

МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ И НАУКИ  
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ  
ВОЛГОГРАДСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

**Н.Н. Вопленко, А.П. Рожнов**

**Правоприменительная практика:  
понятие, основные черты  
и функции**

**МОНОГРАФИЯ**

Волгоград 2004

ББК 67.0я73  
В74

Рецензенты:

д-р юрид. наук, проф., зав. каф. уголовного права ВолГУ

**Л.В. Лобанова;**

канд. юрид. наук, доц., нач. каф. теории права и прав человека  
Волгоградской академии МВД РФ **В.А. Рудковский**

*Печатается в авторской редакции*

**Вопленко Н.Н., Рожнов А.П.**

**В74** Правоприменительная практика: понятие, основные черты и функции: Монография. — Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2004. — 205 с.

ISBN 5-85534-946-2

Монография посвящена анализу правоприменительной практики как нетрадиционного источника российского права. В этой связи рассматриваются дискуссионные вопросы понятия и классификация всей системы источников права. Выделяются, в частности, источники права, установленные государством и санкционированные им. Особое внимание уделяется понятию и видам правоприменительной практики как спонтанно формируемому опыту правоприменительной деятельности, имеющему внутренние закономерности своего развития.

Работа может быть полезной для российского правоприменителя, студентов, аспирантов и преподавателей, всех, кто интересуется проблемой понятия и роли правоприменительной практики в жизни общества.

**ББК 67.0я73**

ISBN 5-85534-946-2



© Н.Н. Вопленко, А.П. Рожнов, 2004

© Издательство Волгоградского  
государственного университета, 2004

## Введение

---

Целенаправленное и эффективное осуществление правовой реформы в современной России, обеспечение прав и свобод личности, а также упрочение законности невозможно без теоретического понимания внутренних связей в системе источников права, закономерностей их формирования и развития. Между тем в общей теории права и отраслевой юриспруденции исследование этой проблемы ведется с явным приоритетом в сторону традиционных официальных источников права, принижая тем самым и недооценивая регулятивные возможности нетрадиционных источников. Проблема официального выражения и закрепления норм права в правовых обычаях, нормативных договорах, актах общественных объединений, юридической практике, правовой доктрине, религиозных догматах рассматривается чаще всего походя или на уровне локальных исследований. Особое место и исключительно важную роль в системе нетрадиционных источников или, по нашей терминологии, системе форм права, санкционированных государством, играет юридическая практика и, в частности, практика правоприменения. Аккумулируя в себе организационный опыт властной реализации права и, являясь итогом высокопрофессионального правоприменения, она в порядке обратной связи активно воздействует на всю систему источников права, повышая при этом их социальную чувствительность и жизнеспособность. В правоприменительной практике наиболее выпукло и зримо проявляются основные тенденции общественной жизни: экономические, политические, нравственные и т. д. Она служит своеобразным индикатором назревших потребностей социального развития, сигнализируя как о позитивных, так и негативных процессах государственно-правовой жизни.

Являясь результатом властной организационно-правовой деятельности судебных, контрольно-надзорных, исполнитель-

ных органов государства, правоприменительная практика имеет собственные внутренние закономерности становления и развития, подчиняющиеся принципам синергетики. Отсюда проведение политико-правовых реформ, совершенствование деятельности государственного аппарата должны основываться на познании и использовании синергетических свойств и принципов становления, самоорганизации и развития правоприменительной практики. Это является необходимым условием формирования и реализации эффективной государственной политики в сфере права.

Актуальность темы исследования объясняется и тем, что именно в правоприменительной практике происходит апробирование и синтезирование правовых норм, включенных в систему законодательства и получивших статус самостоятельных элементов в системе права. Практика правоприменения — это своеобразный полигон, на котором происходит проверка жизнеспособности и надежности действующего законодательства. И в случае обнаружения его недостатков правоприменительный опыт либо сигнализирует о необходимости правотворческого вмешательства, либо сам формирует собственные механизмы (прецедент, правоположение, деловое обыкновение) корректировки правового регулирования.

