности, в известной книге Е. Б. Пашуканиса «Общая теория права и марксизм: Опыт критики основных юридических понятий», с конца 30-х — 40-х гг. А. К. Стальгевичем и только затем получил распространение в 50-х годах и особенно в последующее время[3].

В целом представители «широкого» понимания права исходят из того, что право включает в себя не только нормы права, но и другие, как правовые, так и иные социальные, не правовые явления. Так, А. К. Стальгевич, С. Ф. Кечекьян, А. А. Пионтковский и их многочисленные последователи считали, что право включает в себя не только

[1] *Иоффе О. С., Шаргородский М. Д.* Вопросы теории права. М., 1961. С. 59.
[2] *Байтин М. И.* Указ. соч. С. 80.
[3] Там же. С. 47, 48.

нормы права, но и правоотношения[1]. Я. Ф. Миколенко и его сторонники — нормы права, правоотношения и правосознание[2]. Существовал целый ряд и других точек зрения. Первые рассматривали право как нормы права и субъективные права[3]. Вторые — нормы права и их применение[4]. Третьи — нормы права и правопорядок[5]. Четвертые — нормы права, принципы права, правотворчество, основные права (и обязанности) граждан, которые предполагают правовой статус гражданина, правопорядок[6]. Пятые — принципы права, нормы права, конкретизирующие положения, вырабатываемые судебной, арбитражной и административной практикой в процессе толкования и применения юридических норм, акты применения права и правоотношения[7]. Шестые — юридическую надстройку определенной общественно-экономической формации[8]. Седьмые — саму общественную жизнь[9] и т. д.

В 80-х гг. XX в. «широкое» понимание права многочисленными научными и практическими работниками рассматривалось как «новое слово» в праве, «откровение» в правовой науке, «долгожданный исход от легизма к подлинному праву». Критикуя названных представителей «широкого» понимания права, В. С. Нерсесянц обоснованно заметил: «Они в своих теоретических построениях, говоря о праве, остаются в рамках законодательства: те элементы, которые наряду с нормой права они предлагают включить в понятие права... являются результатом реализации, производными от самой «нормы права», под которой имеется в виду норма законодательства; поэтому, например, под «правоотношением» на деле в их концепции имеется в виду «законоотношение»[10].

---

[1] См., например: О понимании советского права // Сов. государство и право. 1979. № 7. С. 63, 64. № 8. С. 55, 56, 71.

[2] Там же. № 8. С. 57, 59, 60; *Лившиц Р. З.* Теория права. М., 1994. С. 2, 65, 77, 78; *Мальцев Г. В.* Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С. 10.

[3] См., например: О понимании советского права // Сов. государство и право. 1979. № 7. С. 73.

[4] Там же. № 8. С. 64.

[5] Там же. № 8. С. 62, 63.

[6] Там же. № 7. С. 58, 59.

[7] Там же. № 8. С. 74–76.

[8] См., например: *Тененбаум В. О.* О сущности права // Правоведение. 1980. № 1. С. 41; *Явич Л. С.* Сущность права. С. 108.

[9] *Мальцев Г. В.* Социальная справедливость и право. М., 1977. С. 223.

[10] *Нерсесянц В. С.* Право и закон. Из истории правовых учений. М., 1983. С. 352.

Таким образом, можно констатировать: во-первых, в основе многочисленных разновидностей «широкого», а точнее — научно дискуссионного вида интегративного правопонимания находится юридический позитивизм. Во-вторых, «широкое» правопонимание представляется беспредельным и чрезмерно неопределенным, включающим в себя как собственно право, к сожалению, только в форме «законодательства», а точнее — национальных правовых актов, так и неправо. Особенно «поражает» включение в право всей «юридической надстройки определенной общественно-экономической формации» и «самой общественной жизни». Весьма характерен и поучителен результат таких «научных» исследований: в СССР правоприменительной практикой «широкое» правопонимание в целом не было воспринято.

Основной довод практически всех сторонников «широкого» правопонимания состоит в различении (и даже — в противопоставлении) права и закона (законодательства). Наиболее детально данный вопрос был разработан В. С. Нерсесянцем. «Исходный смысл проблемы взаимоотношения права и закона, — писал он, — можно сформулировать в самом общем виде так: **различаются или не различаются право и закон (законодательство) как разные феномены и понятия?** (выделено мною. — *В. Е.*). Положительный или отрицательный ответ... по сути дела и проводит принципиальную грань между концепциями двух противоположных типов правопонимания. Поскольку концепции первого типа развивают ту или иную версию **приоритета права перед законом,** а концепции второго типа **в качестве права признают лишь закон (законодательство),** эти противоположные концепции можно соответственно обозначить условно как «юридические» (от jus — право) и «легистские» (от lex — закон)[1] (выделено мною. — *В. Е.*). Исходя из юридико-либертарного правопонимания, автор в результате пришел к выводу: «право — это формальное равенство,...всеобщая и необходимая форма свободы в общественных отношениях людей,... всеобщая справедливость»[2].

Вместе с тем с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, во-первых, право и закон (законодательство) не различаются и не соотносятся как «разные феномены

[1] Там же. С. 360.

[2] *Нерсесянц В. С.* Философия права: Учебник. С. 35.

и понятия»; право является родовым понятием, включающим в себя только онтологически однородные правовые явления, а не разнородные социальные явления (как право, так и неправо, например, всеобщую справедливость). «Законодательство», «закон», а точнее — национальные правовые акты — одна из внешних форм российского права. Соотноситься между собой могут только онтологически однородные и лишь правовые явления, в частности, различные принципы и нормы права, содержащиеся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемые в государстве.

При таком теоретическом подходе, во-вторых, представляется по меньшей мере дискуссионным вывод о приоритете права перед законом. Действительный приоритет имеют лишь принципы и нормы права, содержащиеся в одних формах права по отношению к принципам и нормам права, выработанным в других формах права. Например, принципы и нормы права, установленные в федеральных российских правовых актах, по отношению к принципам и нормам права, выработанным в национальных обычаях права. В-третьих, теоретически более обоснованно исследовать право не только в виде «законодательства», а во всех его формах. В-четвертых, с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания спорным представляется не только соотношение («различение») права и закона, но и само понятие «правовой закон». В современной научной парадигме закон — вид национальных правовых актов, являющихся одной из форм внутригосударственного права. Следовательно, соотносится как частное и общее, а не как «разные феномены и понятия».

В связи с изложенными теоретическими аргументами возможно сделать следующие предварительные выводы.

Первый: по существу, отождествление права и «всеобщей справедливости» теоретически дискуссионно, а практически недостаточно продуктивно, поскольку не дифференцирует правовые регуляторы правоотношений и иные социальные регуляторы общественных отношений не являющихся правовыми.

Второй: при таком теоретическом подходе разграничение права как родового понятия и закона, являющегося одним из видов национальных правовых актов, в свою очередь признаваемых одной из форм российского права, можно признать теоретически спорным.

В соответствии с научно обоснованной концепцией интегративного правопонимания право и «законодательство», (закон) не различаются как «разные феномены и понятия», а могут лишь соотноситься между собой как однородные правовые явления. «Законодательство» может только не соответствовать либо соответствовать праву в его иных формах, например, международным договорам.

Ограничение права прежде всего лишь «законодательством», «законом» с позиции юридического позитивизма либо беспредельное «размывание» права неправом, в свою очередь, с позиции научно дискуссионной концепции интегративного («широкого») правопонимания приводит к разнообразной и прямо противоположной судебной практике, длительному рассмотрению споров в судах, связанных с многочисленными отменами судебных актов вышестоящими судебными инстанциями, а в конечном результате, — к многочисленным нарушениям прав и правовых интересов физических и юридических лиц.

Термины «законодательство» и «национальные правовые акты» — вторая специальная проблема, которую хотелось бы проанализировать в данном параграфе. Как известно, в национальных кодексах и других федеральных законах они традиционно применяются как в «узком», так и «широком» смысле слова. Например, согласно п. 1 ст. 3 ГК РФ «Гражданское законодательство состоит из настоящего Кодекса и принятых в соответствии с ним иных федеральных законов ...». Однако в соответствии с ч. 1 ст. 5 Трудового кодекса РФ «Регулирование трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений в соответствии с Конституцией Российской Федерации, федеральными конституционными законами осуществляется...трудовым законодательством (включая законодательство об охране труда), состоящим из настоящего Кодекса, иных федеральных законов **и законов субъектов Российской Федерации, содержащих нормы трудового права ...»** (выделено мною. — *В.Е.*). Следовательно, если Гражданский кодекс Российской Федерации к термину «законодательство» в «узком» смысле слова относит только Гражданский кодекс Российской Федерации и иные федеральные законы, то Трудовой кодекс Российской Федерации к термину «законодательство» в более «широком» смысле слова относит также и законы субъектов Российской Федерации, содержащие нормы трудового права. Более того Жилищный кодекс Российской Федерации

(ч. 2 ст. 5) в термин «жилищное законодательство» включает также и правовые акты органов местного самоуправления.

К сожалению, российские процессуальные кодексы в этом направлении пошли значительно дальше. Так, ст. 3 АПК РФ называется «Законодательство о судопроизводстве в арбитражных судах». С одной стороны, в ч. 2 ст. 3 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации содержится дискуссионная норма права: «Порядок судопроизводства в арбитражных судах определяется Конституцией Российской Федерации, Федеральным конституционным законом «О судебной системе Российской Федерации»...Арбитражным процессуальным кодексом Российской Федерации...и принимаемыми в соответствии с ними другими федеральными законами». В то же время очевидно: Конституция России не является видом «законодательства». С другой стороны, в ч. 3 ст. 3 АПК РФ, называющейся «Законодательство о судопроизводстве в арбитражных судах», думаю, также спорно включена норма права, в соответствии с которой «если международным договором Российской Федерации установлены иные правила судопроизводства, чем те, которые предусмотрены законодательством Российской Федерации о судопроизводстве в арбитражных судах, применяются правила международного договора». Как представляется, теоретически более обоснованно выделение данной части из ст. 3 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в самостоятельную статью.

Ещё более дискуссионной является ст. 1 ГПК РФ, имеющая название «Законодательство о гражданском судопроизводстве», в соответствии с ч. 1 которой «порядок гражданского судопроизводства в федеральных судах общей юрисдикции определяется Конституцией Российской Федерации, Федеральным конституционным законом «О судебной системе Российской Федерации», настоящим Кодексом и принимаемыми в соответствии с ними другими федеральными законами...». В то же время, «если международным договором Российской Федерации установлены иные правила гражданского судопроизводства, чем те, которые предусмотрены законом, применяются правила международного договора» (ч. 2 ст. 1 ГПК РФ). Более того, «в случае отсутствия нормы процессуального права, регулирующей отношения, возникающие в ходе гражданского судопроизводства, федеральные суды общей юрисдикции и мировые судьи...

применяют норму, регулирующую сходные отношения (аналогия закона), а при отсутствии такой нормы действуют исходя из принципов осуществления правосудия в Российской Федерации (аналогия права)» (ч. 4 ст. 1 ГПК РФ).

На мой взгляд, во-первых, нормы права, содержащиеся в ч. 2 и 4 ст. 1 ГПК РФ собственно к «законодательству» о гражданском судопроизводстве не относятся. Во-вторых, норму права, установленную в ч. 2 ст. 1 ГПК РФ теоретически более обоснованно выделить в отдельную статью, поскольку очевидно, что международный договор не является российским «законодательством». В-третьих, не менее дискуссионно в статью «Законодательство о гражданском судопроизводстве» включена норма права об аналогии закона, так как в этих случаях норма права в «законодательстве» отсутствует, имеется пробел. В этой связи норму права об аналогии закона, полагаю, теоретически более обоснованно включать в отдельную соответствующую статью. В-четвертых, теоретически спорной представляется и норма права, содержащаяся в ч. 4 ст. 1 ГПК РФ: «при отсутствии...нормы...судьи...применяют норму, регулирующую сходные отношения (аналогия закона), а при отсутствии такой нормы действуют исходя из принципов осуществления правосудия в Российской Федерации (аналогия права)». Однако, по-моему, если имеется норма, «регулирующая сходные отношения», пробела в целом в национальном правовом акте нет. Кроме того, если, например, в Кодексе имеются принципы права, то пробел права с позиции теоретически обоснованной концепции интегративного правопонимания, синтезирующей не только нормы права, но и принципы права, также отсутствует.

Теоретически дискуссионным представляется также и отнесение процессуальными кодексами Конституции Российской Федерации к «законодательству» (ч. 2 ст. 3 АПК РФ, ч. 1 ст. 1 ГПК РФ). На мой взгляд, Конституция Российской Федерации не является «законом», «основным законом» либо «законодательством». «Федеральные законы принимаются Государственной Думой» (ч. 1 ст. 105 Конституции РФ). Конституция Российской Федерации принимается многонациональным народом Российской Федерации. В Конституции Российской Федерации имеется целый ряд норм права, разграничивающих Конституцию Российской Федерации и федеральные законы. Например: «Конституция Российской Федерации

имеет высшую юридическую силу, прямое действие и применяется на всей территории Российской Федерации. **Законы и иные правовые акты, применяемые в Российской Федерации, не должны противоречить Конституции Российской Федерации»** (ч. 1 ст. 15 Конституции РФ) (выделено мною. — *В.Е.*). Другой пример: «Судьи независимы и подчиняются только Конституции Российской Федерации и федеральному закону» (ч. 1 ст. 120 Конституции РФ).

Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации и Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации наряду с термином «законодательство» содержат также и термин «нормативные правовые акты» (ст. 13 АПК РФ, ст. 11 ГПК РФ). Во-первых, термин «нормативные правовые акты» представляется теоретически дискуссионным, поскольку в «нормативных правовых актах» содержатся не только «нормы» права, но и «принципы» права. Во-вторых, в Конституции Российской Федерации выработан другой термин — «правовые акты» (например, в ч. 1 ст. 15). В-третьих, в ч. 1 ст. 13 АПК РФ обоснованно выделяются следующие национальные правовые акты: Конституция Российской Федерации, федеральные конституционные законы, федеральные законы, национальные правовые акты Президента Российской Федерации и Правительства Российской Федерации, национальные правовые акты федеральных органов исполнительной власти, конституции (уставы) и иные национальные правовые акты субъектов Российской Федерации, национальные правовые акты органов местного самоуправления. В то же время представляется спорным отнесение к национальным правовым актам, во-первых, международных договоров Российской Федерации (ч. 1 ст. 13 АПК РФ), являющихся самостоятельной формой международного права, и обычаев «делового оборота» (ч. 1 ст. 13 АПК РФ), относящихся к самостоятельной форме национального права — «обычаев права» (ст. 5 ГК РФ). К сожалению, аналогичные нормы права также содержатся и в ч. 1, 2 ст. 11 ГПК РФ.

Конституцию СССР в специальной литературе традиционно называли «Основным Законом». В то же время, к сожалению, в тексте самой Конституции СССР не определялась её природа и не устанавливалась возможность её прямого применения. Характерно, что, как и Конституция СССР, Конституция Германии в настоящее время называется: «Основной Закон Федеративной Республики Германия».

В современной специальной литературе понятие «Основной закон» также применяется и в отношении Конституции Российской Федерации[1]. Нередко в юридической литературе используются и яркие образные выражения, например: Конституция — это «правовой вектор России», «математика свободы», «каркас правовой системы», «правовая пирамида»[2].

Весьма распространено (в том числе и в современных научных исследованиях) мнение, не обоснованное какими-либо необходимыми и достаточными теоретическими и правовыми аргументами, о том, что «...все права каким-либо допустимым образом применять Конституцию РФ...переданы исключительно Конституционному Суду РФ...конституционное судопроизводство оказывается «изолировано» от гражданского, административного и уголовного, в рамках которых...формально невозможно требовать прямого исполнения и применения норм Конституции РФ... можно утверждать, что судебная система РФ на практике формируется как неспособная обеспечить прямое действие Конституции РФ, а значит и государство оказывается не в состоянии в полной и необходимой мере гарантировать конституционные права граждан»[3].

Вместе с тем, во-первых, такой вывод не соответствует реальной практике судов общей юрисдикции. Во-вторых, действительно необходимо в должной мере на доктринальном уровне исследовать дискуссионные теоретические и практические вопросы прямого применения Конституции Российской Федерации, в частности, не только судами общей юрисдикции, но и арбитражными судами. В-третьих, следует дополнить российские правовые акты научно обоснованными предложениями, связанными с прямым применением Конституции России.

С. В. Поленина, анализируя систему ещё советского законодательства, убедительно отмечала: Конституция занимает ведущее место в системе законодательства, свидетельствующее о существовании связи между национальными правовыми актами, подчиненности

---

[1] См., например: Систематизация законодательства в Российской Федерации / Под. ред. А. С. Пиголкина. С. 90.

[2] См., например: *Зорькин В. Д.* Россия и Конституция в XXI веке. М., 2008. С. 30–56.

[3] *Скурко Е. В.* Принципы права. М., 2008. С. 168.

актов Конституции[1]. В свою очередь Ю. А. Тихомиров, исследуя виды национальных правовых актов, в их числе обоснованно выделил также и акты, принятые в результате прямого народного волеизъявления, в частности, Конституцию Российской Федерации[2]. При таком теоретическом подходе, думаю, теоретически обоснованно относить Конституцию России к основополагающему виду национальных правовых актов, содержащему системообразующие основополагающие (общие) принципы и нормы российского права[3].

Таким образом, в российских кодексах и других федеральных законах дискуссионно применяются два конкурирующих термина: «законодательство» и «нормативные правовые акты». Данная спорная законодательная техника также основана и на соответствующей специальной литературе. В связи с изложенными теоретическими аргументами мною выработано несколько предложений.

Первое: в правотворческой и правоприменительной деятельности отказаться от применения термина «законодательство» ввиду его теоретической дискуссионности и практической «размытости», по существу, безграничности.

Второе: ограничиться одним родовым термином — национальные правовые акты.

Третье: необходимо в Конституции Российской Федерации, кодексах и других федеральных законах установить соотношение федеральных национальных правовых актов, а также национальных правовых актов субъектов Российской Федерации.

Четвертое: выработать в Конституции Российской Федерации, кодексах и других федеральных законах основополагающие (общие) и специальные принципы, а также нормы права, конкретизирующие конституционную норму права (ч. 1 ст. 15) о прямом применении Конституции Российской Федерации.

Вместе с тем, с одной стороны, в ч. 2 ст. 11 ГПК РФ теоретически обоснованно установлено: «Суд, установив при разрешении гражданского дела, что нормативный правовой акт не соответствует

---

[1] *Поленина С. В.* Система советского законодательства (К методологии исследования) // Сов. государство и право. 1975. № 11. С. 23.

[2] *Тихомиров Ю. А.* Конституция, закон, подзаконный акт. М., 1994. С. 8, 9.

[3] См. подробнее: *Ершов В. В., Ершова Е. А.* Конституция Российской Федерации как фундаментальный нормативный правовой акт, содержащий основополагающие принципы и нормы российского права, подлежащие прямому применению // Российское правосудие. 2009. № 2. С. 4–11.

нормативному правовому акту, имеющему большую юридическую силу, применяет нормы акта, имеющего наибольшую юридическую силу». Данная норма права соответствует ч. 3 ст. 5 ФКЗ от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» (с последующими изменениями и дополнениями): «Суд, установив при рассмотрении дела несоответствие акта государственного или иного органа, а равно должностного лица Конституции Российской Федерации, Федеральному конституционному закону, федеральному закону, общепризнанным принципам и нормам международного права, международному договору Российской Федерации, конституции (уставу) субъекта Российской Федерации, закону субъекта Российской Федерации, принимает решение в соответствии с правовыми положениями, имеющими наибольшую юридическую силу».

С другой стороны, в ч. 2 и 3 ст. 13 АПК РФ законодателем выработаны, на мой взгляд, две взаимоисключающие нормы права. Так, в ч. 2 ст. 13 АПК РФ установлено теоретически обоснованное общее правило преодоления иерархических коллизий норм права: «Арбитражный суд, установив при рассмотрении дела несоответствие нормативного правового акта иному имеющему большую юридическую силу нормативному правовому акту, в том числе издание его с превышением полномочий, принимает судебный акт в соответствии с нормативным правовым актом, имеющим большую юридическую силу». Однако в ч. 3 ст. 13 АПК РФ законодателем теоретически дискуссионно сформулировано исключение из общего правила преодоления иерархических коллизий: «Если при рассмотрении конкретного дела арбитражный суд придёт к выводу о несоответствии закона, примененного или подлежащего применению в рассматриваемом деле, Конституции Российской Федерации, арбитражный суд обращается в Конституционный Суд Российской Федерации с запросом о проверке конституционности этого закона». Как представляется, ч. 3 ст. 13 АПК РФ вошла в противоречие с ч. 3 ст. 5 ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» и ч. 1 ст. 15 Конституции России, а потому подлежит необходимому изменению.

К сожалению, в ст. 15 КАС РФ, принятого федеральным законом от 8 марта 2015 г. № 21-ФЗ, содержатся, аналогичные дискуссионные нормы права. С одной стороны, в ч. 2 ст. 15 КАС РФ установлено общее правило преодоления иерархических коллизий между

нормами права: «Если при разрешении административного дела суд установит несоответствие подлежащего применению нормативного правового акта закону или иному нормативному правовому акту, имеющему большую юридическую силу, он принимает решение в соответствии с законом или иным нормативным правовым актом, имеющим большую юридическую силу». С другой стороны, ч. 3 ст. 15 КАС РФ содержит дискуссионное исключение из общего правила преодоления судом иерархических коллизий между нормами права: «Если при разрешении административного дела суд придет к выводу о несоответствии закона, примененного или подлежащего применению в рассматриваемом административном деле, Конституции Российской Федерации, он обращается в Конституционный Суд Российской Федерации с запросом о проверке конституционности этого закона. В этом случае производство по административному делу приостанавливается на основании п. 5 ч. 1 ст. 190 настоящего Кодекса».

На мой взгляд, с позиции общей теории права все приведенные выше примеры характеризуются одной правовой категорией — иерархическими коллизиями норм права, содержащимися в различных по правовому уровню национальных правовых актах. Как представляется, теоретически возможны два способа их разрешения. Первый — преодоление судом противоречий принципов и норм права в конкретном споре (ad hoc) посредством применения принципов или норм права, содержащихся в национальном правовом акте, имеющим более высокую юридическую силу. В то же время, например, в ст. 12 ГК РФ данный способ защиты сформулирован недостаточно полно и теоретически корректно: «неприменение судом акта государственного органа или органа местного самоуправления, противоречащего закону».

Второй способ защиты — признание управомоченным судом специального принципа или нормы права не соответствующими общим либо специальным принципам или нормам права, содержащимся в национальных и (или) международных формах права, имеющих большую юридическую силу. К сожалению, и данный способ защиты не нашел своего должного закрепления в кодексах и других федеральных законах. В ст. 12 ГК РФ называется следующий способ защиты гражданских прав: «признание недействительным акта государственного органа или органа местного самоуправления».

Д. А. Муратова в 2009 г. в диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук на тему: «Признание норм гражданского права не соответствующими нормативным правовым актам, имеющим большую юридическую силу» справедливо критиковала данный способ защиты гражданских прав[1]. Автор выработала в целом убедительное предложение об изложении ст. 13 ГК РФ в следующей редакции: «Суд признает норму гражданского права не соответствующей нормативному правовому акту, имеющему большую юридическую силу, если такая норма нарушает гражданские права или охраняемые законом интересы физического либо юридического лица и противоречит нормам Конституции, федерального конституционного закона, настоящего Кодекса, другого федерального закона или иного нормативного правового акта, имеющего большую юридическую силу»[2].

Вместе с тем с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, думаю, необходимо уточнить предложение Д. А. Муратовой и предложить ст. 13 ГК РФ изложить в следующей редакции: «Признание специальных принципов и норм гражданского права не соответствующими основополагающим (общим) или специальным принципам, а также нормам гражданского права, содержащимся в формах национального и (или) международного права, имеющих большую юридическую силу». Следует также заметить: необходимость разработки теоретически обоснованных и практически эффективных способов защиты отмечается также и в специальной литературе по трудовому праву»[3].

В юридической литературе названные способы защиты «принято» называть «конкретным» и «абстрактным» «нормоконтролем»[4]. Думаю, такая точка зрения является спорной, поскольку суд не «контролирует», во-первых, как органы государственной власти, так и,

---

[1] *Муратова Д. А.* Признание норм гражданского права не соответствующими нормативным правовым актам, имеющим большую юридическую силу: Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2009.

[2] Там же. С. 11.

[3] См., например: *Ершова Е. А.* Источники и формы трудового права в Российской Федерации: Дисс. ... д-ра юрид. наук. С. 155; *Ершов В. В.* Способы защиты трудовых прав и правовых интересов в сфере труда: вопросы теории и практики // Российское правосудие. 2011. № 5. С. 60–66.

[4] См., например: *Никитин С. В.* Судебный контроль за нормативными правовыми актами в гражданском и арбитражном процессе. М., 2010. С. 1–120.

во-вторых, принятые ими национальные правовые акты. Как представляется, с позиции теории систем «конкретный» и «абстрактный» «нормоконтроль» теоретически более обоснованно рассматривать как объективно необходимый непрерывный процесс взаимного влияния и сдерживания органов государственной власти посредством прямых и обратных связей с целью более эффективной защиты прав и правовых интересов физических и юридических лиц, достижения бóльшей степени определенности права, подвижного равновесия, гомеостазиса системы федеральных органов государственной власти[1].

Одним из видов иерархических коллизий принципов и норм права, содержащихся в национальных правовых актах, является противоречие между специальными принципами и нормами права, содержащимися в кодексах и других федеральных законах. М. А. Занина справедливо заметила: «В ст. 76 Конституции устанавливается иерархия законов в Российской Федерации, однако кодекс как вид федеральных законов среди них не упоминается, хотя в России действует 21 кодекс. В 12 из них (Налоговом кодексе (ст. 1), Гражданском кодексе (ст. 3), Гражданском процессуальном кодексе (ст. 1), Арбитражном процессуальном кодексе (ст. 3), Трудовом кодексе (ст. 5), Земельном кодексе (ст. 2), Семейном кодексе (ст. 3), Жилищном кодексе (ст. 5), Бюджетном кодексе (ст. 2), Водном кодексе (ст. 2), Градостроительном кодексе (ст. 3), Кодексе торгового мореплавания (ст. 1)) закреплено положение о необходимости соответствия кодексу положений других федеральных законов»[2].

Многочисленные противоречия между принципами и нормами права, содержащимися в кодексах и других федеральных законах, послужили поводом для неоднократных обращений в Конституционный Суд Российской Федерации. Позиции Конституционного Суда Российской Федерации на протяжении нескольких лет трансформировалась, на мой взгляд, в конечном результате в теоретически обоснованном направлении. На первом этапе Конституционный Суд Российской Федерации пришёл, думаю, к теоретически спорному выводу: коллизии норм кодифицированных и других законов

[1] См.: *Ершов В. В.* Суд в системе органов государственной власти // Российское правосудие. 2006. № 1. С. 39–52.

[2] *Занина М. А.* Коллизии кодексов и других федеральных законов, относящихся к разным отраслям законодательства // Российское правосудие. 2009. № 12. С. 27.

должны преодолеваться в ходе правоприменения, «так как Конституцией не определяется и не может определяться иерархия актов внутри одного их вида, в данном случае — федеральных законов. Ни один федеральный закон в силу ст. 76 Конституции Российской Федерации не обладает по отношению к другому федеральному закону большей юридической силой»[1]. Однако в дальнейшем Конституционный Суд Российской Федерации теоретически обоснованно изменил свою точку зрения, анализируя вопрос о приоритете Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в регулировании уголовно-процессуальных отношений: «...Установление новых норм, регулирующих уголовно-процессуальные отношения, **по общему правилу, должно быть согласовано с Уголовно-процессуальным кодексом Российской Федерации»**[2] (выделено мною. — *В.Е.*).

В целом хотелось бы поддержать предложения специалистов в области гражданского и трудового права о необходимости принятия Гражданского кодекса Российской Федерации, Трудового кодекса Российской Федерации и других кодексов в качестве федеральных конституционных законов[3]. Действительно, кодифицированные национальные правовые акты предполагают необходимость принятия упорядоченных, внутренне согласованных, не противоречивых специальных принципов и норм права, выработанных в соответствии с основополагающими (общими) принципами национального и (или) международного права, а также специальными межотраслевыми и отраслевыми принципами национального и международного гражданского права, имеющими более высокую юридическую силу.

Как представляется, проанализированные выше теоретические и правовые аргументы позволяют сделать следующий вывод: поскольку кодификация специальных принципов и норм права характеризуется, в частности, их доработкой, совершенствованием и систематизацией в единый кодифицированный национальный

---

[1] См.: Определение Конституционного Суда РФ от 3 февраля 2000 г. № 22-О «О проверке конституционности ст. 26 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций».

[2] Постановление Конституционного Суда РФ от 29 июня 2004 г. № 13-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 УПК РФ в связи с запросом Группы депутатов Государственной Думы».

[3] См., например: *Яковлев В.Ф.* Россия: экономика, гражданское право. Вопросы теории и практики. М., 2000. С. 213; *Ершова Е.А.* Источники и формы трудового права в Российской Федерации: Дисс. ... д-ра юрид. наук. С. 225.

правовой акт — кодекс, который должен разрабатываться на основе конкретизации основополагающих (общих) принципов и норм национального и (или) международного права, специальных межотраслевых принципов и норм национального и (или) международного права, имеющих более высокую юридическую силу, постольку законодатель теоретически обоснованно и практически необходимо вправе устанавливать соответствие специальных отраслевых принципов и норм права, содержащихся, например, в федеральных законах, иных подзаконных национальных правовых актах, со специальными принципами и нормами права, установленными в Кодексах, имеющих более высокую юридическую силу. Предлагаю внести соответствующие изменения и дополнения в Конституцию Российской Федерации, кодексы и другие российские федеральные законы.

Иерархические коллизии между принципами и нормами права, содержащимися в различных национальных правовых актах, в соответствии со ст. 90, 105 и 115 Конституции РФ должны устраняться соответствующими управомоченными правотворческими органами. К сожалению, на практике Конституционный Суд Российской Федерации теоретически спорно, по существу, самостоятельно устраняет многочисленные иерархические коллизии между нормами права, содержащимися в Конституции России и других национальных правовых актах. Например, Конституционный Суд Российской Федерации 24 марта 2015 г. принял Постановление № 5-П «По делу о проверке конституционности статьи 19 Федерального закона «О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина А. М. Богатырева». В соответствии п. 6.2. данного Постановления Конституционный Суд установил: **«Федеральному законодателю надлежит** — в силу требований Конституции Российской Федерации и с учетом правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации, выраженных в настоящем Постановлении, в том числе относительно возможности введения государственной регистрации соответствующих прав и обременений, — **внести в действующее правовое регулирование** необходимые изменения, направленные на урегулирование правового положения членов семьи прежнего собственника жилого помещения, и выработать надлежащий правовой механизм, обеспечивающий максимальную прозрачность информации о правах всех третьих лиц на отчуждаемые жилые помещения...» (выделено мною. — *В. Е.*).

Следующая специфическая проблема — термины «законные интересы», принцип «законности», «законность», производные от термина «законодательство», также «устоявшиеся» в кодексах и других федеральных законах, например, в ст. 2, 4, 6 и 7 АПК РФ и в ст. 2 и 3 ГПК РФ. Как представляется, данные определения, выработанные на основе юридического позитивизма, являются теоретически спорными и в современный период на практике очевидно недостаточными. На мой взгляд, во-первых, действия и решения органов государственной власти должны быть в настоящее время не только законными, но и правовыми в целом, т. е. соответствующими принципам и нормам права, содержащимся во всех формах как российского, так и международного права, реализуемых в России. Во-вторых, в соответствии с научно обоснованной концепцией интегративного правопонимания физические и юридические лица могут иметь не только «законные» интересы, но и «правовые» интересы, т. е. интересы, защищаемые не только «законом», а также принципами и (или) нормами права, содержащимися также и в иных формах российского и международного права. Отсюда, в-третьих, должны соблюдаться принципы, а также нормы права, содержащиеся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемые в России. При таком теоретическом подходе понятие (термин) «законность» представляется теоретически дискуссионным.

М. С. Строгович в 1966 г. подчеркивал: проблема законности — «сквозная тема» всех научных исследований в различных отраслях юридической науки[1]. В период 50–70-х гг. XX в. проблемы законности активно обсуждались в специальной литературе, например, Н. Г. Александровым, Д. А. Керимовым, Е. А. Лукашевой, И. С. Самощенко, С. Н. Братусем, В. Н. Кудрявцевым, В. М. Чхиквадзе и др. М. И. Байтин выделял три основных аспекта понятия законности: 1) принципы поведения всех участников общественных отношений в обществе и государстве; 2) законность как принцип и метод формирования и деятельности всех ветвей государственной власти; 3) законность как неотъемлемая составная часть (элемент) демократического политического режима[2]. В этой связи М. И. Байтин

[1] *Строгович М. С.* Основные вопросы советской социалистической законности. М., 1966. С. 3.

[2] *Байтин М. И.* Указ. соч. С. 340, 341.

выработал следующее определение законности: «Законность — это принцип, метод, элемент демократического политического режима формирования и функционирования правового государства и гражданского общества, в основе которого лежат всеобщее равенство перед законом, точное соблюдение и исполнение законов всеми государственными и муниципальными органами, общественными объединениями, должностными лицами и гражданами»[1].

В то же время в соответствии с научно обоснованной концепцией интегративного правопонимания понятие (термин) «законность» представляется спорным прежде всего в связи с тем, что государственные и муниципальные органы, общественные объединения, должностные лица и граждане должны точно соблюдать и исполнять принципы и нормы права, содержащиеся во всех формах национального и (или) международного права, реализуемые в России, т. е. право в целом, а не только закон — один из видов национальных правовых актов, в свою очередь являющихся только одной из форм российского права.