Как показывают тенденции российского правоприменения и научные исследования общетеоретического и отраслевого плана, именно накапливаемый в ходе многократного правоприменения динамичный и прагматичный опыт довольно эффективно включается в процесс правового регулирования, тем самым становится составной частью нормативного звена механизма правового регулирования. Обобщение теоретических и эмпирических знаний об основных тенденциях и структуре правоприменительной практики как накопленного опыта регулирования динамично развивающихся общественных отношений в сфере властной правореализации позволяет выявить место и роль практики правоприменения в механизме правового регулирования, ее внутреннюю структуру, что является необходимым условием повышения эффективности и законности процессов правореализации.

Проблемы теоретического уяснения природы юридической практики и в частности правоприменительного нормотвор-

чества, издавна привлекали внимание отечественных правоведов и потому получили значительную разработку в научной литературе. Следует сказать, что и дореволюционная российская наука не была равнодушна к исследованию проблем практики властной правореализации. Определенное освещение феноменов судебного правотворчества получил в работах Е.В. Васьковско-го, Д.И. Мейера, И.А. Покровского, Н.С. Таганцева в основном через изучение судебного обычая как источника права.

Понятие, структура и роль практики правоприменения в отечественной юриспруденции получили научную разработку в 50—60-х гг. XX в. в трудах ученых, занимавшихся как общетеоретическими, так и отраслевыми исследованиями. В работах М.М. Исаева, А.А. Пионтковского, М.Д. Шаргородского, С.И. Вильнянского и В.И. Каминской, пожалуй, впервые был поставлен вопрос об обратном влиянии судебной практики на действующее законодательство. Их несомненной заслугой является привлечение внимания к проблемам объективированных итогов судебной деятельности при исследовании природы руководящих разъяснений Верховного Суда СССР, в которых данные авторы усматривали элементы подзаконного нормотворчества.

Научные дискуссии о природе и функциях правоприменительной практики со временем усложняются и выходят за рамки исследования постановлений Пленума Верховного Суда СССР и РСФСР в 70—80-х гг. XX в., что совпадает с периодом активной разработки теории толкования правовых норм. Проблемами правоприменительной практики, ее научного определения, видов, структуры и места в механизме правового регулирования, а также тесно связанной с этим проблематикой источников права занимались С.С. Алексеев, В.К. Бабаев, А.К. Безина, С.Н. Братусь, А.Б. Венгеров, Н.Н. Вопленко, А. Герлох, М.А. Гурвич, И.Я. Дюрягин, Ю.П. Еременко, С.Л. Зивс, В.П. Казимирчук, В.Н. Карташов, В. Кнапп, В.В. Лазарев, В.И. Леушин, М.Н. Николаева, А.С. Пиголкин, В.П. Реутов, Б.В. Саванели, И.С. Самощенко, В.М. Сырых, А. Тамаш, О.П. Темушкин, Ю.А. Тихомиров, А.Ф. Черданцев, А.Ф. Шебанов, А.С. Шляпочников, Г.Г. Шмелева, Л.С. Явич и другие ученые. Однако, несмотря на значительный объем публикаций, посвященных юридической практике вообще и правоприменительной в осо-

бенности, специальные комплексные монографические исследования по теме в рассматриваемый период были немногочисленны и исчерпывались вышедшей в 1975 году коллективной монографией под редакцией С.Н. Братуся<sup>1</sup>, кандидатской диссертацией К.М. Гарапшина (1985 г.)<sup>2</sup>, двумя монографиями В.И. Леушина и В.Н. Карташова, увидевшими свет соответственно в 1987 и 1989 гг.<sup>3</sup>

Определенная заслуга в привлечении внимания к феномену правоприменительной практики принадлежит М.И. Байтину, А.М. Васильеву, Ф.А. Григорьеву, Д.А. Керимову, А.В. Малько, М.Н. Марченко, Н.И. Матузову, А.Х. Саидову, В.Н. Синюкову, В.А. Туманову и другим ученым, работавшим в отечественном правоведении теорию правовой системы и способствовавшим привлечению внимания к изучению феномена правоприменительной практики.