Злоупотребление правом — актуальная современная проблема. В. П. Грибанов обоснованно заметил, что вопросы, связанные со злоупотреблением правом, в определенной степени исследовались ещё в римском праве[2], хотя в то время и отсутствовало само понятие «злоупотребление правом». В то же время на практике возникали споры, связанные с тем, что собственник, реализовавший своё право владения, пользования и распоряжения имуществом, нарушал интересы других лиц. Вместе с тем в римском праве господствовал принцип: **«Кто пользуется своим правом, никому не причиняет вреда»** (выделено мною. — *В. Е.*), выведенный из римского права и высказываний римских юристов.

О. А. Поротикова пришла к выводу о том, что идея «abus de droit» (в пер. с фр. — злоупотребление правом) нашла своё доктринальное развитие во Франции. По её мнению, во Французской декларации прав человека и гражданина 1789 г. получило своё отражение положение об ограничении осуществления прав, но не содержался сам термин «злоупотребление правом»[3]. В. Аболонин считал,

---

[1] Там же. С. 344.

[2] *Грибанов В. П.* Осуществление и защита гражданских прав. 2-е изд., стереотип. М., 2001. С. 26.

[3] *Поротикова О. А.* Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. М., 2008. С. 127, 128.

что дальнейшее развитие и оформление концепции злоупотребления правом принадлежит бельгийскому юристу Франсуа Лорану, который первым использовал понятие «злоупотребление правом» для характеристики ряда типичных, повторяющихся ситуаций, связанных с недобросовестным осуществлением субъективного права, имевших место во французском гражданском праве[1].

Термин «злоупотребление правом» содержится в п. 1 ст. 10 ГК РФ: **«Не допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом)»** (выделено мною. — *В.Е.*).

Вместе с тем, на мой взгляд, термин «злоупотребление правом» выработан «законодателем» теоретически дискуссионно и весьма неопределённо. В этой связи применение судами п. 1 ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации вызывает многочисленные споры между научными и практическими работниками. Назову только некоторые из них. Например, первый — в чём состоит противоправность действий лиц, допустивших «злоупотребление правом?». Какое право они нарушали? Что означает термин «употребление права» во «зло»? Второй — почему в «обход» только закона, если «действия» «против» «права». Третий — насколько теоретически обоснованы, а практически доказательны термины «действия» «против» «права», «злоупотребление правом», «измерять» «недобросовестным» осуществлением «кем-либо гражданских прав»?

В то же время термин «злоупотребление правом» нашел своё закрепление и в других национальных правовых актах, например, Семейном кодексе Российской Федерации (ст. 69), Арбитражном процессуальном кодексе Российской Федерации (ст. 111, 225.12). В ч. 3 ст. 17 Конституции Российской Федерации в более общем виде установлено: «Осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц».

В. П. Грибанов, с позиции юридического позитивизма анализируя природу правовой категории «злоупотребление правом» в монографии «Пределы осуществления и защиты гражданских прав», пришел к весьма неопределенному выводу о том, что под злоупотреблением

[1] *Аболонин В.* Действительно ли злоупотребление правом — это употребление права во зло? // Арбитражный и гражданский процесс. 2009. № 2. С. 3.

правом понимаются случаи, когда «управомоченный субъект, действуя в границах принадлежащего ему субъективного права, в рамках тех возможностей, которые составляют содержание данного права, использует такие формы его реализации, которые выходят за установленные законом пределы осуществления права»[1]. Н. С. Малеин также с позиции юридического позитивизма возражал В. П. Грибанову: одно из двух — или субъект действует «в границах принадлежащего ему права» и тогда не злоупотребляет своим правом; или он выходит «за пределы, установленные законом», и, таким образом нарушая закон, не злоупотребляет правом, а совершает элементарное правонарушение, за которое должна следовать ответственность. В обоих случаях для идеи и общей нормы о злоупотреблении правом нет места[2]. Вместе с тем, на мой взгляд, дискуссионность взглядов В. П. Грибанова и Н. С. Малеина основывалась на концепции юридического позитивизма, сведении всего права только к законам.

В. И. Крусс, по существу, также с позиции юридического позитивизма пришёл к другому, думаю, также спорному выводу о том, что феномен злоупотребления правом может быть раскрыт и достоверно осмыслен исключительно с позиций конституционного правопонимания[3]. Однако поскольку, на мой взгляд, Конституция Российской Федерации — фундаментальный вид национальных правовых актов, одна из форм национального права, постольку такой вывод представляется дискуссионным. В России с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания реализуются не только «законы», «законодательство», но также принципы и нормы права, содержащиеся в других формах национального и (или) международного права.

В целом в общей теории права и специальных национальных исследованиях сложились несколько подходов к природе запрещения (недопустимости) злоупотребления правом: 1) установление соотношения «злоупотребления правом» с этико-философскими категориями «добра» и «зла»; 2) рассмотрение злоупотребления правом как самостоятельного вида правового поведения, отличающегося

[1] *Грибанов В. П.* Указ. соч. С. 46.

[2] *Малеин Н. С.* Злоупотребление правом: теоретические аспекты // Журнал российского права. 1998. № 7. С. 70.

[3] *Крусс В. И.* Злоупотребление правом: Учеб. пособие. М., 2010. С. 9.

от правомерного и противоправного поведения; 3) отнесение злоупотребления правом к основополагающим (общим) принципам национального и (или) международного права.

В. П. Грибанов в числе первых ученых предлагал толковать понятие «злоупотребление правом» исходя из его этимологии — как употребление права во зло[1]. Современный исследователь А. А. Малиновский также продолжал рассматривать право с точки зрения добра и зла. Автор полагает, что «исследование злоупотребления правом должно осуществляться не только с помощью традиционных критериев «правомерности-противоправности», но также и с точки зрения социального назначения права, возможности его использования во вред общественным интересам»[2]. Не исключая возможности изучения социального назначения в праве, хотелось бы всё-таки заметить: при таком подходе правовая категория «злоупотребление правом», по существу, будет измеряться неправом, этико-философскими категориями «добра» и «зла». В результате это неизменно приведет к «размыванию» собственно права неправом с позиции научно дискуссионного вида интегративного правопонимания, синтезирующего правовые и неправовые регуляторы. На практике это приводит к разнообразной и противоречивой судебной практике, бесконечным отменам судебных актов. А главное — к множеству нарушений прав и правовых интересов субъектов правоотношений.

А. С. Шабуров, сторонник второго подхода, с позиции юридического позитивизма весьма спорно относил злоупотребление правом к самостоятельному виду правового поведения наряду с правомерным поведением и правонарушением: «Термин «злоупотребление правом» в его буквальном понимании означает употребление права во зло в тех случаях, когда управомоченный субъект обладает субъективным правом, действует в его пределах, но наносит какой-либо ущерб правам других лиц или обществу в целом»[3]. Далее, противореча сам себе, автор, с одной стороны, возражал против отнесения злоупотребления правом к правонарушению, «поскольку в рассматриваемом случае субъект действует в рамках предоставленного

[1] *Грибанов В. П.* Указ. соч. С. 43.

[2] *Малиновский А. А.* Злоупотребление правом (Основы концепции). М., 2000. С. 24.

[3] Теория государства и права: Учебник / Под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. М., 1998. С. 413, 414.

ему субъектного права, противоправность как основной признак правонарушения здесь отсутствует»[1]. С другой стороны, автор в результате своих дискуссионных рассуждений пришел к выводу: «В исключительных случаях, когда степень общественной опасности злоупотребления правом велика, законодатель определяет его как правонарушение, нормативно его запрещая и снабжая норму юридической санкцией...»[2].

Удивительно, но В. П. Грибанов являлся также одним из основоположников и третьего подхода определения природы злоупотребления правом — отнесения к принципам права. Осуществление гражданских прав в противоречии с их назначением В. П. Грибанов рассматривал в качестве общего и отраслевого принципа права[3]. Однако В. П. Грибанов, ограниченный жесткими рамками юридического позитивизма, не относил основополагающие (общие) принципы права к самостоятельным формам национального и (или) международного права. В современной специальной литературе по общей теории права и отраслевых исследованиях, как правило, с позиции юридического позитивизма злоупотребление правом, во-первых, выводится из других общих и специальных принципов права; во-вторых, также не относится к самостоятельной форме российского права и рассматривается лишь как правовая идея. Например, В. С. Ем рассматривал злоупотребление правом как самостоятельную, специфическую форму нарушения принципа осуществления гражданских прав в соответствии с их социальным назначением[4].

Чаще всего запрещение злоупотребления правом связывается с общими принципами добросовестности, разумности и справедливости, т. е. с неправом. Например, А. Ю. Белоножкин злоупотребление субъективным гражданским правом понимал как действия (бездействия) лица по осуществлению своего субъективного гражданского права, нарушающие общеправовой принцип справедливости, совершённые умышленно или по неосторожности, в противоречие с целями субъективного гражданского права, ущемляющие права и законные интересы других лиц или влекущие

---

[1] Там же. С. 414.

[2] Теория государства и права: Учебник / Под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова.

[3] *Грибанов В. П.* Указ. соч. С. 25, 26, 52, 64, 77.

[4] Гражданское право: Учебник. В 2 т. / Отв. ред. Е. А. Суханов. М., 1998. Т. 1. С. 391.

неосновательное обогащение управомоченного лица и (или) третьих лиц, при наличии возможности совершения деяния иным способом[1]. Во многом аналогичную позицию занимал и Г. А. Гаджиев, полагающий, что принцип разумного и добросовестного осуществления субъективных гражданских прав является более общим принципом, по отношению к которому принцип недопустимости злоупотребления правом выступает в качестве частного[2]. В. В. Архипов также с позиции юридического позитивизма писал: «Граница перехода от добросовестного заблуждения о пределах предоставленных субъекту прав и способах их реализации к злоупотреблению правом, сопряженному с явным правонарушением, очень тонкая. Чтобы не допускать её перехода, требуется найти в отраслевом законодательстве чёткие нормы-принципы или нормы-правила»[3]. Следовательно, В. В. Архипов традиционно с позиции юридического позитивизма ограничивал принципы права лишь принципами, воспринятыми законодателем, и закрепленными в «законодательстве» — например, «нормами-принципами» или «нормами-правилами».

Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации информационным письмом от 25 ноября 2008 г. № 127 утвердил «Обзор практики применения арбитражными судами ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации»[4], в частности, признав предъявление искового заявления злоупотреблением правом, поскольку «нарушение устава общества при принятии оспариваемого решения вызвано недобросовестными действиями самого истца»[5]. По другому делу арбитражный суд апелляционной инстанции довод ответчика о необходимости применения к рассматриваемым отношениям п. 2 ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации отклонил, поскольку сам ответчик не предпринял «разумно необходимых действий для защиты своих прав»[6]. Отсюда можно сделать

[1] *Белоножкин А. Ю.* Содержание и формы злоупотребления субъективным гражданским правом: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2005. С. 7.

[2] *Гаджиев Г. А.* Конституционные принципы добросовестности и недопустимости злоупотребления субъективными правами // Государство и право. 2002. № 7. С. 61.

[3] *Архипов В. В.* Злоупотребление правом в трудовых отношениях: Сознательная мистификация или добросовестное заблуждение? // Законодательство и экономика. 2008. № 2. С. 25.

[4] Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2009. № 2. С. 156–171.

[5] Там же. С. 156–158.

[6] Там же. С. 166.

вывод о том, что практика арбитражных судов прежде всего дискуссионно ограничивалась отнесением к злоупотреблению правом прежде всего установленных в суде соответствующих фактических обстоятельств дела, например, «недобросовестных действий», «разумно необходимых действий» и т. д., т. е. неправа.

Более точное толкование термина «злоупотребление правом» содержится в п. 27 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации» (в ред. Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 63 от 28 декабря 2006 г. «О внесении изменений и дополнений в Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации»), в соответствии с которым «при рассмотрении дел о восстановлении на работе следует иметь в виду, что при реализации гарантий, предоставляемых Кодексом работникам в случае расторжения с ними трудового договора, должен соблюдаться **общеправовой принцип недопустимости злоупотребления правом,** в том числе со стороны самих работников»[1] (выделено мною. — *В. Е.*). Вместе с тем, к сожалению, в данном пункте не разъяснена природа «общеправового принципа недопустимости злоупотребления правом».

На мой взгляд, с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания запрещение злоупотребления правом теоретически обоснованно, а практически необходимо, во-первых, относить как к основополагающим (общим) принципам национального и (или) международного права, так и к специальным принципам национального и (или) международного права, например, специальным принципам национального и международного гражданского и трудового права. Во-вторых, запрещение злоупотребления правом в качестве одного из основополагающих (общих) принципов национального и (или) международного права относится к фундаментальным формам национального и международного права. При таком теоретическом подходе представляются спорными традиционные критерии запрещения злоупотребления правом, выработанные с позиции научно дискуссионного вида интегративного

[1] Российская газета. 2006. 31 декабря. № 297.

правопонимания, в соответствии с которым синтезируется право и неправо, например, какие-либо действия во «зло» либо выводы о запрещении злоупотребления правом как о «самостоятельном поведении, отличающимся как от правомерного, так и от противоправного поведения».

С позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания запрещение злоупотребления правом, думаю, возможно рассматривать как действие (бездействие), совершающееся, с одной стороны, прежде всего в соответствии, например, с нормами права, содержащимися в каких-либо формах национального и (или) международного права; с другой стороны, нарушающее основополагающие (общие) национальные и (или) международные принципы права, а также специальные национальные и (или) международные принципы, либо иные нормы права, содержащиеся в других формах национального и (или) международного права, имеющие более высокую юридическую силу, и совершающиеся с целью нарушения прав или правовых интересов других лиц. Следовательно, исходя из данного теоретического подхода, злоупотребление правом является противоправным действием (бездействием), а не самостоятельным видом правового поведения либо правомерным действием (бездействием).

В связи с этим в XXI в. с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания возникает вопрос и о теоретической обоснованности самого понятия «злоупотребление правом», выработанного в конце XVIII — начале XIX вв. под влиянием концепции естественного права, а также термина «злоупотребление правом», активно использующегося, например, в современных российских правовых актах, а также в судебных актах. Как известно, в соответствии с концепцией естественного права «законодательство» соотносилось со «справедливостью», «злом», «добром» и т. д. Следовательно, по существу, право «размывалось» неправом.

Вместе с тем с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания само понятие (термин) «злоупотребление правом» представляется, по меньшей мере, дискуссионным. С позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания правовые явления, традиционно называемые «злоупотреблением правом», теоретически точнее относить к разновидности правонарушений, с одной стороны, произведенных в соответствии, например, с какими-либо нормами права; но, с другой стороны, совершенных

с целью нарушения прав либо правовых интересов физических и (или) юридических лиц, защищаемых основополагающими (общими) принципами национального и (или) международного права, специальными (отраслевыми) принципами национального и (или) международного права, реализуемыми в государстве и имеющими более высокую юридическую силу. При таком теоретическом подходе, следовательно, происходит не «злоупотребление правом», а нарушение каких-либо общих или специальных (отраслевых) принципов национального и (или) международного права, имеющих более высокую юридическую силу. В связи с вышеизложенными общенаучными, теоретическими и практическими аргументами предлагаю в специальной литературе, национальном и международном праве вместо понятия (термина) «злоупотребление правом» ввести и применять понятие (термин): «нарушение принципов права».

Как представляется, в результате проведённого анализа четырёх актуальных специальных теоретических и практических проблем российского права с позиции юридического позитивизма, научно обоснованных и научно дискуссионных видов интегративного правопонимания возможно сделать следующие итоговые выводы.

Первый: основополагающие (общие) принципы российского права теоретически обоснованно, а практически необходимо относить к фундаментальной форме российского права, определяющей его сущность, обеспечивающей большую степень определенности права, сбалансированное состояние (гомеостазис) внутригосударственного права, его взаимосвязь, целостность и внутреннее единство, а также непротиворечивость, ожидаемость, последовательность и предсказуемость правотворческого и правореализационного процессов. При таком подходе основополагающие (общие) принципы российского права возможно рассматривать как неоспоримое право (ius cogens), обязательное для управомоченных правотворческих, а также правореализующих органов и лиц.

Второй: с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания право прежде всего выражается в принципах и нормах права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве.

Третий: при таком общенаучном подходе с позиции теории систем подсистема российского права прежде всего основывается

на основополагающих (общих) национальных принципах права, правовых актах, правовых договорах и обычаях права — формах внутригосударственного права.

Четвертый: юридический позитивизм, а также научно дискуссионный вид интегративного правопонимания не могут быть эффективной теоретической основой для «снятия» современных вопросов, возникающих в процессах правотворчества и правореализации, в том числе — судебного правоприменения.

Пятый: научно обоснованная концепция интегративного правопонимания, прежде всего основанная на выводах и предложениях, проверенных временем и подтверждённых многовековой объективной правореализационной практикой, позволяет вырабатывать теоретически убедительные, необходимые выводы и предложения, быть результативной теоретической базой для разрешения множества современных практических проблем.

4.2. Конституция России

В числе национальных правовых актов в России, безусловно, важнейшее место занимает Конституция, многочисленные проблемы которой многократно исследовались научными и практическими работниками. Так, Конституцию СССР в специальной литературе традиционно называли «Основным законом». В то же время, к сожалению, в тексте самой Конституции не определялась ее природа и не устанавливалась правовая возможность ее прямого применения. Характерно, что, как Конституция СССР, Конституция Германии и в настоящее время называется: «Основной Закон Федеративной Республики Германия». В современной специальной юридической литературе понятие «Основной закон» также нередко применяется и в отношении Конституции[1]. В научной и публицистической литературе также используются яркие и образные выражения, например: Конституция — это «правовой вектор России», «математика свободы», «каркас правовой системы», «правовая пирамида»[2].

Весьма распространено мнение (в том числе и в современных научных исследованиях), не основанное на каких-либо необходимых

[1] См., например: Систематизация законодательства в Российской Федерации / Под ред. А. С. Пиголкина. СПб., 2003. С. 90.

[2] См., например: *Зорькин В.Д.* Россия и Конституция в XXI веке. М., 2008. С. 30–56.

и достаточных теоретических и правовых аргументах, о том, что «...все права каким-либо допустимым образом применять Конституцию Российской Федерации...переданы исключительно Конституционному Суду Российской Федерации...конституционное судопроизводство оказывается «изолировано» от гражданского, административного и уголовного, в рамках которых...формально невозможно требовать прямого исполнения и применения норм Конституции Российской Федерации...можно утверждать, что судебная система Российской Федерации на практике формируется как неспособная обеспечить прямое действие Конституции Российской Федерации, а значит и государство оказывается не в состоянии в полной и необходимой мере гарантировать конституционные права граждан»[1].

Вместе с тем, во-первых, такой вывод не соответствует реальной практике судов общей юрисдикции. Во-вторых, действительно необходимо в должной мере на доктринальном уровне исследовать дискуссионные теоретические и практические вопросы прямого применения Конституции, в частности, федеральными судами. В-третьих, следует дополнить российские правовые акты научно обоснованными нормами права, связанными с прямым применением Конституции Российской Федерации.

С. В. Поленина, анализируя систему еще советского законодательства, убедительно отмечала: «Конституция занимает ведущее место в системе законодательства, свидетельствующее о существовании связи между национальными правовыми актами, подчиненности актов Конституции[2]». Ю. А. Тихомиров, исследуя виды национальных правовых актов, в их числе обоснованно выделял также и акты, принятые в результате прямого народного волеизъявления, в частности, Конституцию Российской Федерации[3]. При таком теоретическом подходе, думаю, Конституцию можно относить к фундаментальному виду национальных правовых актов, содержащему не только нормы-цели и нормы-задачи, но и основополагающие (общие) национальные принципы и нормы права, применяемые, в частности, судами с целью защиты прав и правовых интересов физических и юридических лиц.

---

[1] *Скурко Е. В.* Принципы права. С. 168.

[2] *Поленина С. В.* Система законодательства (к методологии исследования). С. 23.

[3] *Тихомиров Ю. А.* Конституция, закон, подзаконный акт. С. 8, 9.

Более того, в современный период в России, кроме внутригосударственных правовых актов, установлены и другие формы национального права. Среди них, в частности, необходимо выделять внутригосударственные правовые договоры и обычаи права. Так, согласно ст. 40 Трудового кодекса РФ («Коллективный договор») «Коллективный договор — правовой акт, регулирующий социально-трудовые отношения в организации или у индивидуального предпринимателя и заключаемый работниками и работодателем в лице их представителей». Другой пример: в соответствии со ст. 5 ГК РФ «Обычаи» «обычаем признается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской или иной деятельности, не предусмотренное законодательством правило поведения, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе».

Как представляется, прежде всего Конституция Российской Федерации в процессе выработки и применения специальных принципов и норм права в иных национальных правовых актах, правовых договорах и обычаях права должна быть, образно говоря, своеобразной «дорожной картой» для правотворческих и правоприменительных органов. В связи с указанной проблемой мною была подготовлена и опубликована статья на тему: «Конкретизация Конституции России: Теоретические и практические проблемы»[1]. Кроме того, параграф 2.12 данной монографии называется: «Конкретизация права».

Вместе с тем Конституция должна быть не только своеобразной «дорожной картой» для управомоченных правотворческих органов и лиц в процессе выработки специальных принципов и норм права в иных национальных правовых актах, правовых договорах и обычаях права. Убеждён, принципы и нормы права, содержащиеся в Конституции, должны быть также и правовыми регуляторами конкретных правоотношений. В том числе основополагающие (общие) принципы права, содержащиеся в Конституциях, должны прямо применяться национальными судами в процессах рассмотрения конкретных споров (ad hoc).

Однако во многих государствах, в частности, в Германии, в случае возникновения иерархических коллизий в праве, например, с одной стороны, между основополагающими (общими) принципами права

[1] См.: *Ершов В. В.* Конкретизация Конституции России: теоретические и практические проблемы // Российское правосудие. 2013. № 12. С. 5–22.

и нормами права, содержащимися в Конституции, с другой стороны, — специальными (отраслевыми) принципами и нормами права, установленными в иных национальных правовых актах, правовых договорах и обычаях права, суды с целью преодоления данных иерархических коллизий в праве фактически вынуждены обращаться в национальные конституционные суды.

Конституция Российской Федерации имеет не только высшую юридическую силу, но и прямое действие, применяется на всей территории. Законы и иные правовые акты, применяемые в государстве, не должны противоречить Конституции России (ч. 1 ст. 15 Конституции России). «Конституционный Суд Российской Федерации по жалобам на нарушение конституционных прав и свобод граждан и по запросам судов проверяет конституционность закона, **примененного** или **подлежащего применению в конкретном деле...»** (ч. 4 ст. 125 Конституции РФ) (выделено мною. — *В.Е.*). Как представляется, системное толкование терминов «прямое действие», «примененного судам» и «подлежащему применению судами» позволяет сделать принципиальный вывод о том, что национальные суды в процессе рассмотрения конкретных споров (ad hoc) вправе прямо применять основополагающие (общие) принципы и нормы права, содержащиеся в Конституции, и не применять специальные принципы и нормы права, установленные в иных национальных правовых актах, правовых договорах и обычаях права, имеющих меньшую юридическую силу, и не соответствующих конституционным принципам и нормам права.

Данный вывод основан также и на буквальном толковании ч. 2 ст. 11 ГПК РФ: «Нормативные правовые акты, применяемые судом при разрешении гражданских дел», в соответствии с которой «суд, установив при разрешении гражданского дела, что нормативный правовой акт не соответствует нормативному правовому акту, имеющему большую юридическую силу, применяет нормы акта, имеющего наибольшую юридическую силу». Очевидно, что Конституция, как фундаментальный вид правовых актов, имеет «наибольшую юридическую силу» по отношению к иным правовым актам. С точки зрения общей теории права такой вывод законодателя является обоснованным. Действительно, принципы и нормы права, содержащиеся в правовых актах, имеющих более высокую юридическую силу, имеют приоритет по отношению, например, к принципам

и нормам права, установленным в иных национальных правовых актах и имеющим меньшую юридическую силу.

Пленум Верховного Суда Российской Федерации 31 октября 1995 г. принял, на мой взгляд, важнейшее постановление № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия», в п. 2 которой указано: «Согласно ч. 1 ст. 15 Конституции Российской Федерации Конституция имеет высшую юридическую силу, прямое действие и применяется на всей территории Российской Федерации. В соответствии с этим конституционным положением **судам при рассмотрении дел следует оценивать содержание закона или иного нормативного правового акта, регулирующего рассматриваемые судом правоотношения, и во всех необходимых случаях применять Конституцию Российской Федерации в качестве акта прямого действия»**[1] (выделено мною. — *В.Е.*).

Решающее значение имеет и п. 3 данного постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации: **«В случае неопределенности в вопросе о том, соответствует ли Конституции подлежащий применению по конкретному делу закон, суд обращается в Конституционный Суд Российской Федерации с запросом о конституционности этого закона. Такой запрос в соответствии со ст. 101 Федерального конституционного закона «О конституционном Суде Российской Федерации» может быть сделан судом любой инстанции и в любой стадии рассмотрения дела»**[2] (выделено мною. — *В.Е.*).

Таким образом, в случае, когда «суд придет к убеждению» (как было написано в первоначальной редакции данного постановления Пленума Верховного Суда), что «федеральный закон...находится в противоречии с соответствующими положениями Конституции», суд вправе прямо применять основополагающие (общие) принципы и нормы права, установленные в Конституции, и не применять в процессе рассмотрения конкретного спора (ad hoc) специальные принципы и нормы права, содержащиеся в иных национальных правовых актах, правовых договорах и обычаях права, и по его убеждению не соответствующие Конституции.

Только в ситуациях, когда суд «не убежден» в наличии иерархических коллизий между, с одной стороны, конституционными основополагающими (общими) принципами и нормами права и,

[1] Российская газета. 1995. 28 декабря.
[2] Там же.

с другой — специальными принципами и нормами права, содержащимися в иных национальных правовых актах, правовых договорах и обычаях права; случаях неопределенности в вопросе о том, соответствует ли Конституции, например, подлежащий применению по конкретному делу закон, суд обращается в Конституционный Суд Российской Федерации с запросом о конституционности этого закона.

Необходимо подчеркнуть, что, как правило, в процессе рассмотрения национальными судами конкретных споров (ad hoc) традиционно устанавливаются вполне определенные и очевидные иерархические коллизии между, с одной стороны, основополагающими (общими) принципами и нормами права, содержащимися в Конституции, и, с другой — специальными принципами, а также нормами права, установленными в иных национальных правовых актах, нормативных правовых договорах и обычаях права. Например, нередко субъекты Российской Федерации принимают правовые акты, содержащие специальные принципы и нормы права, регулирующие, например, гражданские правоотношения. В то же время гражданское «законодательство» в соответствии со ст. 71 Конституции РФ относится к исключительному ведению Российской Федерации. Другой пример: ст. 13 Жилищного кодекса РФ, по существу, установила «раздельное» «ведение» России и органов государственной власти субъектов Российской Федерации в сфере регулирования жилищных правоотношений. Вместе с тем, согласно ст. 72 Конституции РФ, жилищное «законодательство» **отнесено к «совместному ведению Российской Федерации и субъектов Российской Федерации»** (выделено мною. — *В.Е.*). Следующий пример: «По предметам совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации **издаются федеральные законы и принимаемые в соответствии с ними законы и иные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации»** (выделено мною. — *В.Е.*). В то же время они нередко принимают собственные правовые акты не в «соответствии с федеральными законами», а в порядке «опережающего» правотворчества.

Как представляется, данные и многие другие определенные и очевидные иерархические коллизии между, с одной стороны, основополагающими (общими) принципами и нормами права, содержащимися в Конституции, и, с другой стороны, специальными принципами и нормами права, установленными в иных национальных правовых актах, правовых договорах и обычаях права, могут и, полагаю,

должны преодолеваться судами в процессе рассмотрения конкретных споров (ad hoc).

Целью данного теоретически обоснованного способа преодоления судами иерархических коллизий в праве является более эффективная и оперативная защита прав и правовых интересов физических и юридических лиц, максимальное сокращение сроков рассмотрения споров в судах, вынесение уже в судах первой инстанции судебных актов, соответствующих основополагающим (общим) принципам и нормам права, содержащимся в Конституции, а также неприменение специальных принципов и норм права, установленных в иных национальных правовых актах, правовых договорах и обычаях права, действующих, но не соответствующих конституционным общим принципам и нормам права.

Согласно ч. 1 и 2 и ст. 16 Конституции РФ: «1. Положения настоящей (первой. — *В.Е.*) главы Конституции составляют основы конституционного строя Российской Федерации и не могут быть изменены иначе как в порядке, установленном настоящей Конституцией. 2. Никакие другие положения настоящей Конституции не могут противоречить основам конституционного строя Российской Федерации».

Вместе с тем, к сожалению, в Конституции имеются и коллизионные нормы права. Например, в соответствии с ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, содержащейся в главе 1 «Основы конституционного строя», установлено: «Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора».

В то же время согласно ч. 1 ст. 120 Конституции РФ, содержащейся в главе 7 «Судебная власть», приводится несколько другая норма права: **«Судьи...подчиняются только Конституции Российской Федерации и федеральному закону»** (выделено мною. — *В.Е.*). С целью преодоления в процессах судебного правоприменения названных иерархических коллизий между конституционными нормами права возможно буквальное толкование ч. 2 ст. 16 Конституции, в соответствии с которой «Никакие другие положения настоящей Конституции не могут противоречить основам конституционного строя Российской Федерации».

Общая теория систем, полагаю, позволяет сделать универсальный вывод: самостоятельный анализ деятельности правотворческих, исполнительных и судебных органов государственной власти является необходимым и обязательным, но вместе с тем также и недостаточным. Для выяснения существенных характеристик какого-либо органа государственной власти необходимо установить его место и роль в системе правотворческих, исполнительных и судебных органов государственной власти в целом[1]. При подобном общенаучном подходе к исследованию правовых явлений уже невозможно ограничиваться только разделением органов государственной власти и разграничением их компетенции. Как в теоретическом, так и в практическом плане необходимо сделать акцент на анализе деятельности системы органов государственной власти в целом; изучении фундаментальных и прикладных проблем их взаимовлияния, взаимосвязи и взаимоограничения.

Применение выводов теории систем в процессе исследования действительного места и роли суда в системе органов государственной власти позволяет вырабатывать теоретические аргументы для изучения актуальных проблем права, при традиционных методах исследования остающихся вне поля зрения ученых. Необходимо подчеркнуть, что правотворческие, исполнительные и судебные органы государственной власти в единой системе органов государственной власти в Российской Федерации не способны к самостоятельному и «изолированному» существованию; с объективной необходимостью должны обеспечивать взаимное сдерживание, функционирование и развитие.

Целостность системы органов государственной власти, с одной стороны, совсем не исключает определенной свободы составляющих ее элементов — органов государственной власти, обладающих относительной самостоятельностью, с другой стороны. Специфика системы органов государственной власти в Российской Федерации не ограничивается только собственными исследованиями элементов, ее составляющих, характеризуются прежде всего прямыми и обратными связями и отношениями между ними.

При таком теоретическом подходе представляется спорным «классическое» понимание правоприменения, с позиции юридического

[1] См. подробнее: *Ершов В.В.* Суд в системе органов государственной власти // Российское правосудие. 2006. № 1. С. 39–52.

позитивизма, состоящее в подведении общественных отношений под абстрактные нормы права по методу логического умозаключения — силлогизма, в котором роль большей посылки играет право, а меньшей — конкретные общественные отношения, подлежащие правовому регулированию. Реальное правоприменение, как правило, не соответствует «классическому» пониманию правоприменения, не отражающему всей подлинной глубины и сложности правоприменительной деятельности. Судебное правоприменение с позиции общей теории систем — более глубокий и сложный процесс, характеризующийся как правовым, так и индивидуальным (в том числе — судебным) регулированием правоотношений[1].

Отсюда представляются дискуссионными широко распространенные в юридической литературе оценочные понятия «нормоконтроль» и «судебный контроль». Исходя из основополагающих выводов общей теории систем, более обоснованно рассматривать «контроль» как объективно необходимый и непрерывный процесс не только разделения функций органов государственной власти (которым традиционно ограничиваются большинство исследователей), но также и их взаимовлияния, взаимосдерживания и взаимоограничения в соответствии со ст. 10 Конституции РФ.

Как правило, в юридической литературе выделяется два вида «нормоконтроля»: «конкретный» и «абстрактный». Существует и другая точка зрения, согласно которой «конкретный нормоконтроль» теоретически более обоснованно рассматривать как способ защиты прав и правовых интересов физических и юридических лиц, выражающийся в неприменении судом в конкретном споре (ad hoc) специальных принципов и норм права, не соответствующих, например, основополагающим (общим), специальным принципам и нормам права, содержащимся, в частности, в национальных правовых актах, имеющим более высокую юридическую силу, в том числе в Конституции. «Абстрактный нормоконтроль» — способ защиты прав и правовых интересов физических и юридических лиц, характеризующийся признанием управомоченным судом специальных принципов и норм права, не соответствующих основополагающим (общим) и специальным принципам и нормам права,

[1] См., например: *Ершов В.В.* Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений как парные категории. С. 4–23.

содержащимся, в частности в правовых актах, имеющих более высокую юридическую силу.

При таком теоретическом подходе прямое применение конституций национальными судами в процессе рассмотрения конкретных споров (ad hoc) представляется теоретически обоснованным рассматривать в качестве, образно говоря, «конкретного нормоконтроля». В то же время — более точно — как наиболее эффективный способ защиты прав и правовых интересов физических и юридических лиц, выражающийся, в частности, в прямом применении основополагающих (общих) принципов и норм права, содержащихся в Конституции, и не применении специальных принципов и норм права, установленных в иных национальных правовых актах, правовых договорах и обычаях права, не соответствующих основополагающим (общим) принципам и нормам права, содержащимся в Конституции.

К сожалению, в России проблема правового регулирования правоотношений в процессе преодоления судами иерархических коллизий в национальных правовых актах остаётся не в полной мере разрешённой. Так, в ч. 1 ст. 15 Конституции РФ установлено: «Законы и иные правовые акты, принимаемые в Российской Федерации, не должны противоречить Конституции Российской Федерации». В то же время остается открытым вопрос: а если они противоречат друг другу, то как должен поступать суд? Часть 1 ст. 120 Конституции РФ обоснованно разграничивает Конституцию и законы: «Судьи независимы и подчиняются только Конституции Российской Федерации и федеральному закону». Вместе с тем ч. 2 ст. 120 Конституции РФ в определенном противоречии с ч. 1 той же статьи гласит: «Суд, установив при рассмотрении дела несоответствие акта государственного или иного органа **закону**, принимает решение в соответствии **с законом**» (выделено мною. — *В. Е.*). Отсюда неясно, как должен поступать суд в случае установления несоответствия специальных принципов и норм права, установленных в иных национальных правовых актах, основополагающим (общим) принципам и нормам права, содержащимся в Конституции?

Значительный шаг вперед сделан в ч. 3 ст. 5 ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации», в соответствии с которой «суд, установив при рассмотрении дела несоответствие акта государственного или иного органа, а равно должностного лица Конституции Российской Федерации...принимает решение в соответствии с правовыми

положениями, имеющими наибольшую юридическую силу». Вместе с тем в данном Законе, во-первых, не установлен способ защиты для «принятия» такого решения; во-вторых, «управомоченным судам» данным федеральным конституционным законом не предоставлено право признавать специальные принципы и нормы права не соответствующими основополагающим (общим) принципам и нормам Конституции.

В то же время, в соответствии с п. 1 ст. 101 ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации», установлено прямо противоположное: «Суд при рассмотрении дела в любой инстанции, придя к выводу о несоответствии Конституции Российской Федерации закона, подлежащего применению им в указанном деле, обращается в Конституционный Суд Российской Федерации с запросом о проверке конституционности данного закона».

Российские кодексы также не содержат необходимых и непротиворечивых ответов на поставленные выше вопросы. Так, в ч. 2 ст. 1 УК РФ установлено: «Настоящий кодекс **основывается** (выделено мною. — *В.Е.*) на Конституции Российской Федерации...». По существу аналогичная норма права содержится и в ч. 1 ст. 5 Трудового кодекса РФ: «Регулирование трудовых отношений...осуществляется в соответствии с Конституцией Российской Федерации...». Пункт 1 ст. 3 ГК РФ еще более лаконичен: «В соответствии с Конституцией Российской Федерации гражданское законодательство находится в ведении Российской Федерации». Практически подобная же норма права имеется и в ч. 1 ст. 5 ЖК РФ: «В соответствии с Конституцией Российской Федерации жилищное законодательство находится в совместном ведении Российской Федерации и субъектов Российской Федерации...». Только ч. 8 ст. 5 ЖК РФ предусматривает возможность соотнесения норм жилищного права, но лишь с данным кодексом, а не с Конституцией: «В случае несоответствия норм жилищного законодательства, содержащихся в федеральных законах и иных нормативных правовых актах..., **положениям настоящего Кодекса применяются положения настоящего Кодекса»** (выделено мною. — *В.Е.*).

11 ноября 1996 г. Государственная Дума Федерального Собрания Российской Федерации приняла в первом чтении Федеральный закон «О нормативных правовых актах Российской Федерации», который, к сожалению, в дальнейшем остался без движения. С одной стороны, ст. 2 данного законопроекта справедливо относит Конституцию

к одному из видов национальных правовых актов. Кроме того, в соответствии с Конституцией в ст. 8 упомянутого законопроекта установлено: «Конституция Российской Федерации закрепляет **основополагающие принципы правового регулирования в Российской Федерации, является правовой основой законодательства Российской Федерации** (выделено мною. — *В.Е.*). Конституция Российской Федерации имеет высшую юридическую силу и применяется на всей территории Российской Федерации. Законы и иные нормативные правовые акты в Российской Федерации принимаются на основе и во исполнение Конституции и не могут ей противоречить». С другой стороны, данный законопроект так же, как и действующие кодексы и иные федеральные законы, оставил открытыми неизбежные и важнейшие вопросы о способах защиты прав и правовых интересов физических и юридических лиц в суде.

В ст. 12 ГК РФ «Способы защиты гражданских прав» один из способов защиты называется «неприменение судом акта государственного органа или органа местного самоуправления, противоречащего закону». В связи с этим в теории гражданского права и на практике возникли следующие вопросы: какого вида акта? Нормативного или индивидуального? Национальных правовых актов какого уровня? Почему данная статья предусматривает недопустимость применения судом акта, противоречащего только закону? Отсюда правомерно возникает другой вопрос: может ли суд применять акты, противоречащие Конституции? В связи с изложенными выше правовыми аргументами предлагаю названный способ защиты изложить в следующей редакции: «Неприменение судом специальных принципов и норм права, не соответствующих основополагающим (общим), специальным принципам и нормам права, содержащимся в формах национального и международного права, имеющим более высокую юридическую силу».

Много теоретических и практических вопросов вызывает также и так называемый «абстрактный нормоконтроль». Например, при анализе ст. 13 ГК РФ «ненормативный акт государственного органа или органа местного самоуправления, а в случаях, предусмотренных законом, также нормативный акт, не соответствующие закону или иным правовым актам и нарушающие гражданские права и охраняемые законом интересы гражданина или юридического лица, могут быть признаны судом недействительными». В теории

права и на практике возникали также вопросы: о каких государственных или иных органов в данной норме идет речь? Имеют ли право в соответствии со ст. 71 Конституции РФ «государственные органы» субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления (если да, то какие?) принимать «нормативные» и «ненормативные» правовые акты, регулирующие или устанавливающие гражданские правоотношения? Могут ли суды признавать указанные акты не соответствующими Конституции? Какова природа признания актов «недействительными»? Возможно ли «ненормативные» акты, а также специальные принципы и нормы права, имеющиеся в национальных правовых актах, признавать управомоченными судами не соответствующими основополагающим (общим) и специальным принципам и нормам права, содержащимся в национальных правовых актах, имеющих более высокую юридическую силу, в том числе в Конституции России? С какого дня? Какой суд? Перечень вопросов можно было бы продолжать бесконечно.

В связи с вышеизложенным предлагаю ст. 13 ГК РФ изложить в следующей редакции: «Индивидуальный акт или его часть компетентного федерального государственного органа или государственного органа субъекта Российской Федерации, а также органа местного самоуправления, противоречащий основополагающим (общим) и специальным принципам и нормам права, содержащимся в формах национального и (или) международного права, имеющим более высокую юридическую силу, признается управомоченными судами не соответствующим принципам и нормам права, имеющим более высокую юридическую силу, со дня принятия индивидуального акта или вступления решения суда в законную силу».

Федеральным законом от 8 марта 2015 г. № 23-ФЗ подраздел III «Производство по делам, возникающим из публичных отношений, с 15 сентября 2015 г. признан утратившим силу. Согласно ранее действовавшей ч. 2 ст. 253 ГПК РФ: «Установив, что оспариваемый национальный правовой акт или его часть противоречит федеральному закону либо другому национальному правовому акту, имеющим большую юридическую силу, суд признает национальный правовой акт недействующим полностью или в части со дня его принятия или иного указанного судом времени».

Данная ранее действовавшая норма права, по мнению многих научных и практических работников, позволяла признавать суд

«пассивным законодателем». Этот вывод обычно основывался на спорной позиции Конституционного Суда Российской Федерации, выработанной в Постановлении от 11 апреля 2000 г. № 6-П по делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» в связи с запросом Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации.

При таком подходе Г. А. Гаджиев сделал, полагаю, также дискуссионный вывод: «Можно рассматривать как ошибочное...постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27 апреля 1993 г. № 5, в п. 9 которого разъяснялось, что **в случае удовлетворения заявления судам не следует обязывать орган отменять признанный недействительным правовой акт, поскольку признание такого акта недействительным по мотивам противоречия закону означает, что он не порождает правовых последствий со дня издания, о чем целесообразно указать в резолютивной части решения»**[1] (выделено мною. — *В. Е.*).

На мой взгляд, управомоченный суд в соответствии со ст. 10 Конституции РФ может только признавать специальные принципы или нормы права, содержащиеся в подзаконном национальном правовом акте, не соответствующими основополагающим (общим), а также специальным принципам и (или) нормам права более высокой юридической силы, имеющимся в национальном правовом акте. Отменять же специальные принципы или нормы права, противоречащие основополагающим (общим) либо специальным принципам или нормам права большей юридической силы, вправе лишь правотворческие органы, их принявшие. Компетенция Конституционного Суда Российской Федерации ограничена ст. 125 Конституции России, в соответствии с которой суд не является как «активным», так и «пассивным законодателем». Само понятие «пассивный», т. е. «самостоятельно не исключающий принципы и нормы права», но «законодатель», следовательно, — вырабатывающий, «дающий» новые принципы и (или) нормы права, является по меньшей мере странным, внутренне противоречивым и теоретически неубедительным.

Кроме того, спорным является и предоставление судам права признавать национальный правовой акт «недействительным полностью

[1] *Гаджиев Г. А.* Конституционно-правовые ориентиры при создании системы административных судов в Российской Федерации // Сравнительное конституционное обозрение. 2005. № 3. С. 167.

или в части с...иного указанного судом времени». Подобной практики придерживается и Конституционный Суд России, иногда признавая законы не соответствующими Конституции Российской Федерации не со дня вынесения постановления, а, например, через шесть месяцев. В практике федеральных и мировых судов это может привести к нарушению прав и правовых интересов физических и юридических лиц.

Более того, Г. А. Гаджиев также весьма спорно писал: «Достаточно интересен такой общий принцип судебного нормоконтроля, как **принцип допустимости обратной силы решений суда, констатирующего незаконность нормы, но только для тех лиц, которые выступали инициаторами рассмотрения дела»**[1] (выделено мною. — *В.Е.*). На мой взгляд, в подобных случаях суды в процессе рассмотрения конкретных споров (ad hoc) по заявлению лиц, участвующих в деле, вправе не применять специальные принципы или нормы права, не соответствующие основополагающим (общим) и специальным принципам или нормам права, содержащимся, например, в национальных правовых актах, имеющих более высокую юридическую силу. Следовательно, использовать другой способ защиты нарушенных или оспоренных прав, или правовых интересов физических либо юридических лиц. В связи с изложенными теоретическими и правовыми аргументами предлагаю внести соответствующие изменения и дополнения, например, в ст. 180 КАС РФ.

Дискуссионным представлялось также и первое предложение бывшей ч. 3 ст. 253 ГПК РФ: «Решение суда о признании нормативного правового акта или его части недействующим вступает в законную силу по правилам, предусмотренным статьей 209 настоящего Кодекса, и влечет за собой утрату силы этого нормативного правового акта или его части, а также других нормативных правовых актов, основанных на признанном недействующим нормативном правовом акте или воспроизводящих его содержание».

Предлагаю также дополнить Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации статьей в следующей редакции: «Решение суда о признании национального правового акта или его части не соответствующим основополагающим (общим) и (или) специальным принципам права, а также нормам права, имеющим более высокую юридическую силу, вступает в законную силу по правилам,

[1] *Гаджиев Г.А.* Указ. соч. С. 167.

предусмотренным статьей...влечет за собой его неприменение правоприменительными органами и признание утратившим силу правотворческими органами в течение одного месяца с даты, указанной в судебном решении».

Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации, принятый Федеральном законом от 8 марта 2015 г. № 21-ФЗ, к сожалению, не повысил определенность права, регулирующего данные правоотношения. Так, согласно ч. 3 ст. 15 КАС РФ: «Если при разрешении административного дела суд придет к выводу о несоответствии закона, примененного или подлежащего применению в рассматриваемом административном деле, Конституции Российской Федерации, он обращается в Конституционный Суд Российской Федерации с запросом о проверке конституционности этого закона»[1].

Названные противоречия в различных российских правовых актах не могут не сказываться на современной судебной практике. В связи с этим необходимо продолжать научные исследования о прямом применении Конституции, а также внести соответствующие изменения и дополнения о прямом применении Конституции в национальные кодексы и другие правовые акты.

4.3. Российские правовые договоры

В юридической литературе, как заметили специалисты, недостаточное внимание уделяется проблемам, связанным с российскими «нормативными правовыми договорами». Так, М. Н. Марченко убедительно процитировал: «...Лишь немногие авторы позволяют себе выходить за пределы представлений о договоре как об узкоотраслевом институте. «Юридическая наука в настоящее время изучает в основном «отраслевые» договоры, не имея достаточно четкого представления о том, что есть договор в принципе»[2]. Кроме узкоотраслевых представлений о договоре как институте частного права наряду с ними следует уделять больше внимания разработке проблем, относящимся к договорам в сфере публичного права, а также формированию общей теории договора и договорного права»[3].

---

[1] Российская газета. 2015. 11 марта. № 49.

[2] *Иванов В. В.* Общие вопросы теории договора. М., 2000. С. 10.

[3] *Марченко М. Н.* Общая теория договора: основные положения // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2003. № 6. С. 3.

Практически отсутствуют работы о российских «нормативных правовых договорах» с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, в том числе характеризующиеся разграничением понятий «источники» и «формы» национального и (или) международного права, реализуемого в государстве, а также различными источниками и формами права, в том числе национального права. Вместе с тем современный юридический позитивизм, продолжающий господствовать в России и в XXI в., наоборот, как правило, во-первых, отождествляет понятия «источники» и «формы» права; во-вторых, по существу ограничивает «все» право только нормами права, содержащимися в «законе», «законодательстве», вырабатывающимися органами государственной власти. Все это не могло не сказаться и на дискуссии российских научных и практических работников об источниках и формах российского права, в которой традиционно выделяется «нормативный правовой договор». Данный договор дифференцируется с индивидуальным (частным) договором с позиции разграничения правового и индивидуального регулирования правоотношений. Современная научно обоснованная концепция интегративного правопонимания не ограничивает право только его нормами[1]. Она основывается на том, что право прежде всего выражается в принципах и нормах права, содержащихся в формах национального и (или) международного права, реализуемых в государстве. В связи с этим возникает вопрос о корректности названия данной формы российского права — **«нормативные** (выделено мною. — *В.Е.*) правовые договоры»?

Как справедливо заметили Н.Г. Александров и М.Н. Марченко, на различных этапах развития общественной и государственно-правовой эволюции институту договора и возникающим на его основе договорным отношениям все-таки уделялось внимание[2]. Например, Г. Ф Шершеневич еще в 1907 г. писал: «Договорные отношения увеличиваются не только в количественном отношении. Они чрезвычайно усложняются включением различных побочных

[1] *Ершов В.В.* Правовая природа, функции и классификация принципов национального и международного права // Российское правосудие. 2016. № 3. С. 5–36.

[2] *Александров Н.Г.* К вопросу о роли договора в правовом регулировании общественных отношений // Ученые записки ВИЮН. 1946. Вып. VI; *Марченко М.Н.* Общая теория договора: основные положения // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2003. № 6. С. 4.

условий, так что требуется опытный глаз юриста, чтобы определить основную юридическую природу договора...бытовые условия необыкновенно благоприятствуют развитию новых видов договоров из комбинирования различных юридических элементов»[1]. Ф. Ф. Кокошин в 1912 г. недостаточно убедительно считал обоснованным называть договором лишь акт, определяющий конкретные субъективные права и обязанности сторон, а акт, устанавливающий нормы, следует именовать соглашением[2]. Ф. В. Тарановский в 1923 г. теоретически спорно дифференцировал «нормативные договоры» и «договоры сделки» (индивидуальные (частные) договоры) по трем основаниям: цель, мотивы сторон и последствия договоров. «Договоры-сделки», по его мнению, характеризуются индивидуальностью целей и мотивов его участников, а результатами являются конкретные правоотношения. «Нормативные договоры» — общими целями и мотивами, а в результате «договор нормативного типа создает объективную юридическую норму». «Договор-сделка» — юридический факт, порождающий юридическое отношение. «Нормативный договор» — нормативный факт, «источник позитивации права»[3].

Соглашаясь с необходимостью разграничения «договоров-сделок» с «нормативными договорами», Н. Г. Александров в 1946 г. считал достаточным для этого только «одно указание на то, что один договор служит основанием возникновения конкретного юридического отношения, а другой — основанием возникновения юридической нормы»[4]. Другие критерии, предложенные Ф. В. Тарановским, автор находил излишними: «И при сделочном, и при нормативном договоре стороны в известном, формальном смысле стремятся к одному и тому же, но в то же время каждый к своему особенному, — весьма неопределенно писал Н. Г. Александров, — точно так же и мотивы у сторон нормативного договора лишь формально одни и те же, а по существу могут быть противоположны: каждая из сторон может ощущать потребность в той или иной норме по совершенно разным мотивам»[5].

---

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права. М., 1995 (по изданию 1907 г.). С. 308.

[2] *Кокошин Ф. Ф.* Лекции по государственному праву. СПб., 1919. С. 121, 122.

[3] *Тарановский Ф. В.* Энциклопедия права. Берлин, 1923. С. 152.

[4] *Александров Н. Г.* К вопросу о роли договора в правовом регулировании общественных отношений // Ученые записки ВИЮН. 1946. Вып. VI. С. 71.

[5] Там же.

С. Ф. Кечекьян в том же 1946 г. убежденно, но в самом общем виде писал: «Совершенно несомненно, что договоры в ряде случаев не только создают определенные правоотношения, но и порождают нормы права, то есть **выступают как источник права»**[1] (выделено мною. — *В. Е.*). А. М. Васильев уже в 1970 г. также предлагал отличать «нормативные договоры от договоров, представляющих собой волеизъявление, направленное на установление конкретных правоотношений»[2].

В 1995 г. Ю. А. Тихомиров весьма неопределенно и спорно заметил: «Середина и особенно конец XX в. сопряжены со стремительным расширением сферы договорных отношений. **Договор не только становится основным регулятором экономических отношений, но и приобретает значение универсального регулятора»**[3] (выделено мною. — *В. Е.*).

Я. М. Магазинер в статье, опубликованной в 1998 г., пришел к недостаточному выводу: «Различие между соглашениями и договорами приводит к тому, что договор обязателен только для его участников, поскольку это сделка, а соглашение имеет обязательное значение и для других лиц, в нем не участвующих, так как оно заключает в себе норму, т. е. общее правило»[4].

В 2000 г. В. В. Иванов выделял два типа договоров: «нормативные договоры» и «индивидуальные договоры», «...различие между которыми перекрывается различием между правовыми результатами — правовой нормой и индивидуальным правовым установлением. Отсюда с необходимостью следует, что нормативный юридический договор выступает источником нормативного регулирования, а индивидуальный юридический договор — поднормативного»[5].

В целом соглашаясь с выделением двух «типов» (а скорее — видов) договоров, в то же время хотелось бы высказать и следующие критические замечания.

Первое: поскольку в «нормативных правовых договорах» могут вырабатываться не только нормы права, но также и специальные принципы права, постольку, думаю, теоретически точнее данный вид договоров называть «правовым договором».

---

[1] *Кечекьян С. Ф.* О понятии источника права // Ученые записки МГУ. 1946. Вып. 116. Труды юридического факультета. Кн. вторая. С. 25.

[2] Теория государства и права / Под ред. К. А. Мокичева. М., 1970. С. 467.

[3] *Тихомиров Ю. А.* Публичное право. М., 1995. С. 181.

[4] *Магазинер Я. М.* Общая теория права на основе советского законодательства // Правоведение. 1998. № 3. С. 121.

[5] *Иванов В. В.* Общие вопросы теории договора. М., 2000. С. 59.

Второе: индивидуальный вид договора многие специалисты называют «частным» договором. В связи с этим полагаю, что в наименовании данного вида договора можно применять оба понятия, назвав его «индивидуальный (частный) договор».

Третье: различие между данными видами договоров не ограничивается только «...различием между правовыми результатами — правовой нормой и индивидуальным правовым установлением». Как представляется, «различий» гораздо больше и в дальнейшем в данном параграфе они будут более детально проанализированы.

Четвертое: В. В. Иванов дискуссионно полагал: результатами индивидуальных договоров являются «индивидуальные» **«правовые» «установления»** (выделено мною. — *В.Е.*). В то же время теоретически точнее разграничивать правовое и индивидуальное регулирование правоотношений. Кроме того, возникает вопрос о природе «установлений». С общенаучных позиций регулирование правоотношений более обосновано дифференцировать только на правое и индивидуальное[1].

Российские научные работники в правовых и индивидуальных (частных) договорах выделяют как их «универсальные», так и «особые признаки и черты»[2]. К «универсальным» признакам и чертам договоров, например, В. В. Иванов относит «...а) обособленность волеизъявлений субъектов, б) согласованность волеизъявлений субъектов, в) автономию волеизъявлений субъектов, г) формальное равенство субъектов, д) предполагаемое обязательное исполнение субъектами условий договора»[3].

М. Н. Марченко в числе «универсальных» признаков и черт договоров называет «согласительный характер...; добровольный характер...; эквивалентный, в большинстве своем возмездный характер; обеспеченность в законодательном порядке; взаимно обязательный характер...»[4].

Отдельные названные данными авторами «универсальные» признаки и черты договоров вызывают возражения. Во-первых, — «предполагаемые обязательное исполнение субъектами условий

[1] См.: *Ершов В.В.* Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений как парные категории. С. 8–17; *Он же*. Индивидуальное правовое регулирование? Саморегулирование? С. 5–14.

[2] *Марченко М.Н.* Особенности нормативно-правового договора как источника права // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2004. № 2. С. 6.

[3] *Иванов В.В.* Указ. соч. С. 125.

[4] *Марченко М.Н.* Указ. соч.

договора». Как представляется, данный признак договора относится не к «универсальным», а скорее к особым признакам индивидуального (частного) договора. Кроме того, заключенный договор не «предполагается», а должен быть исполнен. Во-вторых, «эквивалентный, в большинстве своем возмездный характер» — также не «универсальный» признак договоров, а особый признак индивидуальных (частных) договоров. В-третьих, вызывает сомнение отнесение к «универсальным» признакам договоров «взаимно обязательного характера». Думаю, и данный признак более обоснованно относить к особым признакам индивидуальных (частных) договоров.

М. Н. Марченко выделял целый ряд особых признаков «нормативных правовых договоров». Во-первых, правовые договоры «...содержат в себе правовые нормы — правила общего и обязательного характера»[1]. Во-вторых, «нормативный правовой договор» может содержать в себе не только нормы, но и принципы права»[2]. В целом поддерживая данный вывод, вызывает определенное сомнение следующий недостаточно понятный пример автора: «...сочетание их в том или ином договоре может быть самым различным. Например, **в трудовом договоре, где содержатся не только общие, исходные положения, но...закрепляются и обязанности сторон, нормы права органически сочетаются с принципами права**»[3] (выделено мною. — *В. Е.*). С моей точки зрения, во-первых, специальные (отраслевые) принципы права могут вырабатываться лишь в правовых договорах, а не в индивидуальных (частных) договорах. Во-вторых, специальные (отраслевые) принципы права — самостоятельные и первичные правовые регуляторы правоотношений, содержащиеся только в формах национального и (или) международного права.[4] В-третьих, «нормативный правовой договор» является не «актом применения», а соглашением, в результате которого заключается правотворческий «правовой договор», **именуемый в специальной литературе «согласительным правотворчеством»**[5] (выделено мною. — *В. Е.*). Исходя из теоретической и практической необходимости разграничения

[1] *Марченко М. Н.* Указ. соч.

[2] Там же. С. 7.

[3] Там же.

[4] См.: *Ершов В. В.* Правовая природа, функции и классификация принципов национального и международного права. С. 5–36.

[5] *Марченко М. Н.* Указ. соч.

понятий «источники права» и «формы права»[1], правовой договор, полагаю, теоретически точнее относить к самостоятельной форме российского права. Источником национального правового договора является добровольное и свободное волеизъявление, согласие его управомоченных сторон, а не индивидуальное волеизъявление правотворческого органа на принятие правовых актов. В-четвертых, М. Н. Марченко, с одной стороны, справедливо писал: «Отличительной особенностью нормативно-правовых договоров **является их преимущественно публичный характер»** (выделено мною. — *В. Е.*). С другой стороны, следует заметить, имеется множество правовых договоров, не имеющих публичного характера. Например, коллективные договоры, преимущественно содержащие нормы права, гарантирующие дополнительные права, правовые интересы и обязанности только работников и работодателя данной организации.

С. Г. Ерёмин, наряду с обоснованными «значимыми» признаками «нормативных договоров», например — длительного действия, добровольностью заключения, согласованного волеизъявления и др., называл, как представляется, и спорные «значимые» признаки «нормативных договоров», в частности, — «направленность на регулирование публичных (общественных) интересов» и «комплексный» характер «нормативных договоров»[2]. В связи с этим необходимо подчеркнуть: во-первых, объектом правового регулирования являются правоотношения, а не «публичные (общественные) интересы». Во-вторых, далеко не всегда «значимыми» признаками правовых договоров является их «комплексный характер».

А. Д. Корецкий, критикуя дифференциацию договоров на нормативные и индивидуальные, высказал три аргумента. Первый: по его мнению, разграничение в действительности проводится по субъективному составу — в нормативных договорах он публичный, а в индивидуальных — частный[3]. Второй: свои нормативные качества договор приобретает в результате последующей ратификации, договор

[1] См., например: Источники и формы права. Основополагающие (общие) принципы права // Глава 11 к учебному пособию «Теория государства и права»; под ред. В. Н. Корнева. М., 2013. С. 246–260.

[2] *Еремин С. Г.* Некоторые теоретические и практические аспекты содержания и функционального значения нормативного правового договора как источника права // Российская юстиция. 2013. № 1. С. 51.

[3] *Корецкий А. Д.* Теоретико-правовые основы учения о договоре. СПб., 2001. С. 106.

как бы становится частью закона[1]. Третий: «с точки зрения самих государств, заключивших нормативный правовой договор, последний безусловно является сделкой» и «не является высшей догмой или законом»[2].

Вместе с тем аргументы, приведенные данным автором, на мой взгляд, являются теоретически спорными и не подтвержденными реальной практикой. Во-первых, в «нормативных» договорах могут быть не только публичные субъекты, а в индивидуальных договорах — частные субъекты. Во-вторых, существует множество «нормативных правовых договоров», не требующих «последующей» ратификации. В-третьих, правотворческие или исполнительные органы государственной власти, заключившие «нормативный правовой договор», вырабатывают в нем общеобязательные специальные (отраслевые) принципы и нормы права, а не права и обязанности, обязательные для выполнения только его сторонами, т. е не «сделку».

В специальной национальной литературе не выработано «устоявшегося», «общепризнанного» понятия «нормативного правового договора». Так, М. Н. Марченко, цитируя В. В. Иванова, писал «...Под договором «в самом широком смысле» в одном случае понимается «**совместный** правовой акт, оформляющий выражение обособленных согласованных автономных волеизъявлений двух или нескольких формально равных субъектов права, устанавливающий условия, исполнение которых предполагается обязательным»[3] (выделено мною. — *В. Е.*). По мнению Ю. А. Тихомирова, договор — обычное соглашение сторон, «выражающее их волю к установлению, изменению и прекращению их прав и обязанностей, к совершению либо воздержанию от совершения юридических действий»[4]. С точки зрения А. Д. Корецкого, договор — «объективные свободосогласованные, юридически значимые, дозволяемые и охраняемые законодательством намерения нескольких лиц совершить в отношении друг друга юридические либо фактические действия в целях реализации своих интересов»[5].

---

[1] Там же. С. 44.

[2] *Корецкий А. Д.* Указ. соч.

[3] *Иванов В. В.* Указ. соч. С. 34.

[4] *Тихомиров Ю. А.* Указ. соч. С. 182.

[5] *Корецкий А. Д.* Договор в механизме правового регулирования: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Ростов-н/Д., 1999. С. 16.

Некоторые авторы использовали такие понятия, как «договор нормативного содержания»[1] или «договор с нормативным содержанием»[2]. Многие исследователи называли «нормативные договоры» «соглашениями», не относя их к нормативным правовым актам. Например, А. Ф. Черданцев[3] и М. Ф. Казанцев[4] рассматривали «нормативный договор», как «договор, содержащий нормы права». С. С. Алексеев[5], В. Л. Кулапов и И. Н. Сенякин[6], А. А. Мясин[7] — «соглашение, содержащее нормы права». Ю. А. Горшенева — «соглашение, включающее в себя общеобязательные нормы»[8]. Д. И. Здунова называла «договором, содержащим нормы права»[9]. О. В. Шопина — «актом, — содержащим правовые нормы»[10]. Е. А. Толкачев — «правовым актом самостоятельного вида»[11], В. М. Сырых считал, что «нормативный договор отличается от нормативно-правового акта по органам и способам его принятия»[12]. М. Е. Некрасова, напротив, утверждала: если «нормативные договоры — это соглашения и у них два и более субъекта, то их нельзя относить к нормативным правовым актам»[13]. Эту позицию разделяла и Ю. Ю. Кулакова[14]. М. А. Нечитайло отграничивал «нормативные договоры» от «норма-

---

[1] Общая теория права / Под ред. А. С. Пиголкина. С. 167.

[2] Теория государства и права / Под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малькова. М., 1997. С. 333.

[3] *Черданцев А. Ф.* Теория государства и права. М., 2000. С. 188.

[4] *Казанцев М. Ф.* Договорное регулирование: цивилистическая концепция. Екатеринбург, 2005. С. 74.

[5] *Алексеев С. С.* Государство и право. Начальный курс. М., 1994. С. 84, 85.

[6] Теория государства и права / Под ред. В. Л. Кулапова и И. Н. Сенякина. Саратов, 1999. С. 54.

[7] *Мясин А. А.* Нормативный договор как источник права: Дисс. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1999. С. 48.

[8] *Горшенёва Ю. А.* Нормативный договор как источник права: Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 8, 48.

[9] *Здунова Д. И.* Юридическая сила правовых актов: Дисс. ... канд. юрид. наук. Казань, 2005. С. 54.

[10] *Шопина О. В.* Система правовых актов современной России: проблемы теории: Дисс. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2002. С. 81–83, 148–149.

[11] *Толкачев Е. А.* Нормативный договор в российской правовой системе: Дисс. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2006. С. 8.

[12] *Сырых В. М.* Теория государства и права. М., 2002. С. 109.

[13] *Некрасова М. Е.* Договоры как теоретическо-правовая категория: Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 154.

[14] *Кулакова Ю. Ю.* Нормативный договор в системе форм российского права: Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 60.

тивных правовых актов по форме правотворческого волеизъявления: первые совместные, вторые — односторонние[1]. Д. И. Здунова уточняла: «Отличительной особенностью нормативного договора... является то, что он устанавливается не властным решением, а соглашением правотворческих субъектов»[2].

В. Иванов в работе «Нормативный конституционно-правовой договор: теория и практика. К критике современной теории государства», изданной в 2008 году, категорично утверждал: «Нет ни одного серьезного аргумента в пользу невключения нормативных договоров в число нормативных правовых актов»[3]. В подтверждение своего вывода ссылался на точку зрения некоторых ученых-теоретиков, например: «нормативный договор, как и нормативно-правовой акт, получает свое оформление в виде акта — «документа»[4]. Н. Г. Александров к договорам относил и совместные нормативные административные акты: приказы, инструкции, представляющие собой волеизъявления двух и более административных органов[5]. Однако ссылки В. Иванова в данном случае на А. И Денисова и С. С Алексеева представляются несостоятельными. Во-первых, правовой «документ» — это действительно родовое понятие носителей обязательной правовой информации. Во-вторых, отнесение Н. Г. Александровым совместных нормативных административных актов к договорам представляется дискуссионным, поскольку источниками данных документов были не соглашения сторон договоров, а воля нескольких административных органов, принявших данные акты.

С. С. Алексеев объявлял «нормативные договоры» специфической разновидностью совместных «нормативных актов» (совместных юридических фактов). «Нормативные договоры, — писал он, — это совместные акты — документы, выражающие в своем нормативном содержании взаимное изъявление воли правотворческих органов,

---

[1] *Нечитайло М. А.* Нормативный договор как источник права: Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 37.

[2] *Здунова Д. И.* Юридическая сила правовых актов: Дисс. ... канд. юрид. наук. Казань, 2005. С. 64.

[3] *Иванов В.* Нормативный конституционно-правовой договор: теория и практика. К критике современной теории государства. М., 2008. С. 48.

[4] Теория государства и права / Под ред. А. И. Денисова. М., 1980. С. 260.

[5] *Александров Н. Г.* К вопросу о роли договора в правовом регулировании общественных отношений // Ученые записки ВИЮН. 1946. Вып. VI. С. 67.

встречное принятие на себя каждым из них юридических обязанностей»[1]. В дальнейшем он скорректировал свою позицию, назвав «нормативные договоры» специфической разновидностью нормативных актов[2]. Весьма характерно направление изменения позиции С. С. Алексеева в 1999 г.: **«По своим основным юридическим особенностям, —** отмечал он, — (только! выделено мною. — *В. Е.*) нормативный договор относится к нормативным юридическим актам»[3]. Действительно, правовые акты и правовые договоры имеют «универсальные» (общие) признаки. В то же время убежден: правовые акты и правовые договоры необходимо разграничивать по отличающим их специальным признакам.

В отличии от признанных классиков теории права, оставляющих у читателей какие-то сомнения и допускающих иные возможные варианты ответов в своих выводах, их развивающих, В. В. Иванов был более категоричен и не оставлял другим исследователям права на какие-либо возражения. Так, В. В. Иванов пришел к безоговорочному выводу: «...**правильнее будет сказать,** что нормативный договор, нормативный правовой акт, — это обособленные волеизъявления двух или более управомоченных субъектов правотворчества, совершенные совместно в соответствующей необходимой форме, направленные на регулирование поведения этих и (или) иных субъектов, устанавливающие на основе согласия правовые нормы или нормативные интерпретации норм»[4] (выделено мною. — *В. Е.*).