В связи с демократизацией российского общества и деидеологизацией юриспруденции научно-теоретические изыскания в сфере правоприменительной практики оживились в 90-ых г.г. XX в. Этому способствовало внедрение в правовую жизнь России прежде неизвестного института конституционного контроля в виде создания и деятельности Конституционного Суда РФ, конституционных и уставных судов субъектов РФ, провозглашение принципа разделения властей, укрепление самостоятельности и независимости судебной ветви власти в процессе проведения судебной реформы. Отсюда и активный научный поиск в области исследования возможности внедрения классической доктрины прецедента в правовую систему России, обоснование прецедентного характера отдельных решений судов и соответственно возможности их легализации в качестве источника права. Данной проблемы коснулись в той или иной мере многие представители общей теории государ-

---

<sup>1</sup> См.: Судебная практика в советской правовой системе / Под ред. С.Н. Братуся. М., 1975.

<sup>2</sup> См.: Гарапшин К.М. Правоприменительная практика в советском общенародном государстве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 1985.

<sup>3</sup> См.: Леушин В.И. Юридическая практика в системе социалистических общественных отношений. Красноярск, 1987; Карташов В.Н. Юридическая деятельность: понятие, структура, ценность / Под ред. Н.И. Матузова. Саратов, 1989.

ства и права, а также отраслевых юридических наук, но особенно, помимо уже названных ученых, стоит назвать Д.Б. Абушенко, Л.Б. Алексееву, М.В. Баглая, А.Ю. Буякова, О.Н. Василенко, Д.А. Гаврилова, Г.А. Гаджиева, А.К. Горбуза, П.А. Гука, В.М. Жуйкова, С.К. Загайнову, С.А. Иванова, О.Ю. Котова, В.В. Кошелеву, О.Е. Кутафина, В.М. Лебедева, Р.З. Лившица, А.В. Мадьярову, О.В. Малову, Н.В. Михалеву, Т.Я. Насырову, А.В. Наумова, Т.Н. Нешатаеву, Н.А. Подольскую, В.В. Попова, Ю.Г. Попонова, М.Н. Придворову, А.В. Прохачева, И.Н. Сенякина, В.В. Тарасову, Б.Н. Топорнина, Т.Я. Хабриеву, Б.С. Эбзеева. Надо признать, что научный поиск обогащается и за счет работ противников признания за практикой правоприменения правотворческой функции, из которых наиболее известными являются Т.Г. Морщакова и В.С. Нерсисянц. Показательными в этой связи являются две теоретические дискуссии 1997 и 2000 гг., состоявшиеся в Институте государства и права АН РФ, посвященные проблеме судебной практики в качестве источника права<sup>1</sup>.

Однако надо отметить, что при таком объеме публикаций и при несомненном интересе к этой проблеме юридической науки правоприменительная практика тем не менее остается все же малоизученным явлением. В основном дискуссии ведутся «сквозь призму» англо-саксонской теории судебного (правоприменительного) прецедента; фактически российская правоприменительная практика сравнивается и отождествляется с данным источником права. Во многих работах продолжается отождествление или сведение практики правоприменения только к выработке т. н. «правоположений»<sup>2</sup>, что также, по нашему мнению, является явным упрощением понимания структуры практики. Кроме того, довольно часто к правоприменительной и, в частности, к судебной практике неосновательно относится любой индивидуальный правоприменительный акт юрисдикции, особенно принятый в сфере т.н. непосредственного

---

<sup>1</sup> См.: Судебная практика как источник права / Отв. ред. серии Б.Н. Топорнин. М., 1997; Судебная практика как источник права / Отв. ред. серии Б.Н. Топорнин. М., 2000.

<sup>2</sup> См., например: Придворова М.Н. Судебная практика в правовой системе Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2003.