При таком подходе представляется диссонансом знаменитое изречение Г. Мэйна, процитированное самим В. В Ивановым в другой, более ранней его работе «Общие вопросы теории договора», изданной в 2000 году: «Движение современных обществ до сих пор было движением **от статута к договору**»[5] (выделено мною. — *В. Е.*). Характерным является и комментарий к этой цитате самого В. В. Иванова, сделанный им в 2000 г.: «Определенно он имел в виду, что **прогрессивное развитие права заключается в неуклонном расширении сферы**

[1] *Алексеев С. С.* Проблемы теории права. Т. 2. С. 54.

[2] *Алексеев С. С.* Теория государства и права. С. 70.

[3] *Алексеев С. С.* Право: азбука, теория, философия. Опыт комплексного исследования. С. 78.

[4] *Иванов В.* Указ. соч. С. 53.

[5] Цит. по: *Мозолин В. П., Фарнсворт Е. А.* Договорное право США и СССР. М., 1988. С. 32.

договорных отношений, в основе которых лежат принципы согласия и свободы. Именно принципы, поскольку считалось и считается, что без согласия и свободы договора нет и быть не может»[1] (выделено мною. — *В. Е.*). В этой связи знаменитое изречение Г. Мэйна возможно уточнить и продолжить: «Движение современных обществ до сих пор было движением от статута к...» международным договорам и национальным правовым договорам.

Однако, во-первых, «нормативные правовые акты» (точнее — правовые акты) и «нормативные правовые договоры» (считаю, теоретически корректнее — правовые договоры) имеют как «универсальные» (общие), так и специальные признаки. Во-вторых, в правовом акте и правовом договоре могут содержаться не только нормы права, но и специальные принципы права. Поэтому определения понятий «нормативный правовой акт» и «нормативный правовой договор», выработанные с позиции юридического позитивизма, являются теоретически дискуссионными и недостаточными. Более точным является дифференциация понятий «правовой акт» и «правовой договор». В-третьих, из понятия, выработанного В. В. Ивановым, не следует, являются ли (и если да, то почему?) правовые акты и правовые договоры единой формой российского права, а не различными формами российского права, имеющими не только свои «универсальные» (общие), но и различные специальные признаки?

Не «снимают» данные вопросы и мнение Т. А. Парфеновой, полагающей, что «...распространение теории нормативного акта на нормативный договор позволит преодолеть множество коллизий, связанных со вступлением его в силу, с опубликованием, с формальной определенностью и юридической техникой нормативного договора, позволит разрешить вопрос о юридической силе договоров, определит порядок рассмотрения споров, связанных с неисполнением таких договоров»[2]. Автор теоретически недостаточно убедительно приводила и другой аргумент: «...нормативный договор наконец перестанет занимать периферийное положение в юридической науке»[3].

---

[1] *Иванов В.* Общие вопросы теории договора. М., 2000. С. 22.

[2] *Парфёнчикова Т. А.* Нормативный договор как источник российского права: история и современность: Дисс. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2005. С. 73.

[3] Там же.

М. Н. Марченко считал: «В терминологическом и содержательном планах «нормативно-правовой договор» традиционно рассматривается как синоним «нормативного», «правового» и иногда — «публичного» договора»[1]. Однако дискуссионно рассматривать понятие «нормативно-правовой договор» как синоним «нормативного», «правового» и «публичного». Думаю, понятие «нормативный правовой договор» выработано на основе юридического позитивизма, в соответствии с которым «все» право преимущественно выражается в нормах права, содержащихся в «законодательстве». Отсюда же, полагаю, возникло и понятие «нормативное правопонимание...»[2].

В то же время с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания право в целом выражается в основополагающих (общих) и специальных (отраслевых) принципах права, а также нормах права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве. В свою очередь, национальное право объективируется в формах права, одной из которых и являются российские правовые договоры, характеризующиеся такими специальными признаками, как согласованность, добровольность, свобода изъявления и т. д.

Многочисленные теоретические и практические проблемы российских правовых договоров возможно «снять» в дальнейшем в специальных научных работах, которые, полагаю, необходимо выполнять с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания. Для будущих исследователей теоретических и практических проблем российских правовых договоров предлагаю их следующее «рабочее» понятие: российские правовые договоры — это самостоятельная форма национального права, содержащая специальные (отраслевые) принципы и нормы права, регулирующие правоотношения, имеющие как универсальные (общие) признаки с иными формами российского права, так и специальные признаки, характерные только для них, например, согласованность, добровольность, свобода изъявления и т. д.

---

[1] Общая теория государства и права / Отв. ред. М. Н. Марченко. Т. 2. Право. С. 351.

[2] *Байтин М. И.* Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). Изд. 2-е, доп. М., 2005. С. 178, 179.

4.4. Обычаи российского права

Известные памятники русского права — Псковская судная грамота, Новгородская судная грамота и Русская правда в основном содержали обычаи национального права. Вместе с тем по мере становления Российского государства обычное право начинает постепенно вытесняться национальными правовыми актами, принятыми органами государственной власти. Характерным примером является Судебник 1550 г. В Своде законов Российской империи было записано: «Империя Российская управляется на твердых основаниях положительных законов, от Самодержавной власти исходящих»[1]. В связи с этим Г. Ф. Шершеневич, анализируя русское дореволюционное «законодательство», заметил, что оно **«всегда неблагосклонно относилось к обычаю, вследствие близкой связи последнего с идеей местной автономии, и постоянно стремилось выставлять на первый план указы, уставы и т. п. законодательные источники»**[2] (выделено мною. — *В. Е.*).

В советский период специалисты в области права, думаю, по тем же причинам, как правило, не признавали обычаи права в качестве самостоятельной формы национального права, полагая, что они характерны только для капиталистического строя. Так, Б. К. Бегичев и А. Д. Зайкин полагали, что правовые обычаи как источники права имеют ограниченное применение в промышленно развитых капиталистических странах, например, в регулировании ученичества, премирования и праздничных дней в Англии[3]. Характерными являются, например, названия разделов в работе С. Л. Зивса, одна из глав которой называется «Закат обычного права», а ее параграф 1 — «Вытеснение обычного права из юридической деятельности Советского Союза»[4].

Вместе с тем ст. 8 и 72 Земельного кодекса РСФСР 1922 г. предусматривали возможность применения обычая права в процессе регулирования земельных, семейных и иных отношений среди крестьян.

---

[1] Свод законов Российской империи. Т. 1. Ч. 1. Ст. 47, цит. по: *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 37.

[2] *Шершеневич Г. Ф.* Курс торгового права. С. 79.

[3] Советское трудовое право / Под ред. Б. К. Бегичева, А. Д. Зайкина. М., 1985. С. 513.

[4] *Зивс С. Л.* Источники права. М., 1981. С. 153.

Не отрицался и сам факт существования обычаев права. В этой связи весьма показательным представляется определение права, выработанное А.Я. Вышинским и длительное время считавшееся классическим: «Право — совокупность правил поведения, установленных государственной властью как властью господствующего в обществе класса, а **также обычаев и правил общежития, санкционированных государственной властью и осуществляемых в принудительном порядке при помощи государственного аппарата в целях охраны, закрепления и развития общественных отношений и порядков, выгодных и угодных господствующему классу»**[1] (выделено мною. — *В.Е.*). В российских федеральных законах применялись термины «торговые обычаи» (п. 3 ст. 28 Закона РФ от 7 июля 1993 г. «О международном коммерческом арбитраже»), «торговые и портовые обычаи» (ст. 15 Закона РФ от 7 июля 1993 г. «О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации»), «местные обычаи» (ст. 221 ГК РФ), «национальные обычаи» (п. 2 ст. 58 СК РФ).

В этой связи весьма характерным представляется также и развитие российского гражданского права. Так, в части первой Гражданского кодекса Российской Федерации, принятой Федеральным законом от 30 ноября 1994 г. № 52-ФЗ, содержалась ст. 5, которая называлась «Обычаи делового оборота». В юридической литературе она справедливо критиковалась, так как «обычаи делового оборота» являются лишь одним из видов обычаев российского права[2]. Было не совсем ясно, почему законодатель допускает лишь один из видов обычаев российского гражданского права и не предусматривает другие его виды? Федеральным законом от 30 декабря 2012 г. № 302-ФЗ «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» слова «делового оборота» были теоретически обоснованно из кодекса исключены.

Интересно и то, что Е.Б. Хохлов предлагал признать обычаи права в качестве формы трудового права. Так, в подготовленном им проекте рабочего варианта Трудового кодекса Российской Федерации имелась ст. 9 «Правовой обычай в сфере труда». Обычаи трудового права достаточно широко применяются в Великобритании, в частности, они регулируют трудовые правоотношения, связанные

[1] *Вышинский А.Я.* Вопросы теории государства и права. М., 1949. С. 4.

[2] См., например: *Ершова Е.А.* Международные обычаи, содержащие нормы трудового права // Российское правосудие. 2008. № 1. С. 46–56; *Ершова Е.А.* Обычаи, содержащие нормы российского трудового права // Трудовое право. 2008. № 3. С. 23–29.

с ученичеством, классификацией работников, режимом рабочего времени, сверхурочных работ. Во Франции в некоторых случаях закон отсылает к обычаю (например, в случаях установления срока предупреждения об увольнении). Применяется обычай в случаях пробелов в национальных правовых актах (например, определение срока при приеме на работу). В Италии обычаи в трудовом праве применяются в случаях, предусмотренных законом. В Испании обычаи в трудовом праве признаются формой трудового права. В национальных правовых актах, содержащих специальные (отраслевые) принципы и нормы трудового права, имеются ссылки на обычаи трудового права, определяющие время и место выплаты заработной платы и срок предупреждения об увольнении по инициативе работника. В Португалии обычаи трудового права могут применяться в случае, если они не противоречат законам, коллективным договорам и добрым нравам, а также при условии, что иное не предусмотрено соглашением сторон. В Дании обычаи трудового права применяются, если они ясны и недвусмысленны и действуют длительное время. В Швеции обычаи трудового права применяются в случаях, предусмотренных законами, и в соответствии со сложившейся многолетней практикой, например, при установлении срока предупреждения об увольнении.

В то же время Устав о промышленном труде, Кодекс законов о труде 1918 г., Кодекс законов о труде 1922 г., Основы законодательства о труде СССР и союзных республик 1970 г., Кодекс законов о труде 1971 г., а также действующий в настоящее время Трудовой кодекс Российской Федерации не содержали и не содержат ссылок на обычаи трудового права. В этой связи О. А. Вострецова пришла к спорному выводу о том, что «...в трудовом законодательстве нашей страны отсутствует традиция признания обычая в качестве источника трудового права, что связано с достаточно подробным государственным и договорным регулированием трудовых отношений, которое практически не оставляет места для возникновения обычных норм, а также различиями в условиях труда в разных отраслях»[1].

Вряд ли можно признать государственное и договорное регулирование правоотношений «достаточно подробным». Полагаю,

[1] *Вострецова О. А.* Конвенции и Рекомендации Международной Организации Труда как источники трудового права: Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 63.

наоборот, по субъективным и объективным причинам государственное и договорное регулирование правоотношений не является (и теоретически не может являться) «достаточно подробным». Во-первых, в результате ошибок управомоченных правотворческих органов и лиц в национальных правовых актах, содержащих специальные (отраслевые) принципы и нормы права, всегда имеются пробелы. Во-вторых, пробелы в праве в целом могут возникать также вследствие развития правоотношений.

В основе отрицания в России обычного права как одной из форм национального права находился и находится юридический позитивизм, сведение «всего» права прежде всего только к нормам права, содержащимся в «законодательстве», а точнее — в национальных правовых актах, принятых органами государственной власти. В связи с изложенными теоретическими аргументами представляется более обоснованным вывод В. А. Крыжан: «...обычаи в трудовом праве России реально существуют и эффективно функционируют»[1]. Е. А. Шаповал в числе иных источников (точнее — форм) трудового права также выделяла обычай[2]. А. С. Коновалова справедливо заметила: «Большинство современных исследователей обычного права все чаще высказываются и достаточно убедительно обосновывают тезис о том, что господствующее долгое время отношение к обычному праву, как к «пережитку прошлого», архаической форме права, свойственной обществу лишь при ранних ступенях его правовой эволюции, является «весьма приблизительным», «несостоятельным»[3].

Юристы, историки, антропологи, этнологи и другие специалисты применяют к обычаям права самые различные понятия — «архаичное право», «древнее право», «живое право», «неофициальное право», «раннее право», «племенное право», «первобытное право», «доправо», «предправо», «народное право», «примитивное право», «негосударственное право», «традиционное право», «фольклорное право», «местное право», «неписаное право», «туземное право» и др.

---

[1] *Крыжан В. А.* Правовой обычай и судебная практика как источники трудового права (на фоне интеграции отраслей российского права и интеграции Российской Федерации в мировое сообщество государств): Дисс. ... канд. юрид. наук. Пермь, 2006. С. 82.

[2] *Шаповал Е. А.* Источники российского трудового права: Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 62.

[3] *Коновалова А. С.* Обычное право в Российской правовой жизни: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 33.

Рассматривая обычаи российского права как одну из форм национального права, считаю возможным ввести в научный оборот и, например, в Трудовой кодекс Российской Федерации статью «Обычаи российского трудового права». Более предпочтительным является название данного параграфа «Обычаи, содержащие специальные (отраслевые) принципы и нормы российского трудового права», так как, например, ст. 5 Трудового кодекса РФ называется «Трудовое законодательство и иные **акты, содержащие нормы трудового права»** (выделено мною. — *В.Е.*). Вместе с тем с позиции общей теории права считаю теоретически обоснованным параграф 4.4 монографии назвать «Обычаи российского права».

Исследовав проблемы обычного права, А.С. Коновалова выделила четыре концепции обычного права: автономную, позитивистскую, естественно-правовую и социологическую[1]. Автономная концепция, подчеркивала автор, сводится к признанию обычного права в качестве самодостаточного правового явления и была разработана представителями исторической школы права (Г. Гуго, К. Савиньи, Г. Пухта). Однако, рассматривая обычаи права с научно обоснованной концепции интегративного правопонимания в качестве только одной из объективно существующих форм национального и (или) международного права, такую точку зрения поддержать трудно. Естественно-правовая концепция обычного права, представителями которой являлись Эпикур, Ф. Аквинский и др., основывалась на критериях, определяющих справедливый или несправедливый характер обычаев права, не разграничивала правовых и иных социальных регуляторов правоотношений, т.е. права и неправа.

Суть позитивистской концепции обычного права, как известно, состоит в признании (или не признании) его государством. Позитивистская концепция обычного права, господствовавшая в России как в общей теории права, так и в отраслевом праве ранее и продолжает доминировать в настоящее время. Например, В.А. Туманов писал: «...История права свидетельствует о том, что обычаи становились правовыми лишь тогда и постольку, когда и поскольку они санкционировались государственной властью, путем судебной практики или с помощью иных государственных форм»[2]. Вместе

[1] *Коновалова А.С.* Указ. соч. С. 15.

[2] *Туманов В.А.* Вступительная статья // Карбонье Ж. Юридическая социология. Благовещенск, 1998. С. 17.

с тем, исходя из научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, не ограничивающей «все» право только «законодательством», а точнее — национальными правовыми актами, принятыми органами государственной власти, такая точка зрения представляется весьма спорной.

А. Н. Филиппов еще в начале XX в. с позиции социологической концепции права писал: «...Обычное право следует понимать, как совокупность юридических норм, **созданных независимо от предписаний законодательной власти»** (выделено мною. — *В. Е.*)[1]. Данную точку зрения весьма убедительно дополнил Г. И. Муромцев: обычай «...считается правовым как в силу санкции государства, так и вследствие признания его своим известной этнической общностью, племенем, кастой и т. д.)»[2]. Социологическая концепция права (Е. Эрлих, Л. Дюги, Г. Гурвич и др.) выделяла и разграничивала несколько видов права — общественное, право юристов и право государства. Так, Г. В. Мальцев, основываясь на социологической концепции обычного права, пришел к аргументированному выводу: «...обычное право это не переходная форма, а фундаментальное явление, проходящее через всю правовую историю»[3]. Взвешенную точку зрения о социологической концепции обычного права выработала А. С. Коновалова: «...Социологическая концепция обычного права наиболее интегративна, — писала она, — данная концепция учитывает все основные критерии остальных концепций: автономный характер обычного права не в отношении народа (историческая школа), а в отношении правовой системы...; справедливый, волевой и рациональный... (естественно-правовая концепция); обычное право корпораций на основе высшего приоритета, придающего единство системы (позитивистская концепция)»[4].

Вместе с тем теоретически наиболее убедительной представляется концепция обычного права, основанная на научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, синтезирующая в себе прежде всего социологический и позитивистский типы правопонимания.

---

[1] *Филиппов А. Н.* Учебник по русскому праву. М., 1914. С. 19.

[2] *Муромцев Г. И.* Источники права в развивающихся странах Азии и Африки. М., 1989. С. 22.

[3] *Мальцев Г. В.* Очерки теории обычая и обычного права // В кн.: Обычное право в России: проблемы теории, истории и практики. Ростов-н/Д., 1999. С. 51.

[4] *Коновалова А. С.* Указ. соч. С. 44.

Необходимо подчеркнуть: «обычное» право с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания основывается не на разделении общественного (социального) права и права государственного как взаимоисключающих различных видов права, а на объединении в единой системе права общественного (социального) обычного права и «государственного» права, поддерживающегося как органами государственной власти и местного самоуправления, так и (или) различными социальными группами, юридическими лицами, объединениями юридических лиц, наднациональными и международными органами и организациями и т. д. А главное — обычное право — это не «доправо» или «предправо», а самостоятельная форма современного национального права, объективно существующая прежде всего в связи с тем, что «государственное» право традиционно не «успевает» за развитием правоотношений, требующих их адекватного и своевременного правового регулирования.

В то же время большинство специалистов, например, в области трудового права с позиции юридического позитивизма традиционно рассматривает обычаи трудового права как правила поведения, санкционированные государством. Например, В. А. Крыжан писал: «Трудоправовой обычай — это правило поведения, сложившееся и широко применяемое в области трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношений, не предусмотренное нормативными правовыми актами, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо юридическом документе, обладающее четко определенным содержанием, **санкционированное государством в качестве правового** (выделено мною. — *В. Е.*). Данный обычай является ограниченной частью массива трудовых норм, отвечающий современным требованиям, в наибольшей степени способной к быстрым изменениям, и в то же время обеспечивающий стабильность правоприменительной деятельности в периоды глобального обновления трудового законодательства»[1].

Л. Зрейк теоретически дискуссионно и весьма неопределенно рассматривал обычай права в качестве вида нормативного акта: «Это нормативный акт, — неубедительно полагал он, — который создается «людьми», или «народом»[2]. Вместе с тем с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания,

[1] *Крыжан В.* А. Указ. соч. С. 63.
[2] *Зрейк Л.* Указ. соч. С. 93.

во-первых, национальные правовые акты «создаются» не «людьми» или «народом», а принимаются управомоченными правотворческими органами и (или) лицами. Во-вторых, — обычаи национального права являются самостоятельной формой единой, развивающейся и многоуровневой системы форм национального и (или) международного права.

В то же время обычаи права (custom) возникли и реализовались до появления государства, регулировали правоотношения между физическими лицами на протяжении всей истории человечества. В современный период объективно существуют, в частности, обычаи права в организациях, объединениях юридических лиц, определенных социально-культурных группах, поддерживаемые как государством, так и юридическими лицами, определёнными социальными группами физических лиц, объединениями юридических лиц, международными и национальными органами и организациями и т. д. В связи с этим представляется весьма характерным определение обычного права, выработанное римскими юристами: нормы обычного права — это «**право, утвержденное применением**»[1] (выделено мною. — *В.Е.*).

С учетом вышеизложенных доводов, полагаю, что с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания обычаи российского права возможно рассматривать в качестве самостоятельной формы национального права, содержащей специальные принципы и нормы права, вырабатывающиеся прежде всего в результате действий, например, национальных органов, организаций, юридических лиц, различных объединений физических и юридических лиц, поддерживаемые названными управомоченными правотворческими органами, лицами и т. д. Обычаи российского права существуют объективно и утверждаются как государством, так и в процессах правореализации, в том числе судебного правоприменения.

В частности, в соответствии с ч. 1 ст. 10 ЖК РФ «Жилищные права и обязанности возникают из оснований, предусмотренных настоящим Кодексом, другими федеральными законами, иными правовыми актами, **а также из действий участников жилищных отношений, которые хотя и не предусмотрены такими актами, но в силу общих начал и смысла жилищного законодательства порождают жилищные права и обязанности**» (выделено мною. — *В.Е.*). В связи с этим предлагаю по межотраслевой

[1] Словарь терминов / Под ред. А. А. Новикова. М., 1989. С. 12.

аналогии закона дополнить, например, Трудовой кодекс Российской Федерации соответствующей статьей в следующей редакции: «Трудовые права и обязанности возникают из оснований, предусмотренных основополагающими (общими) и специальными (отраслевыми) принципами, а также нормами права, содержащимися в формах национального и (или) международного трудового права, реализуемыми в России. В том числе из специальных (отраслевых) принципов и норм права, выработанных в обычаях национального и (или) международного трудового права, реализуемых в России».

А. С. Коновалова, анализируя обычное право, как одну из форм права, и исследуя признаки права в обычном праве, заметила: «Нормы обычного права представляют собой преемственно сложившиеся, конкретизированные требования, регламентирующие поведение субъектов обычного права в их взаимоотношениях, которые... 1) признаются обязательными...; 2) имеют общий характер...; 3) носят...определенный характер...; 4) отличаются устойчивостью...»[1]. В то же время хотелось бы уточнить: «специальные (отраслевые) принципы» — и далее по тексту этой цитаты.

В юридической литературе выделяются две стадии возникновения обычаев права. Так, В. А. Крыжан писал: «...следует выделять две стадии: 1) формирование обыкновения (протоправила); 2) возникновение у него юридической обязанности (opinio juris). Временной отрезок, в течение которого формируется, например, трудовой обычай, может быть различным: от нескольких лет, до нескольких дней...»[2]. Аналогичную точку зрения разделял и Л. Зрейк[3]. Также принято разграничивать обычай и обыкновение. Обычай — как право, обязательное для участников правоотношений, а обыкновение — как неправовое явление, правило, не являющееся общеобязательным, не поддерживаемое государством, юридическими и физическими лицами[4], своеобразное «доправо». В связи с этим теоретически более обоснованно выделять такую стадию формирования обычаев российского права, как выработка субъектами правоотношений специальных (отраслевых) принципов и норм права, содержащихся в обычаях российского права.

---

[1] *Коновалова А. С.* Указ. соч. С. 63, 64.

[2] *Крыжан В. А.* Указ. соч. С. 84.

[3] *Зрейк Л.* Указ. соч. С. 93.

[4] *Зыкин И. С.* Обычай в советской правовой доктрине // Советское государство и право. 1982. № 3. С. 127.

Традиционно в специальной литературе делается акцент на применении обычаев права только судом[1]. Вместе с тем специальные (отраслевые) принципы и нормы права, содержащиеся в обычаях российского права, могут применяться также и другими органами государственной власти. Например, А. И. Ковлер обоснованно писал: «...Обычаи предусматривают материал, над которым работают законодатели, и определяют границы его власти. Если законодатель небрежно относится к нему, он принуждает его уважать себя, если он пытается дать ему новое назначение, он отказывается служить; если он применяет силу, он, разрушаясь в его руках, убивает его самого. **В руках законодателя не верховная, а лишь законодательная власть»**[2] (выделено мною. — *В. Е.*).

В теории права и на практике возник и другой важнейший вопрос: суд создает (формирует) обычаи, содержащие специальные (отраслевые) принципы и нормы права, или только их применяет? В соответствии с теорией разделения властей и ст. 10, 15, 18, 94–109, 120, 125–127 Конституции Российской Федерации суд не может и не должен быть правотворческим органом, силой, «творящей» право, в том числе в форме обычаев национального права. Отсюда обычаи российского права, содержащие специальные (отраслевые) принципы и нормы права, могут вырабатываться в процессах взаимодействия разнообразных субъектов правоотношений. Впоследствии они только применяются, например, судом. В связи с изложенными теоретическими и правовыми аргументами не представляется возможным также присоединиться к выводу В. А. Крыжан о том, что «...Пленум Верховного Суда РФ имеет право на нормотворчество, но через санкционирование правового обычая... Применительно к современному российскому трудовому праву можно отчетливо проследить не только одобрение (санкционирование) судами от имени государства обычно-правовых норм, но и фактическое создание ими самими еще одного блока новых правил»[3].

Вместе с тем «Обычно-правовая норма, — как справедливо полагал В. А. Крыжан, — есть реакция на образовавшийся пробел

[1] *Зрейк Л.* Указ. соч. С. 93.

[2] *Ковлер А. И.* Обычай и законы. Исследования по юридической антропологии. М., 2001. С. 36.

[3] *Крыжан* В. А. Указ. соч. С. 47, 173.

в трудоправовых нормативных актах»[1]. Более того, обычаи национального и международного права — это своеобразная «реакция» участников фактических правоотношений на образовавшийся пробел также и в иных формах национального и (или) международного права. При таком подходе можно предложить следующую общую иерархию принципов и норм права, содержащихся в формах российского права: 1) основополагающие (общие) принципы национального права; 2) специальные (отраслевые) принципы и нормы права, содержащиеся в национальных правовых актах; 3) специальные (отраслевые) принципы и нормы права, содержащиеся в национальных правовых договорах; 4) специальные (отраслевые) принципы и нормы права, содержащиеся в обычаях российского права. Исходя из, например, различных видов национальных правовых актов и национальных правовых договоров иерархия принципов и норм права может быть не общей, а специальной, т. е. иной.

Отсюда, во-первых, специальные (отраслевые) принципы и нормы права, содержащиеся в обычаях российского права, могут применяться лишь при условии пробелов в иных формах как международного, так и российского права. Во-вторых, при наличии специальных (отраслевых) принципов и норм права в различных формах российского права, в том числе в обычаях российского права, применяются специальные (отраслевые) принципы и нормы права, содержащиеся в иных формах российского права, имеющих более высокую юридическую силу. В связи с этим хотелось бы присоединиться к выводу А. С. Коноваловой: «Традиционным является противопоставление между обычном правом и законодательством. Данное противопоставление...не способствует, а напротив препятствует становлению оптимальной правовой...системы Российского государства»[2].

Обычаи, содержащие специальные (отраслевые) принципы и нормы национального права, являются объективно необходимыми и реально существующими правовыми регуляторами правоотношений в России. Полагаю, теоретически обоснованным и подтвержденным реальной правоприменительной практикой следующий вывод: право, в частности, в России с объективной неизбежностью развивалось и продолжает развиваться по следующим виткам исторической

[1] Там же. С. 80.
[2] *Коновалова А. С.* Указ. соч. С. 39, 40.

спирали: 1) догосударственному, 2) автономно-государственному, 3) интегративному.

Первый виток исторической спирали выражался в развитии права, например, в формах региональных (племенных и т. д.) обычаев, а впоследствии — межрегиональных обычаев, содержащих общие и (или) специальные принципы и нормы права; разнообразных национальных правовых договоров, в которых также вырабатывались общие и (или) специальные принципы, а также нормы права; основополагающих (общих) принципов права разнообразных объединений, например, физических лиц.

Второй — в формах обычаев внутригосударственного права, национальных правовых договорах, национальных правовых актах, содержащих специальные принципы и нормы права; основополагающих (общих) принципах внутригосударственного права.

Третий — характеризуется выработкой основополагающих (общих) и (или) специальных принципов, а также норм права, содержащихся в единой, многоуровневой и развивающейся системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве. В том числе — в формах обычаев национального права.

В настоящее время Россия, как и многие другие государства, находится на переходном этапе от автономно-государственного к интегративному витку исторической спирали развития права.

ГЛАВА 5

Специальные актуальные проблемы международного права

5.1. Международная правоспособность индивида

Размышляя о современной концепции «международной» правоспособности индивида, Г. В. Игнатенко и М. А. Лихачев справедливо заметили: «И сегодня широко распространены взгляды, не признающие энергично пробивающую место под солнцем концепцию международной правоспособности индивида»[1]. Например, С. В. Черниченко излишне категорично утверждал: **«...Индивиды ни при каких условиях не являются и не могут быть субъектами международного права»**[2] (выделено мною. — *В. Е.*). В своих дальнейших работах автор сохранил свою прежнюю точку зрения: «Он (индивид) **объективно не способен быть участником межгосударственных (международных) отношений... он не обладает и не может обладать ни одним элементом международной правосубъектности**»[3] (выделено мною. — *В. Е.*).

Удивляет, что подобные безоговорочные суждения С. В. Черниченко — признанный специалист в сфере международного права в России — «подкреплял» выводами, преимущественно основанными на научно дискуссионном виде концепции интегративного правопонимания, и прежним «историческим опытом», уже не соответствующим современным правоотношениям. В то же время еще дореволюционные учёные справедливо отмечали ограниченность только исторически обусловленных позиций. Например, Ф. Ф. Мартенс убедительно писал: «...Наука международного права и ее развитие тесно связаны с международной жизнью, с теми реальными отношениями, которые существуют в различные эпохи между государствами»[4].

---

[1] *Игнатенко Г. В., Лихачев М. А.* Размышления о современной концепции международной правосубъектности индивида // Правоведение. 2010. № 4. С. 200.

[2] *Черниченко С. В.* Личность и международное право. М., 1974. С. 149.

[3] *Черниченко С. В.* Теория международного права. М., 1999. Т. 1. С. 116.

[4] *Мартенс Ф. Ф.* Современное международное право цивилизованных народов. СПб., 1882–1883; *Кожевников Ф. И.* Русское государство и международное право (до XX века). М., 2008. С. 80.

Однако соответствующий «исторический опыт» изучения проблем «международной» правосубъектности индивида в СССР действительно имелся. Например, в первом послевоенном советском учебнике международного права непосредственными субъектами международного права назывались только государства, а в отношении утверждения о правосубъектности отдельных физических лиц подчёркивалось: оно **«расходится с международной действительностью»**[1] (выделено мною. — *В.Е.*). В том же 1947 г. Ф.И. Кожевников подчёркивал: «...Одной из самых важных особенностей международного права является то обстоятельство, что носителем прав и обязанностей международной жизни, т.е. субъектами права, выступает преимущественно государство как юридическая личность... **Эта доктрина является неизбежным результатом закономерного исторического процесса развития человечества...»**[2] (выделено мною. — *В.Е.*). Д.Б. Левин также писал, что круг субъектов в каждой системе права меняется в ходе исторического развития, с изменениями в предмете и методе правового регулирования. **В разные исторические эпохи данная система права может иметь неодинаковый круг субъектов права»**[3] (выделено мною. — *В.Е.*).

Как представляется, такой дискуссионный «исторический» подход прежде всего был связан с широко распространенным и традиционным мнением научных и практических работников о положениях и выводах международного права, существенно отличающихся от общетеоретических. В этой связи, полагаю, методологически важным является существенно отличающийся подход Г.В. Игнатенко и М.А. Лихачева: «...международно-правовая наука представляет собой лишь одну, пусть специфическую, из отраслей современной юриспруденции, для которой **общая теория права играет роль методологического ориентира, разрабатывающего основы понятийно-категориального аппарата, используемого в том числе теорией международного права»**[4] (выделено мною. — *В.Е.*).

При таком общетеоретическом подходе необходимо заметить: в общей теории права традиционно под субъектом права понимается

---

[1] Международное право / Под ред. В.Н. Дурденевского, С.Б. Крылова. М., 1947. С. 109.

[2] *Кожевников Ф.И.* Учебное пособие по международному публичному праву (очерки) М., 1947. С. 47, 48.

[3] *Левин Д.Б.* Актуальные проблемы теории международного права. М., 1974. С. 30, 31.

[4] *Игнатенко Г.В., Лихачев М.А.* Указ. соч. С. 201.

носитель субъективных прав и обязанностей, участник правоотношения, содержательной стороной которого являются права и обязанности»[1]. В то же время И. И. Лукашук и С. В. Черниченко полагали, что путь к обеспечению прав человека лежит «не через признание его международной правоспособности»[2], «не в отстаивании теории международной правоспособности индивидов»[3], а «через **гармонизацию международного и внутригосударственного права»**[4] (выделено мною. — *В. Е.*). Более того, по не подтвержденному какими-либо доводами мнению Е. Т. Усенко, между фундаментальными категориями национального и международного права **«нет или почти нет ничего общего»**[5] (выделено мною. — *В. Е.*). В качестве «аргумента» Е. Т. Усенко предложил дискуссионный тезис о «неприложимости самого понятия права...к международному праву», полагая, что общая теория права под правом понимает «государственную волю господствующего класса», а международное право — «согласованные воли государств»[6].

В то же время, во-первых, обеспечение прав человека, в том числе «через признание его международной правоспособности» — самостоятельная тема научных исследований, имеющая огромное практическое значение, а не опосредовано «через иные научные проблемы». Во-вторых, понятие «гармонизация» международного и внутригосударственного права, о которой традиционно пишут многие специалисты в области международного права, представляется, по меньшей мере, неопределенным и дискуссионным.

В-третьих, Е. Т. Усенко в своих выводах основывался на традиционно позитивистском понимании материалистической теории права. В. М. Сырых убедительно писал: «Общеизвестно, что в основе материалистического правопонимания лежит принцип обусловленности права экономическими отношениями, однако для его правильного понимания и применения, как свидетельствует печальный

---

[1] См., например: Общая теория государства и права / Отв. ред. М. Н. Марченко. С. 413–415.

[2] *Лукашук И. И.* Субъекты права международных договоров // Государство и право. 2004. № 11. С. 56.

[3] *Черниченко С. В.* Еще раз о международной правосубъектности индивидов // Московский журнал международного права. 2005. № 4. С. 26.

[4] *Игнатенко Г. В. Лихачев М. А.* Указ. соч. С. 200.

[5] *Усенко Е. Т.* Соотношение категорий международного и национального (внутригосударственного) права // Советское государство и право. 1983. № 10. С. 51.

[6] Там же. С. 46.

опыт советских ученых-юристов, необходима системная и адекватная духу марксизма интерпретация. Одна из причин стойкого сохранения советскими, а ныне и российскими правоведами верности позитивистской аранжировки марксова учения о праве состояла и состоит в том, что процесс освоения этого учения ограничивался парой-другой цитат, позволяющей придать видимость согласованности позитивизма с марксизмом. В то же время положения работ «Немецкая идеология», «Экономические рукописи 1857–1859 годов», «Юридический социализм», «Людвиг Фейербах и конец немецкой классической философии», «Анти-Дюринг», содержащие, бесспорно, материалистическую трактовку права и его обусловленности экономическими отношениями, упорно игнорировались»[1].

В соответствии с научно обоснованной концепцией интегративного правопонимания, необходимо разграничивать источники и формы национального и международного права. Источники национального и международного права — это его начала, то из чего оно возникает, происходит и т. д. Формы национального и международного права — его внутреннее и внешнее выражение[2]. На мой взгляд, цель деятельности научных и практических работников может состоять в анализе теоретически обоснованного вида концепции интегративного правопонимания, в соответствии с которой права и правовые интересы всех субъектов правоотношений, в том числе права индивидов, будут эффективно защищены как национальным, так и международным правом. Право в парадигме научно обоснованного вида концепции интегративного правопонимания выражается в его принципах и нормах, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм не только национального, но также и международного права, реализуемых в государстве.

Анализируя категорию «субъект международного права», например, Д. Б. Левин выделял следующие его признаки: «1) участие в международных правоотношениях, 2) наличие у участника международных правоотношений автономной воли, 3) наличие у него собственных международных прав и обязанностей»[3]. Однако сторонники подхода, отрицающие за индивидом качество международ-

[1] *Сырых В. М.* Материалистическая теория права: Избранное. М.: РАП, 2011. С. 458.

[2] *Ершов В. В.* Основополагающие общетеоретические и гражданско-правовые принципы права: Монография. М.: РАП, 2010. С. 26.

[3] *Левин Д. Б.* Актуальные проблемы теории международного права. М., 1974. С. 39.

ной правоспособности, даже наличие выделенных Д. Б. Левиным признаков международной правоспособности индивида, подчёркивали их недостаточность для признания индивида субъектом международного права.

Так, Л. А. Моджорян писала: «Субъект международного права должен **обладать волей не только разумной, но и суверенной** (выделено мною. — *В. Е.*), то есть не зависимой от воли других субъектов международного права»[1]. В то же время даже государства и иные признанные субъекты международного права обладают не абсолютным, а относительным суверенитетом. Вместе с тем более традиционным, но так или иначе связанным с предыдущим, требованием к субъекту международного права признается наличие договорной правоспособности, понимаемой как возможность участия в международном правотворческом процессе. Например, И. И. Лукашук считал, что «право заключать международные договоры практически является наиболее надежной предпосылкой для вывода о наличии международной правоспособности»[2]. Аналогичные взгляды разделяли и другие советские, а также российские специалисты международного права. Так, С. А. Малинин писал: «К особенностям субъекта международного права относится возможность создания норм международного права и обеспечения их выполнения»[3]. Данные точки зрения многие научные и практические работники, специализирующиеся в международном праве, разделяют и в XXI веке. Например, П. Н. Бирюков убеждён, что субъект должен обладать способностью участвовать в разработке и принятии международных норм права[4].

Хотелось бы привести другой пример. Так, С. А. Гуреев в 2012 г. выделил общие свойства субъектов международного права: «Они не находятся под чьей-либо юрисдикцией и являются независимыми от других субъектов международного права; обладают комплексом прав и обязанностей, установленных для них международным правом, и несут в необходимых случаях международно-правовую

---

[1] *Моджорян Л. А.* Основные права и обязанности государств. М., 1965. С. 10.

[2] *Лукашук И. И.* Стороны в международном договоре. М., 1966. С. 135; *Лукашук И. И.* Международное право. Общая часть. М., 2005. С. 23.

[3] *Малинин С. А.* О правосубъектности международных организаций // Вестник ЛГУ. 1965. Вып. 3. № 17. С. 106.

[4] *Бирюков П. Н.* Международное право. С. 98.

ответственность; обладают способностью к самостоятельным международным действиям, в том числе устанавливать дипломатические или сходные с ними отношения, а также создавать нормы права путём участия в работе международных конференций и международных организаций»[1].

Удивляет, что сторонники данных точек зрения, как правило, не приводят не только достаточных, но и каких-либо теоретических или правовых аргументов. Как представляется, в основе таких выводов прежде всего находится дуализм (Г. Трипель, Д. Анцилотти и др.), в соответствии с которым международное и внутригосударственное право призваны регулировать различные группы правоотношений. Международное право –отношения между государствами, а внутригосударственное право — отношения с участием физических и юридических лиц. Причем внутригосударственное право с позиции юридического позитивизма прежде всего ограничивается нормами права, установленными в «законодательстве». При таком типе правопонимания всегда остаётся открытым вопрос о том, как должны защищаться права и правовые интересы физических и юридических лиц, если они нарушены самим сувереном, устанавливающим данные нормы права, содержащиеся в «законодательстве»? Например, в многочисленных случаях придания нормам права, содержащимся в кодексах, обратной силы?

Ярким подтверждением проявления концепции дуализма в международном праве является позиция Н. А. Ушакова, который, с одной стороны, субъектами международного права признавал «...стороны, лица, наделённые юридическими правами и обязанностями в общественных отношениях, урегулированных международным правом»[2]. В то же время, с другой стороны, он же отказывался признавать международную правоспособность личности в связи с тем, что «...индивиды и юридические лица всегда подчинены внутригосударственному правопорядку и выступают носителями субъективных юридических прав и обязанностей исключительно в силу норм внутригосударственного права»[3].

---

[1] *Гуреев С. А.* Субъекты международного права // Московский журнал международного права. 2012. № 1. С. 29.

[2] *Ушаков Н. А.* Проблемы теории международного права. М., 1981. С. 105–113.

[3] Курс международного права. В 7 т. Т. 1. Понятие, предмет и система международного права / Отв. ред. Р. А. Мюллерсон, Г. И. Тункин. М., 1989. С. 163.

В. М. Шуршалов не признавал за личностью качество международно-правового субъекта, ссылаясь в том числе на то, что «индивиды, находясь под властью государства, не выступают на международной арене от своего имени...те нормы международного права, которые направлены на охрану основных прав и свобод человека, главным образом реализуются через посредство государства»[1]. Однако многие международные договоры, действующие в настоящее время, предоставляют индивиду самостоятельно и от своего имени защищать свои права и правовые интересы.

Характерно: еще в 1949 г. Международный суд ООН в одном из своих консультативных заключений пришел, думаю, к теоретически обоснованному выводу: **«Субъекты права...не являются идентичными, поскольку речь идет об их природе или объеме их прав»**[2] (выделено мною. — *В.Е.*).

Учитывая постоянные попытки многочисленных научных и практических работников вырабатывать дополнительные условия, ограничивающие международную правоспособность индивида, с позиции общей теории права представляется не только теоретически убедительным, но и практически необходимым следующий вывод Г. В. Игнатенко и М. А. Лихачёва: «Предъявление к субъекту международного права дополнительных условий, выходящих за рамки общетеоретического представления, чрезмерно не только потому, что противоречит пониманию международного права как социального явления, развивающегося в общем русле эволюции правовой материи как необходимой части глобального правового комплекса (точнее — единой, развивающейся и многоуровневой системы форм национального и (или) международного права — *В.Е.*). Подобный подход...не соответствует восприятию международной правосубъектности как качественной характеристики, присущей каждому субъекту международного права, неделимой и универсальной»[3].

Далее Г. В. Игнатенко и М. А. Лихачёв, в частности, аргументированно подчеркнули: «Право заключать международные договоры **не условие, а проявление международной правоспособности,** пусть и весьма специфическое в свете общетеоретической модели, и свойственное далеко не всем субъектам международного права»[4] (выделено мною. — *В.Е.*).

---

[1] *Шуршалов В.М.* Международные правоотношения. М., 1971. С. 77.
[2] CJ/ Reports, 1949 p. 179.
[3] *Игнатенко Г.В., Лихачёв М.А.* Указ. соч. С. 204.
[4] Там же.

Действительно, с одной стороны, например, согласно ст. 20 Трудового кодекса РФ работники являются «сторонами трудовых правоотношений», обладают соответствующей национальной правоспособностью. С другой стороны, в соответствии со ст. 40 того же Кодекса, коллективные договоры, являющиеся разновидностью внутригосударственных правовых договоров, заключают представители от их имени.

Проанализированные теоретические и правовые аргументы, как представляется, позволяют присоединиться к итоговому выводу данных авторов: «...есть все основания для того, чтобы распространить на международное право понимание субъекта права, принятое в общей теории права, т. е. идентифицировать понятие «субъект международного права» с юридической возможностью участия в правоотношениях, регулируемых международно-правовыми нормами, и обладания необходимыми для этого правилами и обязанностями... **необходимо освободить понимание субъекта международного права от чрезмерных условий, выраженных в требовании особого, независимого международно-правового статуса и способности к равноправному участию в создании норм и к независимому, свободному от чьей-либо юрисдикции их осуществлению»**[1] (выделено мною. — *В. Е.*).

А. И. Ковлер, критикуя противников международной правосубъектности индивида, высказал точку зрения, состоящую в том, что теории, согласно которым «права человека относились пока ещё исключительно к внутренней юрисдикции государств и подлежали регулированию внутренним законодательством в соответствии с обязательствами, взятыми на себя по международному соглашению», отражают «уровень правопонимания, на котором застряли некоторые современные международники»[2]. Л. Н. Галенская, включая физических лиц в перечень тех, кто «вступают в международные отношения», полагала: к ним применимы «правовые нормы публичные и частные»[3].

В. Л. Толстой также пришёл к весьма неопределенному и теоретически не аргументированному выводу о том, что «...индивиды обладают ограниченной международной правоспособностью в соответствии с нормами международного права, предоставляющими им

---

[1] *Игнатенко Г. В., Лихачёв М. А.* Указ. соч. С. 204.

[2] *Ковлер А. И.* Антропология права. М., 2002. С. 377.

[3] *Галенская Л. Н.* Категория принципов как правовых регуляторов международных отношений // Международное право: вчера, сегодня, завтра. К 100-летию со дня рождения профессора Р. Л. Боброва: Тезисы докладов. СПб., 2010. С. 6, 7.

locus standi в некоторых международных судах по правам человека и устанавливающим их ответственность за совершение преступлений»[1]. В то же время с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, в соответствии с которой право прежде всего выражается в принципах и нормах права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве, права и правовые интересы индивида могут быть защищены не только «в некоторых международных судах».

Многие зарубежные юристы в 20–30 гг. XX в. также не поддерживали точку зрения о многообразии участников международных отношений[2]. Например, М. Сиотто Пинтора в лекциях на тему: «Субъекты международного права помимо государства» пришла к традиционному выводу: в отличие от внутреннего права международное право не имеет чётко определенных параметров правоспособности как физических, так и юридических лиц, помимо государства[3]». В свою очередь, болгарский ученый М. Геновский, как и многие другие специалисты, с определенными оговорками заметил: физическое лицо реализует определенные права в «известных случаях», делает это и прямо в качестве субъекта международно-правовых отношений «без опосредования государства, гражданином которого он является»[4].

Д. Анцилотти в ещё большей степени ограничивал международную правоспособность индивида: «Разумеется, международный спор может иметь своим предметом интересы индивидов или групп индивидов... Но такого рода интересы приобретают значение в сфере международного правопорядка не иначе, как в виде обязанностей и взаимных претензий государств; именно таков смысл этих правовых положений»[5]. Председатель Европейского Суда по правам человека (в отставке) Л. Вельдхабер справедливо возражал: «Где бы ни обсуждалась Конвенция, мы не переставали подчеркивать, что инди-

[1] *Толстой В.Л.* Курс международного права: Учебник. М., 2010. С. 337.

[2] См., например: *Ковлер А.И.* Международная правосубъектность индивида: продолжение дискуссии // Международное право XXI века. К 80-летию И.И. Лукашука. Киев, 2006. С. 23.

[3] *Siotto Pintor M.* Les sujets de droit international autres que les Etats / Academic de La Haye. Recueil des court, t 41 (1932).

[4] *Геновски М.* Основи на международното право. София, 1974. С. 123, 124.

[5] *Анцилотти Д.* Курс международного права. М., 1961. С. 134, 135.

вид находился в центре системы,... **признание Конвенцией индивида как субъекта международного права произвело настоящий переворот...предоставляемая индивиду международная защита его прав не должна ослабевать»**[1] (выделено мною. — *В.Е.*).

Вместе с тем дискуссионные выводы Д. Ацилотти в той или иной мере продолжают находить своё отражение в специальной литературе. Так, Э. Х. де Аречага спорно заметил: «Реальным доказательством международной правоспособности индивида явилось бы предоставление ему не только определённых прав и привилегий, **но и средств для обеспечения их принудительного осуществления и соблюдения, а также возможностей защиты этих прав от своего собственного имени, без посредничества государства**»[2] (выделено мною. — *В.Е.*). Однако индивид не имеет «средств для обеспечения определенных прав и привилегий, а также возможностей защиты этих прав от своего собственного имени, без посредничества государства» также в доказательство и своей внутригосударственной правоспособности.

Наиболее распространенным правовым аргументом с позиции дуализма при отрицании «международной» правосубъектности индивида используется вывод о том, что «правовое положение определяется внутригосударственным, а не международным правом»[3]; «физические лица и внутригосударственные организации...не являются субъектами международного права...они находятся под исключительной юрисдикцией государств, внутренним законодательством определяется их статус на международной арене»[4].

Однако с позиций умеренного монизма и научно обоснованной концепции интегративного правопонимания в XXI в. представляется теоретически возможным, а практически необходимым, по существу, иной вывод: правовое положение индивида, а также правовой статус физических и юридических лиц определяются прежде всего принципами и нормами права, содержащимися в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемыми в государстве, т. е. правом в целом.

---

[1] Цит. по: *Ковлер А.И.* Проблемы международного права в решениях Европейского Суда по правам человека (международная правоспособность и иммунитет государств) // Российский ежегодник международного права. 2003. С. 301.

[2] *Аречага де Э.Х.* Современное международное право. М., 1983. С. 259, 260.

[3] См., например: *Тункин Г.И.* Основы современного международного права: Учебн. пособие. М., 1956. С. 19.

[4] Словарь международного права / Отв. ред. Б. М. Клименко. М., 1986. С. 389.

Многие международные договоры направлены на установление прав и свобод человека, защищаемых им самостоятельно и от своего имени; прямо адресованы индивиду, предоставляя ему соответствующие права и возлагая на них определенные обязанности. Например, п. 1 ст. 29 Всеобщей декларации прав человека 1948 г. правовой статус физического лица по международному праву прямо связывает с обязанностями перед обществом. Ст. 6 данной Декларации подчёркивает: **«Каждый человек, где бы он не находился, имеет право на признание его правоспособности»** (выделено мною. — *В.Е.*). Аналогичная норма содержится в п. 1 ст. 16 Международного пакта о гражданских и политических правах. Решением Международного Суда ООН от 27 июня 2001 г. подтверждено: «Международный договор регулирует не только отношения между государствами, но и непосредственно устанавливает определенные права физических лиц[1].

Хотелось бы также привести несколько российских правовых аргументов в пользу «международной» правоспособности индивида. Так, в соответствии с ч. 1 ст. 17 Конституции России «**в Российской Федерации признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права»** (выделено мною. — *В.Е.*). Данная конституционная норма права конкретизирована ч. 3 ст. 5 ФЗ «О международных договорах Российской Федерации», в соответствии с которой «положения официально опубликованных международных договоров Российской Федерации, не требующие издания внутригосударственных актов для применения, **действуют в Российской Федерации непосредственно (т. е. являются самоисполнимыми международными правовыми договорами)** (выделено мною. — *В.Е.*). Для осуществления иных положений международных договоров Российской Федерации принимаются соответствующие правовые акты».

В соответствии с умеренным монизмом (А. Фердросс) и согласно ч. 4 ст. 15 Конституции России международное и внутригосударственное право находится в единой системе права. Причем с частичным приоритетом международного права в форме международных договоров над внутригосударственным правом в виде законов. «Если международным договором Российской Федерации установлены

[1] *Верещатин В.С.* Некоторые аспекты соотношения международного и национального права в практике Международного Суда ООН // Российский юридический журнал. 2002. № 3. С. 24–26.

иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора» (ч. 4 ст. 15 Конституции России»).

В судебной практике имеются многочисленные примеры признания физических лиц ответственными, например, по международному уголовному праву. Среди таких дел прежде всего возможно выделить судебные акты, состоявшиеся в результате проведения Нюрнбергского и Токийского процессов; уголовные дела по обвинению прокурора против Катанги (7 марта 2014 г.), Толимира (30 января 2015 г.), Поповича и др. (8 апреля 2015 г.), Аль-Махди (27 сентября 2016 г.), а также реальную практику Международного Уголовного Трибунала по бывшей Югославии (МУТБЮ).

Например, МУТБЮ в деле Tadic выработал ряд новых правил, связанных с обычаями международного права. Во-первых, МУТБЮ не основывал свои выводы на практике государств и, во-вторых, не подкреплял их opinio jurir. Так, МУТБЮ придал высокую юридическую значимость Римскому статуту ещё до вступления его в силу в связи с тем, что он был одобрен «большим количеством государств и может рассматриваться в качестве выражения правовой позиции, т. е. opinio jurir»[1]. В решении по делу Furundzija МУТБЮ значительно расширил состав изнасилования, квалифицировав насильственное оральное проникновение как изнасилование, а не сексуальное насилие. При этом Трибунал не сослался на какую-либо аналогичную практику государств[2].

Проанализированные международные и российские правовые аргументы, а также как обоснованная, так и спорная практика наднациональных судов в пользу специальной «международной правоспособности индивида» подтверждаются также и теоретическими аргументами с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, в соответствии с которой право выражается прежде всего в принципах и нормах, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве.

Необходимо подчеркнуть: научно обоснованная концепция интегративного правопонимания, основанная на умеренном монизме, предусматривает объединение внутригосударственного

[1] Prosecutor v. Dusco Tadic, IT-94–1 (Judgment of July 1999). Para 223. (AC).
[2] Prosecutor v. Forundzija. IT-95-17/1, 10.12.1998. Para. 178–184.

и международного права в единой системе права. При таком теоретическом подходе с целью действительной защиты прав и правовых интересов индивида, полагаю, необходимо не дифференцировать «международную» и «внутригосударственную» правоспособность индивида, а единую (общую) правоспособность индивида разграничивать на её специальные виды — международную и внутригосударственную правоспособность индивида, основанные на соответствующем специальном правовом регулировании.

Подводя итог краткого анализа видов специальной правоспособности индивида, приведу знаменательную фразу из хрестоматии «Действующее международное право»: «...с Нюрберга и с дела Тадича мы знаем, что люди имеют уголовно-правовые обязательства в соответствии с законодательством вооруженных конфликтов...**люди теперь рассматриваются как имеющие не только уголовно-правовые обязательства, но и права в соответствии с международным правом. Если мы не хотим, чтобы развитие международного права не вошло в состояние стагнации, нам, возможно, следует признать прогрессивную идею о том, что частные лица имеют в дополнение к правам и обязанностям уголовного права, определенные международные гражданско-правовые обязательства. Это будет способствовать созданию международного сообщества, которое должным образом признает роль индивида в международном праве**[1] (выделено мною. — *В.Е.*).

5.2. Обычаи международного права

К сожалению, в специальной литературе обычаи международного права не нашли своего должного места в процессе анализа различных форм международного права. В то же время, например, Г.И. Тункин писал: «Проблема обычных норм международного права является одной из самых важных и вместе с тем одной из самых сложных теоретических проблем международного права»[2]. В свою очередь Судья Международного Суда ООН в отставке Ф.И. Кожевников подчеркивал: «Несмотря на неопределённость, шаткость, условленность и относительность обычая, было бы неправильно, однако, недооценивать или, тем более, игнорировать его значение как источника права (теоретически точнее — формы права, — *В.Е.*), следу-

[1] Хрестоматия. Действующее международное право. Бишкек, 2012. С. 133.
[2] *Тункин Г.И.* Теория международного права. М., 1970. С. 130.

ет отметить, что целый ряд институтов в области международного права покоится исключительно на обычае...»[1].

С одной стороны, справедливо считается, что обычай является одним из древнейших национальных социальных «регуляторов» правоотношений[2]. Древнеримские Законы 12 таблиц основывались на обычаях права. Обычаи права также содержались во французских Кутюмах, Варварской Правде, Саксонском Зерцале и т. д.

«Обычное право, — справедливо заметили А. Н. Вылегжанин и Р. А. Каламкарян, — появилось раньше государства», и появление государства вначале «слабо отразилось на действии обычно-правовых систем, они, как и раньше, продолжали делать своё дело»[3]. Затем возникающие государства активнее начали заниматься правовым и индивидуальным судебным регулированием правоотношений, вытесняя обычные нормы права. В результате, приходят к убедительному заключению авторы: **«...государству удаётся оттеснить на периферию (но не вытеснить) обычно-правовые системы»**[4] (выделено мною. — *В. Е.*).

По поводу «оттеснения на периферию», но «не вытеснения государством» А. С. Коновалова теоретически убедительно подчеркнула: «...Содержание и форма правовой жизни современного общества гораздо богаче той картины, которая устоялась в...юридической науке. Это касается и понимания природы и действительной роли обычного права... Обычное право воспринимается сегодня не как атавизм из прошлого, а как неотъемлемый компонент естественного правового развития общества...**концепция правового государства...должна базироваться не только на принципе верховенства закона и общепризнанных норм международного права, но и на принципе легитимных источников права, среди которых одно из центральных мест отведено обычному праву»**[5] (выделено мною. — *В. Е.*).

Вывод, сделанный А. С. Коноваловой, основан и на ст. 38 Статута Международного суда ООН, принятого 26 июня 1945 г., в которой

---

[1] *Кожевников Ф. И.* Учебное пособие по международному публичному праву. Выпуск I. История и понятие международного права. М., 1954. С. 32.

[2] См., например: *Зрейк Л.* Место правового обычая в системе источников трудового права России и Израиля // Трудовое право. 2007. № 5. С. 92.

[3] *Вылегжанин А. Н., Каламкарян Р. А.* Значение международного обычая в современном международном праве // Моск. журнал международного права. 2012. № 2. С. 7.

[4] *Вылегжанин А. Н., Каламкарян Р. А.* Указ. соч. С. 7.

[5] *Коновалова А. С.* Обычное право в российской правовой жизни: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 3, 4, 11.

установлено: «международный обычай...доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы». Весьма характерна также и преамбула Венской конвенции о праве международных договоров, принятая 23 мая 1969 г.: **«...нормы международного права будут по-прежнему регулировать вопросы, которые не нашли решения в положениях настоящей Конвенции»** (выделено мною. — *В. Е.*). В этой связи хотелось бы частично разделить вывод Д. Г. Самхарадзе: «Необходимый уровень международно-правового регулирования может быть обеспечен лишь при условии взаимодействия договора и обычая»[1].

Многие ученые в качестве наиболее характерного критерия существования обычного права называют повторяемость известного поведения. Вместе с тем, думаю, более обоснованной является точка зрения Д. Г. Самхарадзе: «В современном международном праве существуют два вида обычных норм. Первый — это традиционный вид обычных норм, которые представляют собой сложившееся в практике неписанное правило, за которыми субъекты признают юридическую силу. Второй — это новый вид обычных норм, которые также являются неписанными правилами, за которыми признается юридическая сила. Но создаются они не длительной практикой, а путем признания нескольких или даже одного предшествующего акта. Такие нормы первоначально формируются либо в международных договорах, либо в таких неправовых актах, как резолюции международных совещаний и международных организаций, а в дальнейшем за ними признаётся статус норм общего международного права...»[2]. Такая позиция подтверждается также и практикой Международного суда ООН. Например, в решении Суда по делу о континентальном шельфе Северного моря в 1969 г. записано: **«Короткий период времени не является обязательно или сам по себе препятствием для образования новой нормы международного обычного права»**[3] (выделено мною. — *В. Е.*).

В специальной литературе и на практике принято различать обычаи международного права и обыкновение. Обычаи международного права, на мой взгляд, содержат специальные (отраслевые) принципы и нормы международного права, объективно существующие

[1] *Самхарадзе Д. Г.* Взаимодействие источников современного международного трудового права: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 3.

[2] Там же.

[3] North sea continental shelf // ICS: Reports, The Haque, 1969. P. 43.

независимо от воли лиц, их реализующих, обеспеченные международно-правовым принуждением и регулирующие правоотношения между субъектами международного права. Международные обыкновения, в отличие от обычаев международного права, не имеют обязательной юридической силы и поэтому не могут регулировать правоотношения между субъектами международного права.

В общей теории права отдельные научные работники разграничивают понятия «источники права» и «формы права»[1]. При таком теоретическом подходе под «источниками права» понимается его начало, то, из чего оно происходит. «Формой права» признается его внутреннее и внешнее выражение[2]. В этой связи одним из источников международного права признаются действия управомоченных субъектов международного права по защите прав и правовых интересов субъектов международных правоотношений, как единообразное и неоднократное повторение, обеспеченное принуждением, в том числе управомоченных специализированных международных учреждений, организаций. Например, как справедливо замечал Д. Г. Самхарадзе, «практика государств подразумевает как принятие определенных действий, так и наоборот, воздержание от таковых. Конечно, гораздо легче установить существование обычной нормы в случае позитивных действий государств. Однако нет оснований отвергать возможность создания обычной нормы путем воздержания от действий. Не только позитивные действия государств, но и воздержание от действий могут привести к созданию обычной нормы международного права»[3].

При этом необходимо подчеркнуть: на разных этапах становления международного права соотношение практики и opinion juris — признания за правилами, сложившимися в практике, юридической силы было различным. Например, А. С. Смбатян убедительно писал: «На этапе развития международного права значение практики в определённой степени перевешивало значимость opinion juris. Однако по мере усложнения международного взаимодействия, стремительного развития международного права и его распространения на сферы,

---

[1] *Ершов В. В.* Источники и формы национального и международного права, реализуемого в России // Российское правосудие. 2017. № 7. С. 5–16.

[2] *Ершов В. В.* О формах международного права, реализуемых в России // Вестник Томского государственного университета. 2018. № 427. С. 195–200.

[3] *Самархадзе Д. Г.* Указ. соч. С. 22.

ранее им не охваченные, на фоне усиления противоречий между государствами, обострения экономической конкуренции и целого ряда других факторов, установление практики как составного элемента формирования международного обычая стало затруднительно»[1].

В частности, например, Международный суд ООН в решении Nicaragua, по существу, отказался от устоявшихся критериев определения обычной нормы международного права в смысле ее подтверждения практикой государств, подкреплённой opinion juris, подчеркнув: «В качестве opinion juris необходимо рассматривать резолюции Генеральной Ассамблеи ООН»[2]. Международный суд ООН не принял во внимание, что практика некоторых государств существенно отличалась от данных резолюций.

В качестве другого примера можно привести и консультативное заключение Международного суда ООН «Legality of the threat of nuclear weapons», в котором была проанализирована как практика государств, так и резолюции Генеральной Ассамблеи ООН в качестве доказательства opinion juris. Причём практика государств была отрицательной: ядерное оружие не применялось со времён Второй мировой войны. Международный суд ООН подчеркнул: для доказательства наличия opinion juris одна резолюция не может рассматриваться в качестве определяющей, «**серия резолюций может свидетельствовать о постепенной эволюции opinion juris, необходимой для установления новой нормы**»[3] (выделено мною. — *В.Е.*) При этом необходимо специально заметить: в отношении некоторых из принятых резолюций несколько государств проголосовали против или воздержались. В этой связи Международный Суд ООН сделал вывод: они «...сочли преждевременным установленное наличия opinion juris относительно незаконности применения такого оружия»[4].

Активно обсуждается вопрос о соотношении специальных (отраслевых) принципов и норм права, содержащихся в обычаях международного права, со специальными (отраслевыми) принципами и нормами права, содержащимися в иных формах международного права. Так, Р.З. Зумбулидзе, рассматривая соотношение норм обычного

[1] *Смбатян А.С.* Обычные нормы международного права и общие принципы как источник судебного правотворчества // Право и политика. 2012. № 4. С. 745.

[2] Nicaragua Case (1986) // ICJ: Reports. Paras. 184–188.

[3] Legality of the threat of nuclear weapons. Para. 70.

[4] Там же.

права и норм права, содержащихся в иных формах, рассматривал три возможных варианта: 1) обычай выступает в дополнение к закону (consuetudo secundum legem); 2) обычаи действуют «кроме закона» (consuetudo praeter legem); 3) обычаи действуют «против закона» (consuetudo adversus или contra legem)[1].

Как представляется, специальные (отраслевые) принципы и нормы права, выработанные в обычаях международного права, могут применяться только в дополнение к специальным (отраслевым) принципам и нормам права, содержащимся в других формах международного права (consuetudo secundum legem). На мой взгляд, данная позиция подтверждается, например, и преамбулой Венской конвенции о праве международных договоров, в соответствии с которой **«...нормы обычного права будут по-прежнему регулировать вопросы, которые не нашли решения в положениях настоящей Конвенции»** (выделено мною. — *В.Е.*).

Существенное теоретическое и практическое значение в том числе имеет также соотношение международных договоров и обычаев международного права. Д.Г. Самхарадзе по данному вопросу высказал традиционную, но, на мой взгляд, весьма спорную точку зрения, «устоявшуюся» среди научных работников, занимающихся международным правом: «...Представляется вообще необоснованным сама постановка вопроса об абсолютном примате договора или обычая. **Ведь как договор, так и обычай, являются лишь различными формами одной сущности, это соглашение субъектов. Договор и обычай обладают единой юридической силой»**[2] (выделено мною. — *В.Е.*).

Данную точку зрения, по существу, поддержали А.Н. Вылегжанин и Р.А. Каламкарян: «...Для построения соподчиненности между двумя основными источниками международного права — международными договорами и международным обычаем — нет оснований. **Международное обычное право и международное договорное право и равнозначны, и взаимосвязаны»**[3] (выделено мною. — *В.Е.*). С такими выводами трудно согласиться. Во-первых, «договор и обычай» — не только различные формы международного права, но имеют и не совпадающие источники. Так, источником международного договора действи-

[1] *Зумбалидзе Р.М.* Обычное право как источник (форма) гражданского права: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2003. С. 23, 24.

[2] *Самхарадзе Д.Г.* Указ. соч. С. 23.

[3] *Вылегжанин А.Н., Каламкарян Р.А.* Указ. соч. С. 21.

тельно является соглашение его сторон. Вместе с тем источником обычая международного права, как представляется, прежде всего возможно рассматривать правореализационную практику. Следовательно, на мой взгляд, международные договоры и обычаи международного права имеют различные источники. В этой связи они не могут быть «равнозначными» формами международного права «одной сущности».

К сожалению, в зарубежной специальной литературе имеется и другая точка зрения. Так, Л. Оппенгейм еще в 1948 г. утверждал: «Обычай — более старинный и вместе с тем первоначальный источник права вообще и международного права в частности. **По этой причине любой международный суд, хотя и должен в первую очередь считаться с имеющимися постановлениями договоров, обязательными для стороны, в случае сомнения будет толковать эти договоры, исходя из международного обычая»**[1] (выделено мною. — *В. Е.*).

«В этом смысле слова, — продолжали развивать свою дискуссионную и противоречивую точку зрения Л. Оппенгейм, А. Н. Вылегжанин и Р. А. Каламкарян, — международное обычное право устанавливает критерии, которым должны отвечать и нормы договорного характера. Тем самым обеспечивается целостность международного права как системы, недопустимость отступления от предписанных в ней общепризнанных императивов должного поведения. **Международное обычное право нацелено на приведение к единству всей системы права... В современном международном праве нет оснований для построения соподчиненности между этими источниками международного права. Они равнозначны, взаимосвязаны, что не умаляет, однако, общенаправляющей роли именно международного обычного права»**[2] (выделено мною. — *В. Е.*).

В свою очередь, О. И. Ильинская по существу не разграничивала принципы права и обычаи международного права: «Достаточно сказать, — писала она, — что одной из форм существования общепризнанных принципов и норм международного права служит именно обычай»[3]. В подтверждение своего вывода О. И. Ильинская

---

[1] *Оппенгейм Л.* Международное право / Под. ред. и с предисловием С. Б. Крылова. М., 1948. Т. 1, полутом 1. С. 45, 46.

[2] *Вылегжанин А. Н., Калмакарян Р. А.* Указ. соч. С. 22, 26.

[3] *Ильинская О. И.* Вопросы применения международных обычно-правовых норм // Журнал российского права. 2012. № 11. С. 114.

ссылалась на Д. Г. Самхарадзе, который утверждал: «**Обычными нормами являются основные принципы международного права**»[1] (выделено мною. — *В. Е.*).

Вместе с тем, по мнению Б. Л. Зимненко, практика и доктрина международного права в том числе признает принцип иерархии в международном праве. «Одна из основных особенностей принципа иерархии, — сделал убедительный вывод автор, — заключается в том, что указанный принцип применяется к правовым нормам, имеющим различную юридическую силу в рамках той или иной правовой системы...[2]». С позиции научного обоснованной концепции интегративного правопонимания различные формы национального и международного права находятся в рамках одной правовой системы. При таком теоретическом подходе «практика и доктрина международного права» признаёт допустимым и обоснованным применение принципа иерархии в процессах разрешения коллизий.