«нормоконтроля». Тем самым «размываются» границы понятий правоприменительной деятельности и собственно ее практики в узком смысле. Следует также признать, что имеющиеся попытки изучить феномен юридической практики сквозь призму теории толкования правовых норм успешны только отчасти, так как, думается, практика правоприменения в ее «снятом» виде все же тяготеет к нормативному звену механизма правового регулирования и этим приобретает особую значимость, тогда как толкование норм права призвано обслуживать нужды текущего правоприменения, а вырабатываемые им организационно-вспомогательные правила тесно связаны с интерпретируемыми нормами.



## **ГЛАВА I. Теоретические основы понятия и классификации источников российского права**

---

### **§ 1. Понятие, система и классификация источников российского права**

Проблематика источников права не нова и в целом достаточно разработана в отечественной литературе. Наиболее глубоко в общей теории права первоначально она была проанализирована А.Ф. Шебановым. Он предложил разграничивать два аспекта изучения содержания и формы права. Первый аспект связан с рассмотрением права извне — «в его отношениях с другими общественными явлениями»<sup>1</sup>, когда право будет выступать как форма по отношению к экономике, выполняющей функции содержания. Второй аспект увязывается с рассмотрением права как самостоятельного явления общественной жизни, т. е. с изучением права изнутри. При таком подходе внутри права выделяется его непосредственное содержание и его форма. Отсюда правовые нормы и есть внутреннее, или непосредственное, содержание права, в которых находит свое выражение «государственная воля правящего класса (а в общенародном государстве — всего народа)»<sup>2</sup>.

В понятии формы права при втором подходе предлагается выделять внутреннюю и внешнюю стороны. Под внутренней формой права предлагается понимать способ связи элементов, составляющих его содержание. Поскольку содержанием права

---

<sup>1</sup> Шебанов А.Ф. Форма советского права. М., 1968. С. 14.

<sup>2</sup> Там же. С. 21—22.

являются правовые нормы, внутренней формой права будет система права<sup>1</sup>. Внешняя форма права показывает связь данного объекта — в данном случае права, с другими, т. е. как волевое содержание права объективируется вовне, каким образом оно закрепляется в материальных носителях посредством правотворческой деятельности органов государства. Таким образом, «под формой права, условно называемой внешней формой, следует понимать принятые в данном обществе формы выражения нормативной государственной воли правящего класса...»<sup>2</sup>.

Именовывать внешнюю форму права (нормативный акт, правовой обычай и судебный прецедент и т. д.) «источником права» не очень корректно, так как в развиваемой А.Ф. Шебановым концепции источником права будет сила, создающая право, вызывающая его к жизни. Такие же внешние формы права, как нормативный акт, правовой обычай, судебный прецедент и прочие, нормы права не создают, а выражают и закрепляют. Следовательно, по мнению А.Ф. Шебанова, некорректно форму называть источником своего содержания.

В литературе А.В. Мицкевичем<sup>3</sup> и С.С. Алексеевым<sup>4</sup> высказано мнение, что споры о наименовании понятий, обозначающих, во-первых, силу, создающую право, и, во-вторых, способы выражения правовых норм вовне, можно считать в настоящее время преодоленными. Термин «форма права» является сложным и чрезвычайно многозначным. Вместе с тем термин «источник права» более удобен в употреблении и традиционен для мировой юриспруденции. Следовательно, как считают авторы академического курса по общей теории государства и права, вполне уместно употребление термина *«источник права» в формальном (юридическом) смысле, или форма права, под которыми необходимо понимать «официальные формы выражения и закрепления (а также изменения или отмены) правовых*

---

<sup>1</sup> См.: Марченко М.Н. Форма права: проблемы понятия и значение // Вестник Московского университета. Серия 11, Право. 2002. № 1. С. 9.

<sup>2</sup> Шебанов А.Ф. Указ. соч. С. 24.

<sup>3</sup> См.: Общая теория государства и права: Академический курс: В 2-х т. / Под ред. М.Н. Марченко. Т. 2: Теория права. М., 1998. С. 133 и след.

<sup>4</sup> См.: Алексеев С.С. Теория права. М., 1993. С. 83.