Международные договоры, содержащие специальные принципы и нормы права, вырабатываются на основе соглашений государств, иных управомоченных субъектов международного права. Поскольку государство прежде всего вправе добровольно ограничивать свой суверенитет, постольку, думаю, во-первых, управомоченные субъекты международного права должны руководствоваться основополагающими (общими) принципами международного права (jus cogens); во-вторых, международными договорами, содержащими специальные принципы и нормы международного права; в-третьих, (прежде всего в случаях пробелов в правовом регулировании правоотношений «на уровне» основополагающих (общих) принципов международного права (jus cogens) и международных договоров) — обычаями международного права. В результате суды, рассматривая споры, не будут выполнять несвойственные им правотворческие функции. Суды как правоприменительные органы вправе лишь ограничиваться применением уже ранее выработанных обычаев международного права. Приведенные выше теоретические и правовые аргументы, думаю, позволяют разграничивать самостоятельные формы международного права: основополагающие (общие) принципы международного права (jus cogens), международные договоры и обычаи международного права.

---

[1] *Самхарадзе Д. Г.* Источники современного международного права. М., 2006. С. 33, 34.

[2] *Зимненко Б. Л.* Указ. соч. С. 37, 38.

Д. Г. Самхарадзе, противореча себе сам, в другом месте своей работы обоснованно писал: **«При рассмотрении вопросов об источниках существенное значение имеет ст. 38 Статута Международного Суда ООН... ст. 38 на первое место поставила договор. Объяснение тому мы можем обнаружить в самой ст. 38,...где говорится, что конвенции устанавливают «правила, определенно признанные спорящими государствами»[1]... Полагаю, следует учитывать, что данное положение было унаследовано от Статута Постоянной палаты международного правосудия, которая была первым постоянным судебным органом такого рода, которому еще предстояло утвердить свой авторитет и развеять опасения государств. Поэтому и было сочтено, что в первую очередь споры должны решаться на основе договоров, которые содержат правила, определенно признанные сторонами»[2]** (выделено мною. — *В. Е.*).

«Обычными нормами являются основные принципы международного права»[3], — утверждал Д. Г. Самхарадзе. С такой точкой зрения трудно согласиться, в том числе потому, что даже ст. 38 Статута Международного Суда ООН предусматривает самостоятельные фундаментальные формы международного права: a) международные конвенции, как общие, так и специальные, устанавливающие правила, определенно признанные спорящими государствами; b) международные обычаи, как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы; c) общие принципы права, признанные цивилизованными нациями.

По существу, почти все концепции обычаев международного права выделяют два элемента: практику и opinion juris — признание за сложившимися в практике правилами юридической силы. Традиционно повторяемость известного поведения рассматривается большинством ученых в качестве наиболее характерного критерия существования обычного права. Как полагал Р. З. Зумбулидзе, «...обычное право, в первую очередь основывается на «силе факта». Причем повторение должно быть не просто многократным, но и единообразным, в противном случае нельзя будет утверждать, что правило действует»[4]. Вместе с тем в большей мере соответствует реальной действительности другая точка зрения, состоящая

[1] *Самхарадзе Д. Г.* Указ. соч. С. 23.
[2] Там же. С. 10.
[3] Там же. С. 14.
[4] *Зумбулидзе Р. С.* Указ. соч. С. 16.

в том, что многократное и единообразное повторение (практика) постепенно утрачивает свою роль. Важнейшее значение приобретает opinion juris[1].

Обычаи международного права не обладают и не могут обладать абсолютной определенностью содержащихся в них специальных принципов норм права. Равно, как правило, не должны существовать в природе и абсолютно определенные принципы и нормы права, содержащиеся в международных договорах и обычаях международного права. Специальные принципы и нормы права, выработанные в формах международного права, традиционно характеризуются относительной определенностью. В связи с этим представляется теоретически обоснованным вывод Международного Суда ООН, который признал: не следует придавать слишком большое значение «некоторой неопределенности или противоречиям, реальным или кажущимся»[2] обычных норм.

Согласие субъектов правоотношений — важнейшее условие возникновения и реализации специальных принципов и норм обычного международного права. Вместе с тем в специальной литературе отмечается, что степень согласования воль субъектов международного права может быть различной. Например, Д. Г. Самхарадзе пришел к выводу: «Обычай ведет к менее значительной степени согласованности позиций государств по сравнению с договорным нормообразованием. Субъекты выражают свое мнение по конкретным правовым вопросам не только с помощью таких формальных актов, как, например, договор, но и через фактические действия. Такими действиями государства поддерживают, молчаливо соглашаются или выражают несогласие с практикой других государств. Все эти действия государств являются вполне сознательными действиями. Можно прийти к выводу, что процесс формирования обычая нужно рассматривать как процесс сознательного правотворчества...без той или иной формы согласия обычные нормы вообще не могли возникнуть»[3].

Отдельные специалисты международного права высказывают мнение о замене в настоящее время обычаев международного права договорным правом. В то же время практика Международного

[1] *Самхарадзе Д. Г.* Указ. соч. С. 21, 22.
[2] ICJ: Reports. 1974. P. 138.
[3] *Самхарадзе Д. Г.* Указ. соч. С. 20.

Суда ООН свидетельствует о другом: почти во всех решениях Международный Суд применяет обычное право, не смешивая его с «договорным правом».

Многие современные исследователи подчеркивают роль и значение международного права в деятельности российских правотворческих и правоприменительных органов государственной власти. Так, К. Н. Гусов и М. Н. Курилин справедливо отмечали общепризнанный в практике международных отношений принцип разрешения противоречий между нормами внутригосударственного права и международного права в пользу выполнения государством международных обязательств[1]. Академик О. Е. Кутафин подчеркивал: «В постсоветский период примат международного права над внутригосударственным получил практически всеобщее признание, которое объясняется целым рядом объективных факторов в современном мире»[2]. Например, в международном трудовом праве, в частности, в основополагающих принципах международного трудового права и Конвенциях МОТ, содержащих основополагающие (общие) и специальные принципы, а также нормы трудового права, выработаны обязательные минимальные для государств-членов МОТ трудовые права работников и работодателей, а также обязательства государств, в том числе связанные с обеспечением «эффективной занятости», «реальной и гарантированной заработной платой», уменьшением риска неопределенности в трудовых правах и обязанностях работников и работодателей, централизованным регулированием рынка труда — в конечном итоге со стабильными и предсказуемыми трудовыми правоотношениями, обеспечивающими работникам достойный уровень жизни, социальную справедливость, человечность и прочный мир во всем мире[3].

В связи с вышесказанным проанализируем некоторые дела, рассмотренные Международным судом ООН. Так, принимая решения по делу о континентальном шельфе Северного моря, Суд пришел

---

[1] *Гусов К.Н., Курилин М.Н.* Международно-правовое регулирование труда. М., 1992. С. 47.

[2] *Кутафин О.Е.* Источники конституционного права Российской Федерации. М., 2002. С. 63, 64.

[3] См., например: *Кейнс Дж.М.* Общая теория занятости, процента и денег. М., 1999. С. 341; *Лушников А.М.* Наука трудового права России: историко-правовые очерки в лицах и событиях: Монография. М., 2003. С. 250–271; Устав Международной организации труда.

к выводу: «...действия государства должны не только соответствовать установившейся практике..., но они также должны быть такими или должны быть выполнены таким образом, чтобы быть доказательством убеждения в том, что такая практика является обязательной в силу существовавшей нормы права..., которая предписывает такую практику. Потребность в таком убеждении, то есть наличие субъективного элемента, подразумевается в самом понятии opinion sive necessitates. В решении по делу о континентальном шельфе между Ливией и Мальтой Международный Суд ООН подчеркнул: «Суть международного обычая права следует «искать прежде всего в современной практике и opinion juris государств...»[1].

В целом ряде своих решений Международный Суд ООН признал возможность выработки и региональных обычаев. Например, по делу об убежище (1950 г.)[2]; по делу о правах граждан США в Марокко[3]; о праве прохода через Индию (1960 г.)[4]. Необходимо также особенно отметить: в последнем деле Международный Суд ООН подтвердил возможность существования двустороннего обычая — как «основы взаимных прав и обязательств между этими двумя государствами»[5].

Исследуя вопрос о толковании термина «всеобщая практика» в русском тексте ст. 38 Статута, необходимо в том числе учитывать замечание Международного Суда ООН, сделанное им в решении по спору между Никарагуа и США: «Суд не считает, что для того, чтобы какая-нибудь норма стала нормой обычного права, соответствующая практика должна абсолютно строго соответствовать этой норме. Для вывода о существовании нормы обычного права Суд считает достаточным, чтобы поведение государств в целом соответствовало такой норме, и чтобы примеры поведения государств, не соответствующих данной норме, в целом рассматривались как ее нарушения, а не как свидетельства признания новой нормы. Если государство действует так, что эта prima facie несовместима с признанной нормой, но при этом оно защищает своё поведение ссылкой на исключения или обоснования, содержащиеся в самой норме, то...

[1] North sia continentae shelf cases judgment // ICJ: Reporty, 1969. P. 44 (para 77).
[2] C. I. J. Recueil, 1950. P. 266.
[3] C. I. J. Recueil, 1952. P. 176.
[4] C. I. J. Recueil, 1960. P. 6.
[5] C. I. J. Recueil, 1960. P. 25.

значение такого поведения государства состоит в том, что оно скорее подтверждает данную норму, чем отрицает её»[1].

В 2011 г. шестьдесят третья сессия Генеральной Ассамблеи ООН приняла к сведению решение Комиссии международного права о включении в свою программу работы темы: «Формирование и доказательства существования международного обычного права». На своих шестьдесят четвертой (в 2012 г.), шестьдесят пятой (в 2013 г.), шестьдесят шестой (в 2014 г.), шестьдесят седьмой (в 2015 г.) и шестьдесят восьмой (в 2016 г.) сессиях члены Комиссии международного права провели первоначальные обсуждения на основе предварительных записок, подготовленных специальными докладчиками[2].

В 2013 г. Комиссия международного права поменяла прежнее название темы на новое — «Выявление международного обычного права». В 2014 г. Комиссия международного права рассмотрела второй доклад специального докладчика и поддержала применение двух — элементного подхода к выявлению международного обычного права. После обсуждений редакционному комитету на рассмотрение были представлены проекты 11 выводов, содержащихся во втором докладе, 8 из которых были приняты[3].

В третьем докладе специального докладчика, рассмотренном в 2015 г., в частности, был продолжен анализ взаимосвязи между двумя конститутивными элементами; детальнее исследовались вопросы о бездействии как одной из форм практики и (или) доказательства признания правовой нормы (opinion juris); анализировалось партикулярное международное обычное право (обычное право, на которое ссылаются только некоторые государства и лишь в отношении некоторых из них) и нормы о государстве, настойчиво

---

[1] Military and paramilitary in and against Nicaragya (Nicaragya v/ United States of America) // ICJ: Reports. 1986. P. 98.

[2] Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, 66 сессия, Дополнение № 10 (A/66/10), пункты 305–314); Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, 67 сессия, Дополнение № 10 (A/67/10), пункты 157–202; Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10), пункт 64; Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/69/10), пункт 135.

[3] See statement of the Chairman of the Drafting Committee (7 Aug. 2014), available at http://legal.un.docs (?path=../ils/sessions66/pafs/English/dc...chairman statement indetification of custom. paf lang=E.

возражающем стороне[1]. Комиссия провела обсуждение по третьему докладу специального докладчика с 13 по 21 мая 2015 г.[2] Председатель редакционного комитета 29 июля 2015 г. представил доклад, посвященный проведённой работе[3].

В 2016 г. состоялся четвертый доклад по теме «Выявление международного обычного права», подготовленный специальным докладчиком Майклом Вудом, в том числе посвященный вопросам путей и средств обеспечения большей доступности материалов, являющихся доказательствами международного обычного права[4]. Таким образом, активная деятельность Комиссии международного права Генеральной Ассамблеи ООН в XXI в. позволяет сделать вывод: обычаи международного права, содержащие специальные принципы и нормы международного права, являются объективно необходимыми и реально существующими современными правовыми регуляторами правоотношений, а не, например, «архаичным» «доправом», как утверждают многие оппоненты. Считаю теоретически обоснованным и подтвержденным реальной правоприменительной практикой следующий вывод: право, в частности, в России с объективной неизбежностью развивалось и продолжает развиваться по следующим виткам исторической спирали: догосударственному, автономно-государственному и интегративному.

Догосударственный виток исторической спирали развития права характеризуется «правилами поведения», выработанными в том числе в обычаях права (племенных, региональных и т. д.). Автономно-государственный — преимущественно в нормах права, установленных в национальных правовых актах, правовых договорах и обычаях права. Интегративный — прежде всего в принципах и нормах права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве.

Россия, как, впрочем, и многие другие государства в современный период, находится на переходном этапе от второго к третьему витку исторической спирали развития права. XXI столетие, надеюсь, будет характеризоваться не дифференциацией «внутригосударственного»

[1] A/CN. 4.682.
[2] A/CN. 4/SR. 3250.
[3] A/CN. 4/L. 869.
[4] A/CN. 4.695.

права с позиции юридического позитивизма и «социального права» в парадигме социологического правопонимания, а интеграцией, разумным балансом национального и международного права, в том числе принципов и норм права, выработанных в обычаях международного права.

5.3. «Правовая цивилизация» — парадигма XXI века

Научные и практические работники выделяют самые разнообразные «источники» (точнее — формы) международного права. Так, И. И. Лукашук считал, что основной формой существования общепризнанных принципов и норм международного права является обычай, находящий закрепление в различных международных актах, резолюциях международных организаций и многосторонних договорах[1]. Большинство специалистов международного права также, полагаю, спорно отождествляют понятия «нормы» и «принципы» международного права. Традиционно такой вывод можно найти и в учебниках по международному праву: «Любой общепризнанный принцип международного права является общепризнанной нормой, но не всякая общепризнанная норма международного права является общепризнанным принципом»[2].

Данная доктринальная позиция, к сожалению, нашла свое отражение и в судебной практике. Так, в п. 1 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» также разъяснено: «Под общепризнанными принципами международного права следует понимать основополагающие императивные нормы международного права, принимаемые и признаваемые международным сообществом государств в целом, отклонение от которых недопустимо»[3].

Многие российские научные и практические работники, полагаю, прежде всего с позиции юридического позитивизма, разделяют

---

[1] *Лукашук И. И.* Нормы международного права в правовой системе России. М., 1997. С. 52.

[2] Международное право: Учебник / Под ред. Ю. М. Колосова и М. С. Кривчиковой. М., 2005. С. 39.

[3] Российская газета. 2003. 2 декабря. № 244.

весьма широко распространенную точку зрения, в соответствии с которой международное право, по существу, сводится только к международным договорам. К сожалению, такая научная позиция нашла свое отражение также и в российских правовых актах. Например, ст. 6 Семейного кодекса Российской Федерации называется: «Семейное законодательство и нормы международного права». В то же время в тексте данной статьи содержится норма: «Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены семейным законодательством, применяются правила международного договора». Другой пример: ст. 9 Жилищного кодекса Российской Федерации называется: «Жилищное законодательство и нормы международного права». Однако содержание статьи в полной мере не соответствует ее названию: «Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем те, которые представлены жилищным законодательством, применяются правила международного договора».

В свою очередь Д. Г. Самхарадзе к источникам (на мой взгляд, — точнее к формам) современного международного права относил не только международные договоры и обычаи, но и «правотворческие решения международных организаций»[1]. Такую точку зрения разделял и Б. Л. Зимненко[2]. Кроме того, он полагал, что «частью правовой системы России стал международный обычай, содержащий общепризнанные принципы и нормы международного права»[3]. Автор также признавал международный обычай «основным источником общепризнанных норм международного права»[4]. Наконец, Б. Л. Зимненко считал: «Под общепризнанным принципом международного права понимаются основополагающие общепризнанные нормы международного права, отклонение от которых недопустимо. Причем, когда речь идет об общепризнанных принципах, то выделяются два их вида: основные и отраслевые общепризнанные принципы международного права»[5].

---

[1] *Самхарадзе Д. Г.* Взаимодействие источников современного международного права: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 7.

[2] *Зимненко Б. Л.* Указ. соч. С. 30, 31.

[3] Там же. С. 28.

[4] Там же. С. 29.

[5] Там же. С. 28.

Во-первых, считаю необходимым разграничивать основополагающие (общие) принципы международного права и обычаи международного права как различные формы международного права. При таком подходе обычаи международного права могут содержать специальные (отраслевые) принципы права, которые еще не стали «основополагающими», а являются лишь специальными (отраслевыми) принципами, содержащимися в обычаях международного права. Во-вторых, теоретически спорным представляется и выделение только «двух видов принципов» — «основных и общеотраслевых «общепризнанных» принципов». Думаю, более обоснованно прежде всего выделять основополагающие (общие) принципы международного права, являющиеся самостоятельной фундаментальной формой международного права, и специальные (отраслевые) принципы международного права, содержащиеся в иных формах международного права, в том числе в международных договорах и обычаях международного права. В свою очередь, последние, полагаю, возможным разграничивать на специальные межотраслевые и отраслевые принципы международного права, регулирующие лишь какую-либо сферу правоотношений.

В-третьих, с позиции юридического позитивизма длительное время было общепризнано считать, что обычаем является правило поведения, только закрепленное в каких-либо правовых документах и поддерживаемое государством. Вместе с тем обычаи права, в том числе международного, более обоснованно относить к самостоятельным, исторически предшествовавшим формам не только внутригосударственного, но и международного права. В-четвертых, традиционное отождествление в международном праве «принципов» и «норм» права, думаю, прежде всего также основано на юридическом позитивизме. Как представляется, принципы и нормы права по своей природе — различные правовые регуляторы правоотношений, содержащиеся в формах как международного, так и внутригосударственного права. К сожалению, не каждый принцип международного права, являющийся более универсальным правовым регулятором правоотношений, конкретизирован в нормах международного права. В то же время, полагаю, каждую норму международного права, которую, в частности, возможно рассматривать как более конкретный правовой регулятор международных правоотношений, необходимо вырабатывать в соответствии прежде всего

с основополагающими (общими) и (или) специальными (отраслевыми) принципами международного права.

Далее хотелось бы проанализировать и другие спорные точки зрения об источниках (на мой взгляд — точнее о формах) международного права. Так, Д. Д. Невирко писал: «В настоящее время решения Европейского Суда имеют особую правовую природу. За время своей деятельности Суд подверг толкованию практически все положения Конвенции, чем несколько изменил ее первоначальный облик. Опыт руководства ранее принятыми решениями при рассмотрении дела является чрезвычайно распространенным. На практике решения Европейского Суда рассматриваются как равнозначные по своей юридической силе положениям Конвенции. **Зарубежные ученые прямо указывают на прецедентный характер решений, выносимых Европейским Судом, указывая, что контрольные органы Конвенции признают себя связанными прецедентом (Д. Гомьен, Д. Харрис, Л. Зваак)»**[1] (выделено мною. — *В. Е.*).

Вместе с тем в специальной литературе имеется и противоположная точка зрения других ученых: **«Судебные решения в международном праве не имеют характера прецедента, а представляют собой лишь акты применения международных норм по конкретному делу»**[2] (выделено мною. — *В. Е.*). Как представляется, акты любого суда, в том числе и Европейского Суда по правам человека, как органа правоприменительного, а не правотворческого, с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, дифференциации правотворческих, исполнительных и судебных органов власти, разграничения правового и индивидуального регулирования правоотношений не могут (и не должны) являться «судебными прецедентами права». В соответствии с научно обоснованной концепцией интегративного правопонимания, не отождествляющей, а разграничивающей право и неправо, в судебных актах могут содержаться только результаты индивидуального судебного регулирования правоотношений, обязательные лишь для участников данных процессов, а не «судебные прецеденты права», обязательные для не-

[1] *Невирко Д. Д.* Права и свободы человека и гражданина: проблемы соотношения, взаимодействия и иерархии: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2004. С. 11.

[2] *Самхарадзе Д. Г.* Взаимодействие источников современного международного права: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. С. 11.

ограниченного круга лиц[1]. Результаты индивидуального судебного регулирования правоотношений действительно могут учитываться другими судами при рассмотрении аналогичных споров. Более того, в соответствии, в частности, с международными договорами результаты индивидуального регулирования правоотношений также могут быть и обязательными в том числе для судов.

Например: согласно п. 2 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27.06.2013 № 21 «О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. и Протоколов к ней» «как следует из положений ст. 46 Конвенции, ст. 1 Федерального закона от 30 марта 1998 г. № 54-ФЗ «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней (далее Федеральный закон о ратификации), правовые позиции Европейского Суда по правам человека (далее — ЕСПЧ), которые содержатся в окончательных постановлениях Суда, принятые в отношении Российской Федерации, являются обязательными для судов»[2].

В процессе обсуждения проекта данного Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации также возник вопрос о том, учитываются ли российскими судами постановления Европейского Суда по правам человека, принятые против других государств. В результате активного изучения спорной проблемы Пленум Верховного Суда Российской Федерации пришел, думаю, к теоретически обоснованному выводу: «С целью эффективной защиты прав и свобод человека **судами учитываются правовые позиции Европейского Суда, изложенные в ставших окончательными постановлениях, которые приняты в отношении других государств-участников Конвенции. При этом правовая позиция учитывается судом, если обстоятельства рассматриваемого им дела являются аналогичными обстоятельствам, ставшим предметом анализа и выводов Европейского Суда»** (выделено мною. — *В.Е.*)[3].

Отдельные авторы называют «стандарты» международного права «новым источником международного права»[4]. Например, Э. Ри-

---

[1] См. подробнее: *Ершов В.В.* Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений как парные категории. С. 4–23.

[2] Российская газета. 2013. 5 июля. № 145.

[3] Там же.

[4] *Riedel E.* Standards and sources. Farewell to the exclusivity of the sources triad in international law? // European Journal of International Law. 1991. № 2. P. 58–85.

дель полагал, что «стандарт» может быть использован в качестве синонима нормы или принципа права и уже играет важную роль вместе с традиционной триадой «источников» международного права. «С этим нельзя согласиться, — справедливо возражал Н. А. Цивадзе, — потому что стандарт может формулироваться в любой из...норм, точнее и договор, и обычай может содержать стандартное правило»[1].

Некоторые зарубежные научные работники относят к числу «источников» международного права доктрины наиболее авторитетных ученых. В то же время важно подчеркнуть: ст. 38 Статута Международного Суда ООН, принятого 26 июня 1945 г., **называет судебные решения и доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций в качестве лишь «вспомогательного средства для определения правовых норм»** (выделено мною. — *В.Е.*).

Многие специалисты относят судебную практику к самостоятельной форме права. Однако такой вывод не соответствует позиции Международного Суда ООН, который неоднократно подчеркивал, что Суд является правоприменительным, а не правотворческим органом, роль которого ограничивается толкованием обычных норм права.

Весьма характерно и показательно, что преамбула Устава ООН, принятого 26 июня 1945 г., мудро не содержит абсолютно определенного перечня «источников» (на мой взгляд, точнее — форм) международного права. В числе основополагающих форм международного права назван только международный договор и применено понятие «и другие» формы международного права. Такой подход представляется теоретически обоснованным, поскольку в будущем практика может выработать и другие формы международного права.

В соответствии с п. 2 ст. 1 ФЗ «О международных договорах Российской Федерации», принятого 16 июня 1995 г., в России могут заключаться три вида международных договоров — межгосударственные, межправительственные и договоры межведомственного характера. В процессе подготовки проекта Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» возник спор о том, все ли три вида международных договоров имеют

[1] *Цивадзе Н.А.* Применение норм международного права судами Российской Федерации: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 22.

приоритет над федеральными законами в соответствии с ч. 4 ст. 15 Конституции РФ? Большинство специалистов в области международного права, прежде всего исходя из норм международного права, гарантирующих обязательное исполнение международных обязательств, отвечали на этот вопрос утвердительно. Однако ученые, специализирующиеся в области общей теории права возражали против такого толкования Конституции Российской Федерации в связи с тем, что международные договоры Российской Федерации должны применяться лишь постольку, поскольку они соответствуют иным формам международного права, имеющим более высокую юридическую силу. С одной стороны, действительно «каждый действующий договор обязателен для его участников и должен ими добросовестно выполняться (ст. 26 Венской Конвенции «О праве международных договоров»); «участник не может ссылаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания невыполнения им договора» (ст. 27 Венской конвенции «о праве международных договоров»). Да, действительно, согласно ст. 46 Венской Конвенции «О праве международных договоров» — «Государство не вправе ссылаться на то обстоятельство, что его согласие на обязательность для него договора было выражено в нарушении того или иного положения его внутреннего права, касающегося компетенции заключить договоры, как на основание недействительности его согласия, если только данное нарушение не было явным и не касалось нормы его внутреннего права особо важного значения. Нарушение является явным, если оно будет объективно очевидным для любого государства, действующего в этом вопросе добросовестно и в соответствии с обычной практикой».

Вместе с тем, с другой стороны, согласно ст. 103 Устава ООН «В том случае, когда обязательства Членов Организации по настоящему Уставу окажутся в противоречии с их обязательствами по какому-либо другому международному соглашению, преимущественную силу имеют обязательства по настоящему Уставу». Наконец, согласно ст. 53 и 71 Венской Конвенции «О праве международных договоров» «договор является ничтожным, если в момент заключения он противоречит императивной норме общего международного права...императивная норма общего международного права является нормой, которая принимается и признается международным сообществом государств в целом как норма, отклонение от которой

недопустимо и которая может быть изменена только последующей нормой общего международного права, носящей такой же характер... Когда договор является недействительным в соответствии со ст. 53 участники: а) устраняют, насколько это возможно, последствия любого действия, совершенного на основании положения, противоречащего императивной норме общего международного права; б) приводят свои взаимоотношения в соответствие с императивной нормой общего международного права».

В правоприменительной практике чаще всего возникают проблемы, связанные со спорами о соответствии основополагающим (общим) принципам и нормам международного права межправительственных международных договоров и международных договоров межведомственного характера. Принимая во внимание названные выше теоретические и правовые аргументы, на мой взгляд, в п. 8 Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» дано теоретически убедительное разъяснение: «Правила действующего международного договора Российской Федерации, согласие на обязательность которого было принято в форме федерального закона, имеют приоритет в применении в отношении законов Российской Федерации. Правила действующего международного договора Российской Федерации, согласие на обязательность которого было принято не в форме федерального закона, имеют приоритет в применении в отношении подзаконных нормативных актов, изданных органом государственной власти, заключившим данный договор (ч. 4 ст. 15, ст. 90, 113 Конституции РФ)».

Думаю, суд, рассматривая конкретные споры, не вправе применять международные договоры Российской Федерации, не соответствующие основополагающим (общим) принципам и нормам международного права в каждом конкретном деле (ad hoc); может в подобных случаях обращаться с запросом о соответствии спорных международных договоров Российской Федерации основополагающим (общим) принципам и нормам международного права в Верховный Суд Российской Федерации. В свою очередь, Верховный Суд Российской Федерации имеет право обращаться с рекомендацией о прекращении или приостановлении действия международных

договоров Российской Федерации в установленные федеральным законом органы государственной власти (ст. 35 Федерального закона Российской Федерации «О международных договорах Российской Федерации»).

Считаю необходимым подготовить и принять соответствующие изменения и дополнения в Федеральный закон «О международных договорах Российской Федерации». Во-первых, изъять у ведомств право заключать международные договоры Российской Федерации. Во-вторых, уточнить права органов государственной власти в процессе заключения международных договоров Российской Федерации. В-третьих, конкретизировать нормы права о приостановлении и прекращении международных договоров. В-четвертых, установить эффективную правовую ответственность должностных лиц, виновных в подготовке, подписании и применении международных договоров Российской Федерации, не соответствующих основополагающим (общим) принципам и нормам международного права.

Как представляется, основополагающие (общие) принципы международного права являются фундаментальной формой международного права (jus cogens), в соответствии с которой должны вырабатываться специальные (отраслевые) принципы и нормы, содержащиеся в иных формах международного права. Вместе с тем многие научные и практические работники еще не пришли к каким-то более конкретным выводам о природе основополагающих (общих) принципах права, в частности, международного права. Так, С. Ю. Лаврусь, исходя из научно дискуссионного вида интегративного правопонимания, синтезирования права и неправа, определяла принципы права как «сформулированные в нормативно-правовых предписаниях либо выводимые из них **фундаментальные идеи, выражающие сущность права, определяющие его содержание и общий характер правового регулирования общественных отношений...принципы права — это все-таки нормы права**»[1] (выделено мною. — *В. Е.*). К. А. Чернов также полагал, что «принцип права — это идея, отражающая уровень развития фактических общественных отношений и правосознания, являющаяся элементом права, носящая нормативный характер»[2]. И. К. Шаов ана-

[1] *Лаврусь С. Ю.* Реализация принципов права в юридической практике: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Казань, 2005. С. 14, 17.

[2] *Чернов К. А.* Принцип равенства как общеправовой принцип российского права: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Казань, 2003. С. 9, 10.

лизировал принципы международного права как «**фундамент международного правопорядка**»[1] (выделено мною. — *В.Е.*).

Еще дальше пошел Е.Ю. Степкин, предложивший принять федеральный закон «Об общепризнанных принципах и нормах международного права в правовой системе Российской Федерации», где, по его мнению, следует дать понятие и назвать те общепризнанные принципы и нормы, которые входят в правовую систему Российской Федерации[2]. Без каких-либо необходимых теоретических и правовых аргументов автор далее сформулировал итоговый вывод: «На сегодняшний день в правовую систему России входят только те общепризнанные принципы и нормы международного права, которые закреплены во вступивших в силу для Российской Федерации международных договорах»[3].

На мой взгляд, основополагающие (общие) принципы международного права являются не «фундаментальными идеями», «принципами- нормами», а уж тем более «фундаментом» чего-либо. Не может быть и исчерпывающего перечня основополагающих (общих) принципов международного права в каких-либо национальных правовых актах и даже в международных договорах. Думаю, более убедительную, но в то же время весьма неопределенную позицию занимал Е.Т. Усенко, заметивший: «В иерархической структуре международного права главенствующее системообразующее место принадлежит его основным принципам, **составляющим идейную и нормативно-правовую основу системы** (выделено мною. — *В.Е.*) ... Без или вне основных принципов международного права нет и самого международного права как правовой системы. Основные принципы международного права дополняют связь её элементов по однородности их свойств содержательной связью и тем самым придают системе характер содержательной целостности»[4]. Как это ни странно, данная точка зрения автора, по-моему, одновременно основана на двух прямо несовпадающих концепциях: юридическом позитивизме и интегративном правопонимании. С одной стороны, Е.Т. Усенко дискуссионно полагает: основные принципы составля-

---

[1] *Шаов И.К.* Международный правопорядок и пути его совершенствования: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. 2004. С. 14.

[2] *Степкин Е.Ю.* Указ. соч. С. 20.

[3] Там же.

[4] *Усенко Е.Т.* Очерки теории международного права. М., 2008. С. 105, 106.

ют «...идейную и нормативно-правовую основу системы». С другой стороны, он же объективно констатирует: «В иерархической структуре международного права главенствующее место принадлежит его основным принципам...»

Основополагающие (общие) принципы международного права прежде всего отражают устойчивые, устоявшиеся в течение многих лет и длительное время применяемые в правоприменительной практике фундаментальные правовые регуляторы международных правоотношений, вырабатываемые и признаваемые прежде всего международным сообществом государств, отклонение от которых в правоприменительной практике недопустимо. Основополагающие (общие) принципы международного права отражают объективные общемировые закономерности правового регулирования международных правоотношений, которые не должны зависеть от субъективного усмотрения, например, каких-либо государств, международных правотворческих организаций и т. д. В связи с изложенными теоретическими аргументами основополагающие (общие) принципы международного права считаю возможным относить к фундаментальной форме международного права, неоспоримому праву (jus cogens), обязательному, например, для правотворческих и правоприменительных органов государственной власти.

Перечень основополагающих (общих) принципов международного права (jus cogens) не может быть, во-первых, исчерпывающим, во-вторых, ограниченным только какими-то международными документами. Отдельные основополагающие (общие) принципы международного права (jus cogens) содержатся, например, в ст. 1 и 2 Устава ООН и Декларации «О принципах международного права, касающихся дружеских отношений и сотрудничества между государствами», принятой 24 октября 1970 г. Среди них представляется необходимым прежде всего назвать следующие основополагающие (общие) принципы международного права (jus cogens): добросовестного выполнения международных обязательств; равенства прав; баланса публичного и частного правового интереса; судебной защиты прав и правовых интересов.

Представляется дискуссионным целый ряд конституционных норм права. Например, ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, установившая: «Общепризнанные принципы и нормы права и международные договоры Российской Федерации являются частью ее правовой

системы». Подавляющее большинство научных и практических работников ограничивается лишь цитированием данной конституционной нормы права. В то же время полагаю, что в ней содержатся и спорные положения. Во-первых, вызывает возражение понятие **«общепризнанные принципы»** (выделено мною. — *В.Е.*). В международном праве традиционно применяются другие понятия — «общие» и «основополагающие» принципы международного права. Во-вторых, в ч. 4 ст. 15 Конституции РФ наряду с «общепризнанными» принципами международного права и международными договорами не «названа» еще одна форма международного права — обычаи... В-третьих, нормы международного права содержатся в различных формах международного права и потому, на мой взгляд, не могут содержаться в одном ряду (через запятую) с самостоятельными формами международного права. В-четвертых, полагаю неубедительным и конституционную «формулу»: «международные договоры Российской Федерации», поскольку любой международный договор — соглашение двух или более его сторон, а не соглашение только «Российской Федерации». В-пятых, вызывает сомнение и конституционный термин: «правовая система Российской Федерации». С позиций научно обоснованной концепции интегративного правопонимания представляется теоретически более убедительным другой термин — «система права», а точнее «единая, развивающаяся и многоуровневая система форм национального и (или) международного права». Данная система состоит из подсистем национального и международного права. В свою очередь, подсистема международного права — из составляющих её элементов — форм международного права. Среди форм международного права прежде всего возможно выделить основополагающие (общие) принципы международного права (jus cogens), международные договоры и обычаи международного права.

Весьма характерно, что А.С. Коновалова, анализируя основные доктрины обычного права, выделила четыре группы концепций: автономную, естественно-правовую, позитивистскую и социологическую (паритетную)[1]. С точки зрения автора, автономная концепция сводится к исследованию обычного права как самодостаточно-

[1] *Коновалова А.С.* Обычное право в Российской правовой жизни: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 12.

го правового явления; позитивистская концепция обычного права основывается на признании формой права только обычая права, признанного государством; социологическая концепция обычного права разграничивает право социальное и право государственное как явления друг другу противоположные; естественно-правовая концепция обычного права прежде всего делает акцент на соответствии обычного права со справедливостью[1].

В свою очередь, с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания обычаи международного права, во-первых, являются одной из самостоятельных, исторически первичных форм международного права наряду с иными формами международного права, например, основополагающими (общими) принципами международного права (jus cogens) и международными договорами. Во-вторых, в настоящее время, думаю, обычаи международного права могут вырабатываться лишь в случаях пробелов в иных формах международного права. В-третьих, современные обычаи международного права должны прежде всего соответствовать основополагающим (общим) и специальным (отраслевым) принципам, а также нормам права, содержащимся в других фундаментальных формах международного права.

Анализируя, в частности, генезис обычного гражданского права, Р. З. Зумбулидзе сделал, на мой взгляд, общий вывод: «Обычное право, как источник гражданского права основывается на «силе факта», то есть многократном и единообразном повторении известного поведения. Образец такого поведения должен вырабатываться авторитетными лицами общества или социальной группы для того, чтобы иметь социально-принудительный характер. Оно является партикулярным источником гражданского права, хотя может иметь и общепризнанный характер. Для образования обычая требуется определенный промежуток времени, длительность которого устанавливается в каждом конкретном случае... Отличие между правовым обычаем, регулирующим гражданско-правовые отношения, и обыкновением состоит в том, что первый представляет собой правило поведения, сложившееся в качестве нормы права и существующее независимо от воли субъектов гражданско-правовых отношений, а второе не приобретает статус нормы права, так как может

[1] *Коновалова А. С.* Указ. соч.

применяться только по прямо выраженному соглашению сторон договора»[1].

В то же время обычаи международного права в современный период, думаю, могут вырабатываться в результате деятельности, например, международных организаций, иных правотворческих субъектов международного права, устанавливающих дополнительные правовые регуляторы международных правоотношений в результате обнаружения пробелов в иных формах международного права и поддерживаемых ими в аналогичных правоотношениях. В этой связи обычаи международного права возможно рассматривать в качестве одной из форм международного права, содержащей сложившиеся и устоявшиеся специальные (отраслевые) принципы, а также нормы права, регулирующие спорные международные правоотношения в случаях пробелов в иных формах международного права и поддерживаемые субъектами международных правоотношений их реализацией.

Проблема соотношения принципов и норм права, содержащихся в формах международного права, к сожалению, практически и в необходимой мере ещё не исследована в специальной литературе. Ответ на этот сложнейший вопрос отсутствует в Конституции Российской Федерации, российских кодексах и иных федеральных законах. В этой связи данная проблема не нашла своего разрешения и в Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации».

Б.Л. Зимненко, справедливо обратившийся к названной теме, вместе с тем дискуссионно полагал: «Практика и доктрина международного права выделяет два основных правила разрешения коллизий в международном праве: принцип иерархии и принцип приоритета применения. Одна из основных особенностей принципа иерархии заключается в том, что указанный принцип применяется к правовым нормам, имеющим различную юридическую силу в рамках той или иной правовой системы... В отличие от принципа иерархии, принцип приоритета применения используется в отношении правовых норм, обладающих равной юридической силой»[2]. Такой вывод

[1] *Зумбулидзе Р.З.* Обычное право как источник (форма) гражданского права: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2003. С. 6, 7.

[2] *Зимненко Б.Л.* Указ. соч. С. 37, 38.

основывается, по существу, на одной из разновидностей дуалистической концепции, признающей наличие лишь «взаимодействующих» правовых систем — международного и национального права.

На мой взгляд, детальный анализ целого ряда обязательных для России международных документов позволяет сделать другой вывод. Так, согласно ст. 2 Устава Организации Объединенных Наций, принятого 26 июня 1945 г., «Все Члены Организации Объединенных Наций добросовестно выполняют принятые на себя по настоящему Уставу обязательства...». Однако существует множество международных обязательств, предусмотренных разными формами международного права. Например, в настоящее время в мире насчитывается свыше 500 000 только двух- или многосторонних международных договоров. В этой связи важнейшее практическое значение имеет ст. 103 Устава ООН, согласно которой «в том случае, когда обязательства Членов Организации по настоящему Уставу окажутся в противоречии с их обязательствами по какому-либо другому международному соглашению, преимущественную силу имеют обязательства по настоящему Уставу».

В ст. 36 Статута Международного Суда, принятого 26 июня 1945 г., установлено: «Государства-участники настоящего Статута могут в любое время заявить, что они признают без особого о том соглашения, ipso facto, в отношении любого иного государства, принявшего такое же обязательство, юрисдикцию Суда обязательной по всем правовым вопросам, касающимся: a) толкования договора; b) любого вопроса международного права...».

Ст. 59 Статута Международного Суда устанавливает обязательность решения суда для сторон, участвующих в деле. Решение Международного Суда окончательно и не подлежит обжалованию (ст. 60 Статута Международного Суда).

Важнейшее практическое значение имеет и Венская Конвенция «О праве международных договоров», принятая 23 мая 1969 г. В соответствии со ст. 1 данной Конвенции «настоящая Конвенция применяется к договорам между государствами». Согласно ст. 103 Устава ООН, ст. 53, 64, 71 Венской Конвенции «О праве международных договоров» общепризнанные принципы и нормы международного права имеют преимущественную силу (jus cogens — императивная норма) над международными договорами, отклонение от общепризнанных принципов и норм международного права недопустимо, любой международный договор в этих спорах рассматривается

как недействительный и не подлежит применению. «В случае, когда договор является недействительным в соответствии со ст. 53, участники: а) устраняют, насколько это возможно, последствия любого действия, совершенного на основании положения, противоречащего императивной норме общего международного права; б) приводят свои взаимоотношения в соответствие с императивной нормой общего международного права» (ст. 71 Венской Конвенции «О праве международных договоров»).

«Если возникает новая императивная норма общего международного права, то любой существующий договор, который окажется в противоречии с этой нормой, становится недействительным и прекращается» (ст. 64 Венской Конвенции «О праве международных договоров»).

Анализ названных выше форм международного права, думаю, позволяет сделать следующий теоретический вывод, имеющий существенное практическое значение: основополагающие (общие) и специальные (отраслевые) принципы, а также нормы международного и национального права не только «взаимодействуют» и взаимно влияют друг на друга, но также имеют различную юридическую силу в рамках не только единой, развивающейся, но и многоуровневой системы форм международного и национального права, реализуемых в государствах, в которых национальное право является лишь одной из подсистем в целой единой системе права. Думаю, такой вывод убедительно подтверждается в частности и в ч. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации: «Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора». Кроме того, «международные договоры Российской Федерации **заключаются, выполняются и прекращаются в соответствии с общепризнанными принципами и нормами международного права...»** (выделено мною. — *В.Е.*) (ст. 1 ФЗ «О международных договорах Российской Федерации»).

Данный вывод частично соответствует и позиции Б.Л. Зимненко, полагавшего: практика и доктрина международного права называет в том числе и принцип иерархии в международном праве. **«Одна из основных особенностей принципа иерархий, — убедительно писал он, — заключается в том, что указанный принцип применяется к правовым нормам, имеющим различную юридическую силу в рамках той или иной правовой системы...»**[1]

[1] *Зимненко Б.Л.* Указ. соч.

(выделено мною. — *В.Е.*). С позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания различные формы национального и международного права находятся в рамках одной «правовой системы», а точнее — системы права. Следовательно, при таком теоретическом подходе «практика и доктрина международного права» признает допустимым и обоснованным применение принципа иерархии в процессах разрешения коллизий в международном праве.

Исходя из изложенных теоретических и правовых аргументов, считаю теоретически обоснованным п. 9 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации», в соответствии с которым «при осуществлении правосудия суды должны иметь в виду, что по смыслу ч. 4 ст. 15 Конституции РФ...неправильное применение судом общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации может являться основанием к отмене или изменению судебного акта»[1]. Буквальное толкование данного пункта Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации позволяет утверждать, что, во-первых, международное право, как и внутригосударственное право, обязательно для применения судами общей юрисдикции и арбитражными судами; во-вторых, неприменение международного права, как и внутригосударственного права, должно являться апелляционным, кассационным или надзорным поводом для отмены или изменения судебных актов.

Таким образом, приведённые теоретические и правовые аргументы, думаю, позволяют сделать несколько выводов.

Первый: международное и внутригосударственное право объективно существует в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права.

Второй: основополагающие (общие) принципы международного права (jus cogens) имеют более высокую юридическую силу по отношению к международным договорам и обычаям международного права.

Третий: возможно установить следующую иерархию форм международного права: основополагающие (общие) принципы

[1] Российская газета. 2003. 2 декабря. № 224.

международного права (jus cogens); международные договоры; обычаи международного права.

В этой связи, на мой взгляд, с целью избежания возможных будущих иерархических коллизий специальные (отраслевые) принципы и нормы международного права в проектах международных договоров и в процессах формирования новых обычаев международного права теоретически обоснованно вырабатывать в результате конкретизации основополагающих (общих) принципов международного права (jus cogens)[1].

В правотворческой и правореализационной практике возникает и будет возникать множество споров, например, по толкованию основополагающих (общих) и (или) специальных (отраслевых) принципов, а также норм международного права, преодолению пробелов и коллизий в международном праве, которые, в частности, могут быть разрешены специализированным Международным Судом ООН, созданным в соответствии со ст. 92–95 Устава ООН. Согласно ст. 94 Устава ООН «каждый Член Организации обязуется выполнить решение Международного Суда ООН по тому делу, в котором он является стороной». Необходимо подчеркнуть: «Генеральная Ассамблея или Совет Безопасности могут запрашивать от Международного Суда **консультативные заключения по любому юридическому вопросу** (ст. 96 Устава ООН) (выделено мною. — *В.Е.*). Международный Суд имеет право толковать все международные конвенции (ст. 34 Статута Международного суда), в частности, и Венскую Конвенцию «О праве международных договоров» (ст. 66 Венской Конвенции «О праве международных договоров»)[2]. П.М. Костоева справедливо подчеркнула роль Международного Суда «в деле построения миропорядка на основе верховенства права (Rule of Law)»[3].

Как представляется, регулярно возникающие экономические, социальные, экологические и иные проблемы, очевидно, не могут быть разрешены лишь на национальном, а тем более на региональном уровне, требуют совместных сбалансированных усилий всего цивилизованного человечества. В мире возобладали интеграционные процессы, затрагивающие взаимосвязанные и взаимозависимые глобальные

---

[1] См. подробнее: *Ершов В.В.* Правовая цивилизация: Теоретические и практические вопросы международного права // Российская юстиция. 2004. № 5. С. 9.

[2] *Костоева П.М.* Международный Суд ОНН и прогрессивное развитие международного права: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 12.

[3] Там же.

общечеловеческие права и правовые интересы. В этой связи «позитивное» национальное право представляется очевидно недостаточным для правового регулирования столь сложных правоотношений. При такой новой социальной реальности возрастает роль и значение международного права. Появились и новые субъекты правоотношений, например, международные, негосударственные и надгосударственные органы и организации. Отсюда в настоящее время уже недостаточно исследовать проблемы только «конституционной цивилизации» или «правового государства». Пришло время анализа нового феномена — «правовой цивилизации» как родового понятия, вслед за «правовым государством» или «конституционной цивилизацией»[1].

Характерно, что в июне 1992 г. в Рио-де-Жанейро состоялась Конференция ООН на тему: «Окружающая среда и развитие». Декларацию которой подписали главы государств и правительств 179 стран мира. Конференция приняла документ с символическим названием «Повестка дня на XXI в.». Была выработана концепция разумной сбалансированности, «устойчивого развития» — новая парадигма развития человечества, с неизбежностью повышающая место и роль международного права по защите прав и правовых интересов субъектов международных правоотношений. Специалисты спорят о точном переводе английского термина «sustainable development». Как представляется, таким понятием, наиболее адекватным английскому, является следующий русский эквивалент — «согласованное развитие», предусматривающий не только самоограничение государств национальным правом и ограничение правом международным, а правовое и индивидуальное регулирование всех субъектов правоотношений – государственных, надгосударственных, негосударственных органов и организаций, физических и юридических лиц, цивилизации в целом. «Правовая цивилизация» во всей ее противоречивой сложности и многообразии может быть ограничена прежде всего принципами и нормами права, содержащимися в единой, развивающейся и многоуровневой системе национальных и (или) международных форм права, реализуемыми в мире.

---

[1] *Ершов В.В.* Правовая цивилизация: теоретические и практические вопросы международного права. С. 10.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В монографии проанализированы пять групп проблем. Первая — право с общенаучных позиций. Вторая — универсальные (общие) проблемы права. Третья — индивидуальное регулирование правоотношений. Четвертая — специальные современные вопросы российского права. Пятая — специальные актуальные проблемы международного права.

Как представляется, исследование права и других правовых явлений прежде всего с общенаучных позиций позволит в науке и на практике достигать нетрадиционных выводов и предложений, выделять качественно иные научные проблемы и находить другие подходы к их решению. Например, анализировать элементы системы права, её целостность, определённость права, прямые и обратные связи, а в результате обнаруживать новые свойства права, не присущие его отдельным элементам.

С позиции теории систем и научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, перефразируя известное выражение Г. Гегеля, возможно сделать вывод: национальное и международное право получает свое «оправдание» лишь как «момент целого», вне которого оно есть «необоснованное предположение или субъективная уверенность».

Анализ суда с общенаучных позиций в том числе позволил не ограничиваться его собственными («внутренними») проблемами. В результате такого общенаучного подхода исследование суда в монографии и получило свое «оправдание» как «момент целого» (Г. Гегель): в работе определено его место и роль в системе органов государственной власти.

Как в России, так и в мире в целом сложились два основных типа правопонимания — позитивистское и интегративное. В свою очередь, интегративное правопонимание в монографии дифференцировано на научно дискуссионное и научно обоснованное. В соответствии с научно обоснованной концепцией интегративного правопонимания право объективируется прежде всего в его принципах и нормах, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве.

Неправо (unrecht), по существу, «размывает» «действительное» (Г. Гегель) («объективное» — К. Маркс) право, становится «видимостью» права, «квазиправом», «мягким правом», повышающим степень его неопределенности. Неправо должно исчезать. В процессе исчезновения неправа право очищается от не присущих ему сущностных признаков. «Действительное» («действующее», «объективное») право в результате очищения от неправа превращается в укреплённое, в большей степени определённое право. Возвратившись из своего отрицания неправом, право становится более результативным, «очищенным» от субъективизма правотворческих органов и лиц.

Правовое регулирование правоотношений, прежде всего в силу его универсального и абстрактного характера, неизбежных ошибок управомоченных правотворческих органов и лиц, развития и многообразия конкретных правоотношений, является объективно недостаточным и с необходимостью должно дополняться индивидуальным регулированием правоотношений. Правовое и индивидуальное регулирование правоотношений — объективно существующие парные категории.

Проведенное исследование базировалось на необходимости разграничения понятий «источники» и «формы» права. Источники права — это его начала, то, из чего оно «происходит». «Формы» права — его внутреннее и внешнее выражение.

Весьма противоречивые выводы научных и практических работников о соотношении международного и национального права не могли не отразиться на российских правовых актах. В работе сделан вывод о необходимости обсуждения, принятия изменений и дополнений с позиции умеренного монизма в Конституцию Российской Федерации, кодексы и другие национальные правовые акты.

Анализ становления и дальнейшего развития термина (понятия) «верховенство права» в специальной международной и российской литературе позволил сформулировать следующий вывод: доктрина «верховенство права» как сложившаяся и признанная система научных взглядов, имеющая существенное практическое значение, до настоящего времени в мире в целом, в России, в частности, не разработана. Более того, поскольку с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания право по отношению к государству является как «внешним» (например, обычаи международного права), так и «внутренним» (в частности, национальные правовые акты)

регулятором правоотношений, постольку самостоятельная концепция, а тем более — «доктрина» «верховенства права» представляется теоретически дискуссионной, а практически непродуктивной.

В соответствии с научно обоснованной концепцией интегративного правопонимания «верховенство права» более обоснованно рассматривать как цель «правового государства», «самоограниченного» национальным (внутренним) правом и «ограниченного» (внешним) международным правом, в том числе основополагающими (общими) принципами права, правовыми актами и правовыми договорами.

В монографии выработан принципиально новый подход к пробелам в праве, которых, как правило, в праве в целом нет. Пробел традиционно имеется в отдельных формах права, зачастую в национальных правовых актах. При таком теоретическом подходе пробел в праве является мнимым. Пробел в праве возможно рассматривать как отсутствие всех правовых регуляторов прежде всего — принципов и норм, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве. Согласитесь, исходя из интегративного правопонимания действительный пробел в праве трудно себе представить, поскольку традиционно одновременно развиваются как правоотношения, так и их правовые регуляторы. Например, принципы и нормы обычного права. Правоотношения, возникающие в государствах, объективно не могут оставаться без правового регулирования.

При таком концептуальном подходе также возникает и другой вопрос: как могут быть правоприменительными либо правотворческими органами преодолены или устранены пробелы в праве по аналогии права? Если в праве имеется пробел, то что применяется по аналогии права? Вопрос, думаю, является риторическим.

Принципы национального и международного права признаны в монографии правовыми регуляторами правоотношений, а не «идеями», «началами», «положениями» и т. д. В работе подчеркивается: первичными правовыми регуляторами в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве. Основополагающие (общие) и специальные принципы национального и (или) международного права — основания всеобщей связи элементов права, «есть...единое». В результате их конкретизации должны вырабатываться нормы национального и (или) международного права, т. е.

более определенное право, а также ожидаемая и единообразная правореализационная практика.

Конкретизация права в работе рассмотрена как объективный процесс восхождения от абстрактного, менее определенного права к праву в большей степени определенному, характеризующийся выработкой управомоченными правотворческими органами или лицами более детальных, уточненных и т. д., прежде всего специальных принципов и норм права в иных формах национального и (или) международного права, имеющих меньшую юридическую силу.

Право может оказаться ничтожным вследствие его неопределенности (void for vagueness). Объективная необходимость непрерывного движения от меньшей степени определенности права к большей степени его определённости обусловлена самой природой права как равного масштаба, равной меры свободы в пределах несвободы субъектов правоотношений, установленной принципами и нормами права.

В монографии с общенаучных позиций подчеркнуто: развитие права характеризуется непрерывным движением от его меньшей степени определенности к большей степени определенности. Таким образом, «неопределенность права» и «определенность права» — объективные парные категории, а их сущностными признаками являются относительная неустойчивость и относительная устойчивость. При таком общенаучном, теоретическом и правовом подходе анализ категорий «право» и «правосудие» будет способствовать решению практических проблем: сокращению сроков рассмотрения споров в судах, формированию стабильной, ожидаемой, непротиворечивой и определенной судебной практике, а главное — более эффективной судебной защите прав, а также оспариваемых правовых интересов субъектов правоотношений.

Характерной чертой любой социальной системы является наличие в ней процессов управления, связанных с ее целесообразным функционированием, взаимным обменом информацией и развитием. В том числе это относится и к системе правотворческих, исполнительных и судебных органов государственной власти, в частности, к происходящим в ней процессам не только правового, но и индивидуального регулирования правоотношений.

Объективная необходимость индивидуального регулирования правоотношений прежде всего вызвана абстрактным характером основополагающих (общих) и (или) специальных принципов и норм права,

а также их относительной определенностью. В работе проанализированы такие виды индивидуального регулирования правоотношений, как «позиции» судов, индивидуальные (частные) договоры, «судебные прецеденты» и «прецеденты» Европейского Суда по правам человека.

В то же время в праве имеются не только актуальные универсальные (общие), но и современные специальные проблемы внутригосударственного и международного права. В этой связи в четвертой и пятой главах исследованы некоторые, по-моему, наиболее обсуждаемые. Среди них прежде всего хотелось бы выделить следующие темы: Конституция России, российские правовые договоры, обычаи российского права, международная правосубъектность индивидов, обычаи международного права и «правовая цивилизация» — парадигма XXI века.

В монографии также сформулирован принципиальный вывод: право с объективной неизбежностью развивалось и продолжает развиваться по следующим виткам исторической спирали: догосударственному, автономно-государственному и интегративному.

Первый виток исторической спирали характеризовался развитием права прежде всего в форме региональных (племенных и т. д.) обычаев, а впоследствии — межрегиональных (межплеменных и т. д.) обычаев, содержащих принципы и нормы права.

Второй виток исторической спирали — развитием права в форме национальных правовых актов и правовых договоров, прежде всего содержащих принципы и нормы права.

Третий виток исторической спирали связан с выработкой основополагающих (общих) и специальных принципов, а также норм как «внутреннего» права по отношению к государству, так и «внешнего», международного права, в том числе обычаев международного права, источником которых государство не является. На интегративном витке исторической спирали с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания право объективируется прежде всего в его принципах и нормах права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализуемых в государстве.

В настоящее время Россия, как и многие другие государства, находится на переходном этапе развития права от второго к третьему витку исторической спирали.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК РАБОТ

профессора, д-ра юрид. наук, заслуженного юриста Российской Федерации, заслуженного деятеля науки Российской Федерации, академика РАЕН В. В. Ершова

1. Индивидуальное судебное регулирование // Правоведение. 1986. № 6.
2. Суд в правовом государстве // Советская юстиция. 1990. № 24.
3. Место и роль суда в правовом государстве // Правоведение. 1991. № 5.
4. Теоретические проблемы судебного правоприменения: Монография. М., 1991.
5. Статус суда в правовом государстве: Монография. М., 1992.
6. Суд в системе органов государственной власти // Советское государство и право. 1992. № 8.
7. Применение судом относительно определенных и диспозитивных норм // Советская юстиция. 1993. № 23.
8. О профессиональной подготовке кандидатов в судьи / В. В. Ершов, Л. С. Халдеев // Российская юстиция. 1994. № 7.
9. Конституционные проблемы судоустройства и судопроизводства // Государство и право. 1994. № 12.
10. Гражданское законодательство и иные акты, содержащие нормы гражданского права // Российская юстиция. 1995. № 6.
11. Прямое применение Конституции Российской Федерации. М., 1997.
12. Конституция Российской Федерации и местное самоуправление // Российская юстиция. 1997. № 4.
13. Проблемы непосредственного применения Конституции РФ в процессе защиты прав и законных интересов граждан и юридических лиц // Судебная реформа: итоги, приоритеты, перспективы. М., 1997.
14. Применение норм Конституции РФ и ГК РФ к трудовым отношениям / В. Ершов, Е. Ершова // Российская юстиция. 1997. № 11.
15. Некоторые проблемы применения Конституции РФ // Комментарий Российского законодательства. М., 1997.
16. Использование судебной системы для реализации прав беженцев и вынужденных переселенцев // Нарушение международных норм и российского законодательства в отношении прав беженцев и вынужденных переселенцев. М., 1998.
17. Прямое применение Конституции РФ // Российская юстиция. 1998. № 9,10.
18. Разделение властей // Российская юстиция. 2001. № 11.
19. О правовом статусе Конституционного Суда Российской Федерации / В. В. Ершов, Е. А. Ершова // Российский судья. 2004. № 3.
20. Теоретические и практические вопросы обучения судей // Законодательство. 2004. № 7.
21. Тырновская конституция 1879 года: теоретические и практические вопросы // 125-летие Тырновской Конституции: Сборник докладов научной конференции болгарских и российских юристов. София, 2004.

22. Правовая цивилизация: теоретические и практические вопросы международного права // Российская юстиция. 2004. № 5.

23. Актуальные теоретические и практические вопросы Конституции России и Тырновской Конституции Болгарии // Российская юстиция. 2005. № 6.

24. Правовая цивилизация: теоретические и практические вопросы международного права // Российский судья. 2005. № 1.

25. Суд в системе органов государственной власти // Российское правосудие. 2006. № 1.

26. Современные проблемы международного права / В. В. Ершов, Е. А. Ершова // Российское правосудие. 2006. № 2.

27. Взаимодействие и соотношение международного и внутригосударственного права // Вопросы трудового права. 2006. № 10.

28. Прецеденты толкования Европейского Суда по правам человека // Российское правосудие. 2007. № 1.

29. Теоретические и практические проблемы прямого применения Конституции Российской Федерации // Российской правосудие. 2007. № 7.

30. Правопонимание, правотворчество и правоприменение // Российское правосудие. 2008. № 5.

31. Системное толкование трудового и гражданского права // Актуальные вопросы трудового права: история, теория, практика: Материалы Всероссийской научно-практической конференции, посвященной 10-летию РАП. Казань, 2008.

32. Специализированное обучение судей в Российской Федерации // Судья. 2008. № 11.

33. Система форм права в Российской Федерации // Российское правосудие. 2009. № 1.

34. Конституция Российской Федерации как фундаментальный нормативный правовой акт, содержащий основополагающие принципы и нормы российского права, подлежащие прямому применению // Российское правосудие. 2009. № 2.

35. Спор между Г. Хартом и Р. Дворкиным: анализ концептуальных положений и связанных с ними актуальных дискуссионных проблем теории права // Российское правосудие. 2009. № 3.

36. Система форм права в Российской Федерации // Конституция Российской Федерации: доктрина и практика: Материалы научно-практической конференции, посвященной 15-летию Конституции РФ и 60-летию Всеобщей декларации прав человека. М., 2009.

37. Конституция РФ и иные нормативные правовые акты: отражение в социальной сфере общества // Конституция, закон и социальная сфера общества: Материалы научно-практической конференции (1 декабря 2008 г.). М., 2009.

38. Исполнение решений Европейского Суда по правам человека: современные дискуссионные вопросы теории и практики / Ершов В. В., Ершова Е. А. // Российское правосудие. 2010. № 10.

39. Современные теоретические проблемы применения международного права российскими судами / Ершов В. В., Ершова Е. А. // Российское правосудие. 2010. № 11.

40. Современные теоретические и практические проблемы применения международного трудового права российскими судами / В. В. Ершов, Е. А Ершова // Российское правосудие. 2010. № 12.

41. Теоретические и практические проблемы исполнения решений Европейского Суда по правам человека // Материалы научно-практической конференции: Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод: итоги и перспективы. М., 2010.

42. Системная защита прав и правовых интересов граждан в соответствии с международным и внутригосударственным правом // Материалы международной научно-практической конференции (VIII августовских чтений): Государство и личность (20 лет развития Казахстана по пути прогресса). Астана, 2011.

43. Прямое применение Конституции Российской Федерации / В. В. Ершов, Е. А. Ершова // Курс лекций: Судебная власть и правосудие в Российской Федерации. М.: РАП.

44. Актуальные теоретические и практические проблемы исполнения решений Европейского Суда по правам человека // Эффективность правосудия и судебная защита: некоторые теоретические и практические аспекты: Материалы второй научно-практической межрегиональной конференции; отв. ред. О. А. Егорова, Ю. Ф. Беспалов. М., 2011.

45. Система форм права, реализуемых в России // Система права в Российской Федерации: Проблемы теории и практики. Сборник научных статей: Материалы V ежегодной международной научной конференции. М.: РАП, 2011.

46. Подготовка и отбор кандидатов на должность судьи // Судья. 2011. № 3.

47. International and national law under globalization // Dialogue of cultures under globalization. Vol. 1: Proceedings of the 11th International Likhachov Scientific Conference, May 12–13, 2011, St. Petersburg: SPbUHSS, 2011. P. 182–184.

48. Международное и внутригосударственное право в условиях глобализации // Диалог культур в условиях глобализации: Материалы XI Международных Лихачевских научных чтений. СПб., 2011. Т. 2.

49. Сотрудничество юридических вузов в евразийском пространстве // Евразийский юридический журнал. 2011. № 5.

50. Соотношение международного и внутригосударственного права в условиях глобализации // Российское правосудие. 2011. № 6.

51. Международное и внутригосударственное право с позиций легизма и интегративного понимания права // Российское правосудие. 2011. № 8.

52. Проблемы и перспективы развития юридического образования // Судья. 2011. № 9.

53. Системная защита прав и правовых интересов граждан в соответствии с международным и внутригосударственным правом // Вестник права Республики Казахстан. 2011. № 9.

54. Российское право с позиции легизма и интегративного понимания // Российское правосудие. 2011. № 10.

55. Правосудие, правопонимание и правотворчество в условиях глобализации с позиций легизма и «широкого» понимания права // Российское правосудие. 2011. № 12.

56. Теоретические и практические проблемы правового и индивидуального регулирования общественных отношений // Материалы третьей научно-практической межрегиональной конференции: Судебная власть: история и современность / Отв. ред. Ю. Ф. Беспалов. М., 2011.

57. Современные дискуссионные теоретические и практические проблемы международного и внутригосударственного права // Международное и внутригосударственное право в условиях глобализации: проблемы теории и практики: Материалы международной научно-практической конференции (25–28 апреля 2011 г.). М.: РАП, 2012.

58. Правовые проблемы информационного электронного взаимодействия субъектов процессуального доказывания // Информационные технологии, связь и защита информации МВД России. 2012. Вып. 1.

59. Источники и формы арбитражного и гражданского процессуального права с позиций легизма и интегративного правопонимания / В. В. Ершов, Е. А. Ершова // Российское правосудие. 2012. № 6.

60. Тенденции развития права и неправа // Российское правосудие. 2012. № 7.

61. Специализированное обучение в Российской академии правосудия: вопросы теории и практики // Бюллетень Иркутского областного суда, Управления Судебного департамента в Иркутской области, Совета судей Иркутской области. 2012. № 48.

62. Применение основополагающих принципов международного трудового права, международных договоров и обычаев международного трудового права к трудовым отношениям //

Материалы научно-практической конференции: Практика рассмотрения судами дел о защите трудовых и социальных прав граждан Российской Федерации. Красноярск, 2012.

63. Доктрины права и правосудия в советской и современной российской юридической науке // Правосудие в современном мире: Монография / Под ред. В.М. Лебедева, Т.Я. Хабриевой. М., 2012.

64. Право и неправо // Российское правосудие. Специальный выпуск. 2012.

65. Индивидуальное судебное регулирование: теоретические и практические проблемы // Материалы четвертой научно-практической межрегиональной конференции, посвященной 80-летию деятельности Московского городского суда: Московский городской суд в системе органов государственной власти РФ: история и современность. М., 2013.

66. Тенденции развития права и неправа // Материалы II международной научно-практической конференции: Перспективы развития уголовно-процессуального права и криминалистики. М.: РАП, 2013. Ч. 2.

67. Право и неправо: дискуссионные вопросы теории и практики // Российское правосудие. 2013. № 1.

68. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений как парные категории // Российский судья. 2013. № 2.

69. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений // Нормативное и индивидуальное в правовом регулировании: вопросы теории и практики: Материалы VII международной научно-практической конференции. М.: РАП, 2013.

70. Право и неправо: актуальные современные вопросы теории и практики // Материалы международной научно-практической конференции: Поиск баланса частных и публичных интересов в решениях международных и национальных судов (4–6 июня 2012). М.: РАП, 2013.

71. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений как парные категории // Российское правосудие. 2013. № 4.

72. Обычаи трудового права: актуальные общетеоретические и практические проблемы / В.В. Ершов, Е.А. Ершова // Российское правосудие. 2013. № 5.

73. Частный договор — источник российского права? // Российское правосудие. 2013. № 7.

74. Судебное усмотрение? Индивидуальное судебное регулирование? // Российское правосудие. 2013. № 8.

75. «Судебный прецедент?» «Судебный прецедент толкования права?» // Российское правосудие. 2013. № 9.

76. Индивидуальное правовое регулирование? Саморегулирование? // Российское правосудие. 2013. № 10.

77. Виды индивидуального регулирования общественных отношений // Российское правосудие. 2013. № 11.

78. Актуальные теоретические и практические проблемы конкретизации Конституции России // Материалы международной научно-практической конференции: Современный конституционализм: вызовы и перспективы. СПб., 2013.

79. Источники и формы права. Основополагающие (общие) принципы права // Учебное пособие: Теория государства и права; под ред. В.Н. Корнева. М.: РАП, 2013.

80. Право. Правосудие: вст. ст. // Лебедев В.М. Книга 1: Становление судебной власти в России. Монография; Книга 2: Суд. Правосудие. Судья. Российские хроники. М.: РАП, 2013.

81. Конкретизация Конституции России: теоретические и практические проблемы // Российское правосудие. 2013. № 12.

82. Дискуссионные теоретические и практические проблемы конкретизации Конституции Российской Федерации // Судья. 2013. № 12.

83. Право и неправо: актуальные теоретические и практические вопросы // Генетические закономерности права: сборник научных трудов, посвященных 90-летию со дня рождения профессора С. Г. Дробязко. Минск, 2013.

84. Право и правосудие как парные категории // Российское правосудие. 2014. № 1.

85. Судебные системы стран континентальной Европы на примере Германии и Франции / В. В. Ершов, Н. А. Петухов // Российское правосудие. 2014. № 4.

86. Правосудие в правовом государстве // Правовое государство и правосудие: проблемы теории и практики: Материалы VIII Международной научно-практической конференции (15–19 апреля 2013 г.). М.: РАП, 2014.

87. Судебные ошибки и конкретизация права // Судебная ошибка и ее последствия: материалы Пятой межрегиональной научно-практической конференции. М., Проспект, 2014.

88. Верховенство права — концепция или доктрина? // Российское правосудие. 2014. № 6.

89. Конкретизация права // Российское правосудие. 2014. № 7.

90. Обычаи международного и российского права / В. В. Ершов, Е. А. Ершова // Социология права: Курс лекций / Отв. ред. М. Н. Марченко. М., 2015. Т. 2.

91. Конкретизация Конституции России: теоретические и практические проблемы // XX лет Конституции Российской Федерации. Конституционализм в теории и практике отечественной государственности: история и современность: Материалы III Конституционных чтений. М.: РГУП, 2014.

92. Правовое государство — концепция или доктрина? // Российское правосудие. 2015. № 1.

93. Правовая природа скрытых трудовых правоотношений (совместно с Е. А. Ершовой) // Российское правосудие. 2015. № 2.

94. Конкретизация права: теоретические и практические проблемы: Материалы IX Международной научно-практической конференции. М.: РГУП, 2015 (+CD).

95. Судебное усмотрение? Индивидуальное судебное регулирование? Актуальные теоретические и практические проблемы // Судейское усмотрение: понятие, основания, пределы: Материалы VI Межрегиональной научно-практической конференции / Отв. ред. О. А. Егорова, Ю. Ф. Беспалов. М., 2015.

96. Прямое применение Конституции России национальными судами в процессе рассмотрения конкретных споров (ad hoc) // Применение национальных конституций судами в Российской Федерации и Франции: сравнительно-правовой аспект: Материалы «круглого стола». М.: РГУП, 2015.

97. Суд и правоохранительные органы Российской Федерации. В 2 т.: Учебник для академического бакалавриата / Под общ. ред. В. В. Ершова. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2016. Т. 1.

98. Международное и внутригосударственное право и неправо: юридическая природа, классификация и дифференциация // Российское правосудие. 2015. № 9.

99. Анализ права и государства с общенаучных позиций // Российское правосудие. 2015. № 12.

100. Применение российскими судами принципов и норм права, содержащихся в Конституции Российской Федерации и международном праве, в процессе регулирования таможенных правоотношений // Российское правосудие. 2015. № 12.

101. Применение российскими судами принципов и норм права, содержащихся в Конституции РФ и международном праве, в процессе регулирования таможенных правоотношений // Международный юридический форум. Владивосток, 2015.

102. О формах права в Союзном государстве // Дальнейшая гармонизация законодательства республики Беларусь и Российской Федерации (Заседание сорок первое, г. Минск, 27–28 мая 2015 г.) / Под ред. С. Г. Стрельченко. Минск.: Центр системного анализа и стратегических исследований НАН Беларуси, 2015.

103. Избранное / В. В. Ершов, Е. А. Ершова. М.: РГУП, 2015. (+CD).

104. Теоретические и практические проблемы применения Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации // Российское правосудие. 2016. № 2.

105. Правовая природа, функции и классификация принципов национального и международного права // Российское правосудие. 2016. № 3.

106. «Аналогия права» и «пробелы в праве»: теоретические и практические проблемы // Нравственные начала российского правосудия: Материалы Седьмой Межрегиональной научно-практической конференции / Отв. ред. О. А. Егорова, Ю. Ф. Беспалов. М., 2016.

107. Пробелы в праве: правовая природа и способы преодоления // Российское правосудие. 2016. № 4.

108. Обоснование архитектуры информационно-правового знания и источников информационного / В. В. Ершов, Д. А. Ловцов // Монография: Системология правового регулирования информационных отношений в инфосфере. М.: РГУП, 2016.

109. Верховенство права и правовое государство: актуальные теоретические и практические проблемы // Верховенство права и правовое государство: проблемы теории и практики: Материалы X международной научно-практической конференции. М.: РГУП, 2016.

110. Принципы российского уголовно-процессуального права: актуальные теоретические и практические проблемы // Российское правосудие. 2016. № 7.

111. Теоретические и практические проблемы применения Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации // Сборник материалов научно-практической конференции «Вопросы применения Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации» (21–23 октября 2015). Белокуриха, 2016.

112. Актуальные проблемы правопонимания, правотворчества и правоприменения // Российское правосудие. 2016. № 9.

113. О правопонимании, правотворчестве и правоприменении в России / В. В. Ершов, Е. А Ершова // Курс лекций: Современное правопонимание»; отв. ред. М. Н. Марченко. М., 2016.

114. Определенность права // Российское правосудие. 2017. № 1.

115. Российские правовые договоры // Российское правосудие. 2017. № 3.

116. Принципы права: актуальные теоретические и практические проблемы // Принципы права: проблемы теории и практики: Материалы XI международной научно-практической конференции. В 2 ч. М.: РГУП, 2017. Ч. 1.

117. Анализ интегративного правопонимания с общенаучных позиций // Российское правосудие. 2017. № 5.

118. Источники и формы национального и международного права, реализуемого в России // Российское правосудие. 2017. № 7.

119. Правопонимание, правотворчество и правореализация: современные теоретические и практические проблемы // Российское правосудие. 2017. № 8.

120. Виды специальной правоспособности индивида // Российское правосудие. 2017. № 9.

121. Природа индивидуального регулирования общественных отношений: теоретические и практические проблемы // Российское правосудие. 2017. № 10.

122. Природа «позиций судов»: теоретические и практические проблемы // Российское правосудие. 2017. № 12.

123. Природа и виды судебных прецедентов // Российское правосудие. 2018. № 1.

124. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений: Монография. М.: РГУП, 2018.

125. О формах международного права, реализуемых в России // Вестник Томского государственного университета. 2018. № 427.

126. Парные категории «определенность права» и «неопределенность права» // Определенность и неопределенность права как парные категории: проблемы теории и практики: Материалы XII международной научно-практической конференции. В 3 ч. М., РГУП, 2018. Ч. I.

127. Эволюция института правоспособности индивида // Российское правосудие. 2018. Специальный выпуск.

128. Теоретические и практические проблемы взаимосвязи, взаимовлияния и соотношения международного и национального права в России// Общая теория права. История и современное состояние: Коллективная монография. 2018.

129. Теоретические и практические проблемы научно обоснованной концепции интегративного правопонимания и юридического позитивизма // Правосудие в эпоху интеграции: Сборник материалов международной научно-практической конференции. М., 2018.

130. Универсальное в национальном и международном праве // Журнал Российского права. 2018. № 7.

131. Парные категории «определенность права» и «неопределенность права» // Определенность и неопределенность права как парные категории: проблемы теории и практики: Материалы XII международной научно-практической конференции. В 3 ч. М.: РГУП, 2018. Ч. 1.

132. Парные категории «определенность права» и «неопределенность права» // Определенность и неопределенность права как парные категории: проблемы теории и практики: Материалы XII международной научно-практической конференции. В 3 ч. М.: РГУП, 2018. Ч. 2.

133. Конкретизация и толкование права в судебной практике // Экономическое правосудие на Дальнем Востоке России. 2018. № 2 (11).

134. The Essence of the Principles of Law // Journal of Siberian University. Humanities & Social Sciences. 2018. № 12.

135. Антология научной мысли: к 20-летию Российского государственного университета правосудия. М.: РГУП, 2018.

136. Сущность толкования и конкретизация права // Российское правосудие. 2019. № 1.

137. Принципы права: сущность и функции // Российское правосудие. 2019. № 2.

138. Специальные принципы российского трудового права / В. В. Ершов, Е. А. Ершова // Журнал Российское правосудие. 2019. № 3.

139. Толкование и конкретизация административного процессуального права // Российское правосудие. 2019. № 5.

140. Право в контексте парадигмы метамодерна // Правосудие. 2019. № 2.

141. Регулирование трудовых правоотношений в России / В. В. Ершов, Е. А. Ершова // Вестник Томского государственного университета. 2020. № 455.

142. Право и неправо с позиции Г. В. Гегеля // Российское правосудие. 2020. № 9.

УКАЗАТЕЛЬ ИМЕН

А

Аболонин В. *447*
Авдюков М. Г. *187*
Агарков М. М. *428*
Аквинский Фома *152, 488*
ван ден Аккер Робин *59*
Александров Н. Г. *199, 207, 259, 268, 375, 428, 446, 472, 473, 480*
Алексеев С. С. *21, 22, 28, 32, 123, 140, 144, 174, 202–204, 240, 241, 247, 259, 266, 315, 318, 346, 362, 387, 388, 406, 407, 479–481*
Алиев Ш. И. *97*
Анаксимандр *239*
Анишина В. И. *207, 288, 289, 408*
Ансон В. *377*
Антонов М. В. *19, 64*
Анцилотти Д. *501, 504, 505*
Апт Л. Ф. *269*
де Аречага Э. Х. *505*
Аржанов М. А. *428*
Аристотель *34, 58, 152, 197, 228, 240, 279*
Архипов В. В. *452*

Б

Бабаев В. К. *208, 239, 240*
Баглай М. В. *331, 354*
Байкин И. М. *309, 310*
Байниязова З. С. *201*
Байтин М. И. *22, 23, 124, 208, 224, 249, 370, 371, 428, 430, 446*
Балашов А. Н. *229*
Барак А. *330, 331, 339–341, 352–354*
Баранов В. М. *260, 363*
Барбер Н. У. *39, 40, 394, 395*
Бастрыкин А. И. *220*
Бачинин В. А. *69, 71*
Бегичев Б. К. *484*
Бедитт Т. *398*
Безина А. К. *259, 267, 268*
Безруков С. С. *221–223, 227*
Белоножкин А. Ю. *451*
Белых В. С. *207*
Бентам Дж. *154*
Бентам И. *396*
Берг Л. Н. *334, 337, 353*
Бержель Ж.-Л. *243*
Берталанфи Л. *19, 65*
Бирюков П. Н. *500*
Блауберг И. В. *20, 21, 26, 67, 86*
Блэкстон *391*
Бобылев А. И. *253*
Богдановская И. Ю. *75, 385, 396, 398, 402*
Боден Ж. *101, 111*
Бойков А. Д. *212, 308*
Боннер А. Т. *186, 187, 215, 309, 340*
Борисова Е. А. *229, 230, 287*
Бохан В. Ф. *333*
Брагинский М. И. *374, 376*
Брактон Г. *152*
Братусь С. Н. *428, 446*
Брэбан Г. *234, 235*
Бугров Л. Ю. *376, 377*
Буткевич В. Г. *119, 120*
Бэкон Ф. *197*
Бэрендтс Э. *40, 394*

В

Вавилов С. В. *405*
Васильев А. В. *125, 255*
Васильев А. М. *22, 196, 474*
Васьковский В. *358*
Васьковский Е. В. *199, 330, 332, 357–359*
Ваттель Э. *99*
Вахитов Р. С. *336*
Вдовина Е. И. *229*
Ведяхин В. М. *253*
Ведяхина К. В. *202, 251*
Вельдхабер Л. *504*
Велькер Карл Теодор *171, 177*
Вельяминов Г. М. *12–14*
Венгеров А. Б. *28, 140*
Вентер Ф. *168, 169*
Верещагин А. Н. *402*
Вермюлен Тимотеус *59*
Вершинина Е. С. *269*
Визир П. И. *297*
Вильдхабер Л. *289*
Вильнянский С. И. *186, 387*
Винер Н. *26, 27, 30, 139, 141, 142, 344*

Виноградов В. А. *151, 159*
Витрянский В. В. *374, 376*
Власенко В. Н. *263*
Власенко Н. А. *165, 267, 298, 361, 367*
Власов Е. В. *229*
Вольтер *180*
Вольф Х. *99*
Вопленко Н. Н. *205, 248, 259, 261, 267, 268*
Воронов А. Ф. *210, 215, 216*
Вострецова О. А. *486*
Вылегжанин А. Н. *509, 513, 514*
Вышинский А. Я. *55, 429, 485*

Г

Гаврилова Б. Я. *337*
Гаджиев Г. А. *48, 68, 150, 155, 156, 160, 161, 177, 365, 368, 408, 452, 469, 470*
Гаджиманова Ф. М. *97*
Гаджинова Ф. М. *98*
Галенская Л. Н. *503*
Галузин А. Ф. *253*
Галунский С. А. *428*
Гасилина В. Н. *198*
Гвоздецкий Д. С. *8*
Гегель Г. *26, 51, 66, 68–72, 101, 138, 145, 198, 329, 348*
Гельвеция *198, 236*
Генкин Д. М. *428*
Геновский М. *504*
Генон Рене *63*
Гессен В. М. *174, 175*
Глазатова Т. С. *14, 15, 17*
Глазырин В. В. *31, 142, 264, 345*
Глухоедов М. С. *395, 401*
Гоббс Т. *393*
Головко Л. В. *220, 271*
Гордиенко Т. Г. *197*
Горшенев В. М. *316*
Горшенева Ю. А. *479*
Граната Н. Л. *309*
Грачева Ю. В. *340*
Гребенщиков А. В. *376*
Гревнов А. А. *229*
Гредескул Н. А. *259*
Грибанов В. П. *204, 447–451*
Гринева А. В. *361, 367*
Гриненко А. В. *220, 222*
Громошина Н. А. *229, 230*
Грот Р. *173*
Гроций Г. *99*
Гуго Г. *488*
Гук П. А. *207, 267, 340, 353, 400, 401*
Гурвич Г. *489*
Гурвича Г. Д. *61*
Гуреев С. А. *500*
Гусов К. Н. *518*
Гуценко К. Ф. *219, 220*
Гущина Н. А. *395, 401*

Д

Давид Р. *16*
Давыдов В. А. *271*
Дайси А. В. *153, 154, 161, 162, 164, 169*
Дворкин Р. *80–87, 90, 95, 235, 236, 333, 392*
Демидов В. В. *405*
Демченко Г. В. *332*
Денисова А. И. *480*
Дерюжинский В. Ф. *37*
Джеймс Х. *14*
Джефферсон И. *36*
Дикарев И. С. *292*
Дудин А. П. *44*
Дюги Л. *489*
Дюрягин И. Я. *318*

Е

Евклид *239*
Еллинек Г. *112, 181*
Ем В. С. *451*
Емузов А. С. *332*
Ерёмин С. Г. *477*
Ермаков А. Н. *229*
Ермакова К. П. *336, 337*
Ершов В. В. *272*
Ершова Е. А. *53*

Ж

Желина Ф. *174*
Жиккель Ж. Э. *173*
Жилин Г. А. *129, 308, 395*
Жуйков В. М. *187*
Жуков Н. И. *27, 139*

З

Загорский Г. И. *219*
Зайкин А. Д. *484*
Занина М. А. *360, 443*

Захаров А. Л. *188, 200, 251, 252, 254*
Зверев Д. В. *407*
Здунова Д. И. *479, 480*
Зивс С. Л. *484*
Зимненко Б. Л. *115, 116, 118, 407, 515, 523, 535, 537*
Зорькин В. Д. *59, 102, 159, 368, 369, 371*
Зрейк Л. *490, 492*
Зумбулидзе Р. З. *109, 512, 516, 534*

И

Иванов В. В. *374, 376, 474, 475, 478, 480–482*
Иванов Р. Л. *240*
Ивин А. А. *224*
Игнатенко Г. В. *496, 497, 502*
Игнатьева И. А. *241*
Иеринг Р. *181*
Ильинская О. И. *514*

К

Кажлаев С. А. *229*
Казанцев М. Ф. *479*
Казимирчук В. П. *22*
Каламкарян Р. А. *509, 513, 514*
Калинин А. Ю. *125*
Калинин С. А. *12, 123, 124*
Канашевский В. А. *9*
Кант И. *172, 177, 198*
Карбонье Ж. *22*
Кардозо Б. *381, 390*
Карташов В. Н. *208, 259, 268, 367*
Качалов В. И. *272*
Качалова О. В. *272*
Кашанин А. В. *85, 311*
Кашанина Т. В. *311, 318, 320, 321, 376*
Кельзен Г. *81, 112*
Кеннон У. *33*
Керимов Д. А. *124, 126, 201, 446*
Кетц Х. *375*
Кечекьян С. Ф. *122, 430, 474*
Киселёв А. *271*
Кистяковский Б. А. *61*
Киськин Е. В. *206*
Клейнман А. Ф. *212*
Ковлер А. И. *493, 503*
Ковтун Н. Н. *289*
Кожевников С. Н. *206, 253*
Кожевников Ф. И. *497, 508*
Кокошина Ф. Ф. *174*
Комаров С. А. *96, 125*
Комиссаров К. И. *186*
Коновалова А. С. *58, 487–489, 492, 494, 509, 533*
Кононенко В. И. *272*
Кононова А. Л. *144, 210, 234, 239*
Коренев А. П. *333*
Корецкий А. Д. *477, 478*
Коркунов Н. М. *36, 122, 148, 181*
Коротеев К. Н. *368*
Котляровский С. А. *174*
Кравченко Д. В. *157*
Крайгир М. *152, 164, 166, 167, 177*
Краснояружский С. Г. *317*
Кристи Дж. *389*
Кросс Р. *389, 393, 397*
Крусс В. И. *449*
Крыжан В. А. *487, 490, 492, 493*
Кряжков В. А. *367*
Кряжкова О. Н. *363, 369*
Кудрявцев В. Н. *22, 446*
Кузнецова О. А. *209*
Кулакова В. Ю. *271, 291*
Кулакова Ю. Ю. *479*
Кулапов В. Л. *479*
Курзински-Сингер Е. *229*
Курилин М. Н. *518*
Курский Д. И. *386*
Кутафин О. Е. *518*

Л

Лаврусь С. Ю. *206, 235, 241, 530*
Лазарев В. В. *13, 61, 62, 132, 147, 186, 250, 259, 267, 268, 347, 370, 397*
Лазарев Л. В. *367, 416*
Лапаева В. В. *52*
Лаптев П. А. *372, 405*
Лаптева И. В. *14*
Лебедев В. М. *308*
Левин Д. Б. *497, 499*
Лейст О. Э. *204*
Ленин В. И. *37*
Лескова Ю. Г. *326, 327, 328*
Леушин В. И. *188, 256*
Лившиц Р. З. *205, 241*
Ликург *34*
Лильберн Д. *34*
Лихачев М. А. *496, 497, 502*
Ллевелин *381*

Локк Дж. *34–36, 40, 153*
Лорд Бингхем *162*
Лотман Ю. М. *12, 64*
Лукашева Е. А. *199, 200, 202, 206, 207, 446*
Лукашук И. И. *89, 233, 234, 406, 407, 498, 500, 522*
Лукьяненко М. Ф. *341, 353*
Лупинская П. А. *219*
Лучин В. О. *125, 367, 370*

М

Магазинер Я. М. *72, 73, 474*
Мазуров А. В. *125*
Малеин Н. С. *449*
Малинин С. А. *500*
Малиновский А. А. *339, 450*
Малышев К. И. *211*
Малько А. В. *96, 205*
Мальцев Г. В. *489*
Манов Г. Н. *240*
Маркова-Мурашова С. А. *241*
Маркс К. *37, 429*
Мартенс Ф. Ф. *496*
Мартынчик Е. Г. *347*
Марченко В. М. *411*
Марченко М. Н. *13, 20, 112, 123, 124, 126, 249, 250, 379, 384, 410–412, 471, 472, 475–478, 483*
Маршалл Дж. *39, 40*
Масаладжиу Р. *286*
Матузов Н. И. *23*
Медная Ю. В. *320*
Миколенко Я. Ф. *431*
Минникес И. А. *318–324*
Митюков М. А. *362*
Михайловский И. В. *218*
Мкртумян А. Ю. *73, 74, 340*
Моджорян Л. А. *500*
Моисеева С. В. *81*
Молчанов В. В. *130*
Моль фон Роберт *172, 177*
Монжаль П. И. *75, 278, 414*
Монтескье Ш. *34–36, 41, 42, 180*
Морщакова Т. Г. *365*
Муравский В. А. *321*
Муратова Д. А. *442*
Муромцев Г. И. *235, 489*
Муромцев И. *205*
Мэдисон Джемс *154*
Мэйн Г. *481, 482*
Мясин А. А. *479*

Н

Назаренко Т. Н. *288, 289, 291–294*
Невирко Д. Д. *525*
Недбайло П. Е. *186, 259, 268*
Недзел Н. Е. *171, 173, 180*
Некрасова М. Е. *479*
Немытина М. В. *24, 52, 54, 58, 65*
Нерсесянц В. С. *204, 303, 391, 431*
Нефёдов Б. И. *100, 101*
Нефедова Ю. Ю. *8, 9*
Нечитайло М. А. *479*
Нешатаева Т. Н. *280, 386*
Никитинский В. И. *31, 142, 264, 345*
Новгородцев П. И. *97*
Нырков В. В. *138*

О

Ожегов С. И. *121*
Оппенгейм Л. *514*
Орловский П. *387*
Осипов М. Ю. *206*
Остин Дж. *80, 81, 83, 122, 154, 389, 390*

П

Палиенко Н. И. *174*
Паломбелла Д. *167*
Панкевич Н. В. *229*
Папкова О. А. *337, 339*
Парфенова Т. А. *482*
Паунд Р. *154, 375, 381, 390*
Пауэлл *390*
Пашерстник А. Е. *428*
Пашуканис Е. Б. *430*
Петрухина И. Л. *219*
Петрушенко Л. А. *28, 140*
Пиголкин А. С. *259, 268*
Пикалов И. А. *222*
Пионтковский А. А. *430*
Платон *34, 58, 152*
Плашевская А. А. *296*
Покровский И. А. *293, 333, 351, 378*
Поленина С. В. *438, 457*
Полибий *34*
Поляков А. В. *7*
Поляков С. Б. *271, 290*

Полянский Н. Н. *218, 428*
Попов В. В. *96, 98*
Попов О. В. *341, 353*
Поротикова О. А. *447*
Пресняков А. Е. *385*
Пресняков М. В. *290, 291*
Пугинский Б. И. *377–379, 382, 383*
Пуффендорф С. *99*
Пухта Г. *488*
Пьянов Н. А. *324, 325*

Р

Рабинович И. М. *268*
Радутная Н. В. *352*
Радченко В. И. *38*
Радько М. Н. *236*
Раз Дж. *86*
Реутов В. П. *125*
Реуф В. М. *200, 252*
Решетникова И. В. *215, 230*
Ридель Э. *526*
Робеспьер М. *35, 37*
Родионова О. В. *63*
Розин Н. Н. *218*
Романова Т. И. *46*
Россинский С. Б. *219*
Роттек Карл *177*
Рубанов А. А. *407*
Руссо Ж. Ж. *35, 37*
Рябцева Е. В. *230, 231*
Рябченко Е. В. *96*

С

Савиньи К. *488*
Савицкий В. А. *367*
Садовский В. Н. *20, 86*
Саенко А. В. *233*
де Сальвиа Микеле *277, 411*
Самощенко И. С. *446*
Самхарадзе Д. Г. *510, 511, 513, 516, 517, 523*
Сартори Дж. *178*
Севастьянова Е. В. *336*
Селзник Ф. *177*
Сенякин И. Н. *337, 338, 479*
Сидоренко А. И. *271, 290*
Силкенат Дж. Р. *158, 159*
Синюков В. Н. *23*
Сиотто Пинтора М. *504*
Скурко Е. В. *201, 206, 254*
Смбатян А. С. *511*
Смирнов О. В. *203, 204*
Сокольникова В. А. *70*
Стальгевич А. К. *430*
Старилов Ю. Н. *37*
Степанков В. Г. *363*
Степкин Е. Ю. *101, 114, 115, 531*
Страшун Б. А. *368*
Строгович М. С. *218, 220, 222, 428, 446*
Стучка П. И. *387*
Султанов А. Р. *287, 294, 295*
Суркова О. Е. *201, 252*
Сухинина И. В. *368*
Сырых В. М. *196, 244–246, 428, 479, 498*

Т

Таманаха Б. З. *163*
Тарановский Ф. В. *375, 473*
Тарасов Н. Н. *95, 99*
Тарусин Н. Н. *229*
Темирбеков Ж. Р. *170, 180*
Тидеманн П. *172*
Титова А. В. *310*
Тихомиров Ю. А. *23, 439, 457, 474, 478*
Тихомиров Л. А. *199*
Толкачев Е. А. *479*
Толстик В. А. *117*
Толстой В. Л. *503*
Толстых В. Л. *231*
Томин В. Т. *216, 218, 220, 221, 223, 227, 277*
Топорнин Б. Н. *388*
Третьякова С. В. *85*
Треушников М. К. *214, 309*
Трипель Г. *99, 501*
Трубецкой Е. Н. *98*
Тулинова Б. *229, 230*
Туманов В. А. *408, 488*
Тункин Г. И. *231, 508*

У

Ударцева С. Ф. *170, 180*
Ульпиан *309*
Урсул А. Д. *297*
Усачев А. А. *220*
Усенко Е. Т. *233, 498, 531*
Ушаков Н. А. *501*

Ф

Фархутдинов Я. Ф. *129*
Фаткуллин Ф. Н. *317*
Фердросс А. *506*
Ференц-Сороцкий А. А. *215*
Филимонов Б. А. *220, 221*
Филиппов А. Н. *489*
Филипс О. Х. *151*
Фойницкий И. Я. *149, 218*
Фокина М. А. *310*
Фрэнк Э. *390*

Х

Хабриева Т. Я. *155*
Хайретдинова М. Д. *269*
Халиулин А. Г. *272*
Харт Г. *80–87, 90, 95, 234–236, 335*
Хейл М. *334, 391*
Хессе К. *39*
Химичева О. В. *220*
Холдсворт *397*
Холмс О. В. *155*
Хохлов Е. Б. *485*
Хропанюк В. Н. *96*

Ц

Цвайгерт К. *375*
Цивадзе Н. А. *113, 527*

Ч

Черданцев А. Ф. *60–62, 165, 224, 259, 263, 267, 268, 418, 479*
Черниченко С. В. *496, 498*
Чернобель Г. Т. *207*
Чернов К. А. *209, 252, 530*
Чечина Н. А. *215*
Чичерин Б. Н. *174, 175*
Чуров В. Е. *13*
Чхиквадзе В. М. *446*

Ш

Шабуров А. С. *450*
Шамшурин Л. Л. *229*
Шаов И. К. *530*
Шаповал Е. А. *487*
Шарандина В. А. *157*
Шарифуллин В. Р. *324*
Шафиров В. М. *97, 98*
Шебанов А. Ф. *122*
Шершеневич Г. Ф. *122, 198, 375, 484, 472*
Шмелева Г. Г. *259, 268*
Шопина О. В. *479*
Штерн К. *156*
Шунаев Д. М. *289*
Шуршалов В. М. *502*

Э

Эбзеев Б. С. *13*
Экимов А. И. *125*
Экмалян А. М. *207*
Энгельс Ф. *37, 429*
Энтин М. Л. *405*
Эпикур *488*
Эрлих Е. *489*
Эрлих О. *381*
Эшби У. *32, 143, 265, 346*

Ю

Юдин Э. Г. *20, 21, 25, 26, 65–67, 86*

Я

Яблочков Т. М. *211*
Явич Л. С. *96, 123, 203, 236, 247, 315*
Яковлев В. Ф. *376*
Ярков В. В. *130*
Ященко А. С. *62*

L

Leoni B. 151

УКАЗАТЕЛЬ ТЕРМИНОВ

А

Абстрактный нормоконтроль *50*
Абстракция *145*
Аксиома *240*
Аналогия закона *184*
Аутентичное толкование *358*

В

Верховенство права *151, 228, 273, 289, 304*
Ветви государственной власти *40*
«Видимость» «права» *70*
Власть *38, 304*

Г

Герменевтика *357*
Глобализация *112*
Гомеостазис *32*
Государство *173, 304*

Д

«Делимость» власти *36*
Дискреция *331*
Дифференциация правового и индивидуального регулирования правоотношений *315*
Дифференциация сфер правового и индивидуального регулирования *31, 142*
Доктрина *170, 182*
Дуалистическая концепция и монистическая концепция *114*

Е

Естественное право *97*
Естественно-правовая доктрина *84*
Естественно-правовая и психологическая концепция права *53*

З

Закон *302*
Законодательство *54, 95, 153, 196, 269, 298, 301*
Защита прав и правовых интересов физических и юридических лиц *314*

И

Индивидуализация права *263*
Индивидуальное регулирование *91, 314*
Индивидуальное регулирование правоотношений *294*
Индивидуальное судебное регулирование правоотношений *44*
Индивидуальное (ненормативное) регламентирование *316*
Индивидуальные правовые акты *319*

Индивидуальные регуляторы *72*
Интегративное правопонимание *53, 126, 143, 152, 184*
«Истолкование» права *352*
Источник *126*
Источники права *121, 301*

К

Казуальное регулирование *318*
Кибернетика *26*
Коллизия *93, 298*
Компетенция *38*
Конкретизация права *93, 259, 260, 269, 353*
Конкретный нормоконтроль *50*
Конституционализм *97*
Континентальная правовая семья *336*
Концепция *182*
Концепция «охранительного либерализма» *175*
Концепция дуализма *100*

М

«Международная» правоспособность индивида *506*
Метамодерн *59*
Методологический подход *349*
Микронормы *320*
Монизм *101*
Монистическая методология *96*

Н

Научно дискуссионная концепция интегративного правопонимания *58, 84, 85, 200, 248, 260, 289, 301*
Научно обоснованная концепция интегративного правопонимания *24, 59, 88, 100, 181, 187, 250, 263, 273, 301*
Начало *218*
Ненормативное регулирование *318*
Неопределенность права *297*
Неправо *68*
Нормативное регулирование *316*
Нормоконтроль *47*
Нормы права *226*
Нормы-принципы *204*

О

Обратная связь *27, 138*
Общее право *153*
Общепризнанные принципы права *234, 248*
Определенность права *228, 271, 279*
Основная задача нормы не в описании определенного поведения или результатов этого поведения, а в предписании этого поведения *224*

Основные принципы *234*
Основополагающие (общие) и специальные принципы права *301*
Основополагающие (общие) принципы международного права *234*
Основополагающие (общие) принципы национального права и (или) международного права *244*
Основополагающие (общие) принципы права *250*

П

Пара *138*
Парные регуляторы правоотношений *315*
Пишущие о верховенстве права часто различают его «тонкие» или «формальные» концепции, с одной стороны, и «толстые», «существенные» или «материальные» концепции — с другой *164*
Позитивистское правопонимание *53, 199*
Позитивное право *98*
Позиция *361*
Постулат *239*
Право *55, 80*
Право *68, 141, 301*
Право *153*
Правовая система *22*
Правовое государство *273*
Правовое государство *171*
Правовое и индивидуальное регулирование правоотношений *30, 86, 263*
Правовое регулирование *315*
«Правовое регулирование» и «индивидуальное регулирование» правоотношений *137*
Правовое регулирование правоотношений *91*
Правовой массив *23*
Правовой принцип *201*
Правовые нормы *81*
Правовые позиции *361*
Правовые позиции судов *362*
Правовые регуляторы *72*
Правовые регуляторы правоотношений *297*
Правопонимание *23, 52, 96*
Правоприменение *23, 43, 76, 141, 265*
Правореализация *52*
Правосудие *301, 307*
Правотворчество *23, 52*
Презумпция *239*
Преодоление коллизий *359*
Прескриптивная (предписывающая) информация *344*
Прецедент индивидуального судебного регулирования правоотношений *77*
Прецедент судебного толкования *370*
Прецедентное регулирование *322*
Прецеденты толкования *76*
Принцип *83, 197*

Принцип обратной связи *139*
Принцип правовой определенности *273*
Принципы обратной связи *27*
Принципы права *196*
Принципы права *160, 249*
Пробел в праве *147, 183, 299*

Р

Равновесие властей *330*
Разделение властей *34*
Регулирование правоотношений *137*
Регуляторы правоотношений *68*

С

Связь *25, 66*
Синкретизм *58, 79, 82*
Система *64*
Система органов государственной власти *41*
Система права *24, 99, 187*
Система форм права *24, 65*
Социалистическое правопонимание *96*
Социальное управление *141*
Социальные регуляторы общественных отношений *86*
Социологический способ толкования норм права *358*
Субъект международного права *499*
Суверенитет *111*
Судебная власть *35*
Судебное (судейское) усмотрение *329*
Судебное правоприменение *29, 90, 107, 140*
Судебный контроль *47*
Судебный прецедент *73, 127*
Судебный прецедент как источник права *370*

Т

Теория общественного согласия *153*
Теория информации *30, 142*
Теория разделения властей *148*
Теория систем *86, 138*
Толкование *92*
Толкование закона *356*
Толкование права *263, 356*
«Тонкие» или «формальные» концепции, «толстые», «существенные» или материальные концепции «правового государства» *177*

У

Умеренный монизм *505*
Усмотрение *294*

Ф

Форма *126*
Формы права *121, 368*
Функция *38*

Ц

Целостность *25, 66*

Э

Элемент *25, 66*

Ю

Юридико-либертарная концепция права *53*
Юридический позитивизм *53, 80, 95, 126, 152, 184, 255, 260, 286, 301*

Научное издание

Ершов Валентин Валентинович

РЕГУЛИРОВАНИЕ ПРАВООТНОШЕНИЙ

Монография

Редакторы: *Е. В. Алферова, О. В. Лужина*
Корректоры: *Л. А. Запылаева, В. В. Паламарчук*
Верстка: *А. А. Грач*
Оформление: *Т. Б. Егорова*
Рабочая группа: *А. Д. Виноградова, О. Н. Пестрякова, Ю. Д. Фадеева, А. В. Юрова*

Подписано в печать 30.10.2020. Формат 60×90 $^{1}/_{16}$.
Усл. печ. л. 35,25. Тираж 1000 экз. (2-ый завод — 770 экз.)

Российская государственный университет правосудия
117418, г. Москва, ул. Новочеремушкинская, д. 69