*норм, действующих в данном государстве»*<sup>1</sup>. К таковым надо относить нормативный акт, судебный прецедент, правовой обычай, нормативный договор <sup>2</sup>.

Также отмечается, что юридические источники не следует смешивать с другим понятием источника права как причины возникновения правовых норм, т.е. их социального истока, корня, причины, что может быть раскрыто при характеристике сущности и содержания права <sup>3</sup>.

Едва ли можно согласиться с мнением об исчерпанности вопроса о понятии форм, или источников, права. Следует заметить, что, во-первых, в литературе до сих пор отсутствует универсальное определение источника права вообще. А данное определение могло бы сконцентрировать в себе те общие черты, которые присущи как форме права (источникам права в формальном смысле), так и источникам, или факторам, влияющим на содержание правовых норм.

Во-вторых, в процитированном нами выше определении юридического источника невольно сужается проблематика рассмотрения форм выражения правовых норм вовне. Внимание исследователя обращается лишь на конечный результат — своего рода материальный носитель нормы права в ее готовом виде (закон, судебный прецедент и т. д.). При этом за пределами научного поиска остаются ближайшие, или непосредственные, причины возникновения, а равно и изменения действующих, правовых норм, сам процесс изготовления, или рождения, нормы. Таким образом, из поля зрения ускользают те силы, которые творят право.

Причем данные факторы также можно разделить на две группы: (1) целенаправленное возникновение норм права в результате деятельности специально уполномоченных на то законодательных и исполнительных государственных органов —

---

<sup>1</sup> Общая теория государства и права. Т. 2. С. 133.

<sup>2</sup> Мы не можем согласиться с С.С. Алексеевым, который выделяет только три «основных вида» юридических источников, относя к ним нормативный юридический акт, прецедентный судебный акт, санкционированный обычай и оставляя за пределами так называемых «основных источников», или форм права, нормативный договор (см.: Алексеев С.С. Указ. соч. С. 83).

<sup>3</sup> См.: Общая теория государства и права. Т. 2. С. 133.

именно они и являются ближайшими, или непосредственными, причинами «рождения» источников права; (2) спонтанное формирование правовых норм и конкретных источников под влиянием факторов, процессов и явлений всего механизма общественной жизни. Их действие относительно незаметно, потому что сам момент рождения нормы права не всегда может рационально осознаваться. А как то или иное явление общественной жизни повлияло на содержание соответствующей правовой нормы, или группы норм, как правило, осознается и анализируется в ретроспективе, по прошествии достаточно значительного временного периода. Таким образом, деятельность правотворческих органов и воздействие на право элементов общественной жизни очень схожи между собой — поскольку и первые, и вторые влияют на право как конечный результат как бы «со стороны». Однако при этом было бы ошибкой отождествление их друг с другом. Деятельность субъектов правотворчества урегулирована правовыми нормами, протекает в определенных процедурно-процессуальных рамках, упорядочена, целенаправленна, профессиональна и сознательна. Тогда как действие социальных источников спонтанно, относительно незаметно в ближайшем измерении и подчиняется действию более глобальных закономерностей — законов общественного развития.

Как можно заметить, традиционное деление всех источников права на юридические и материальные не позволяет рассмотреть в качестве источников права субъектов правотворчества, а ведь именно деятельность данных субъектов, сами данные субъекты и являются ближайшими, непосредственными причинами возникновения правовой нормы. А значит, классификация источников при традиционно принятом в науке их рассмотрении только как материальных и формальных (юридических) становится незавершенной, неполной.

Наконец, нигде в литературе не называется единый классификационный критерий деления источников на материальные и юридические. Данный недочет вполне понятен, потому что, по нашему мнению, при делении источников на материальные и юридические единого основания классификации нет. Поэтому, строго говоря, деление источников на материальные и юридические вряд ли можно назвать удачным. Следова-

но, имеющаяся в науке общей теории права классификация источников права является упрощением рассматриваемой нами проблематики.

Отсюда, по нашему мнению, с учетом высказанных замечаний к научным подходам классификации источников права последние можно разделить на две большие группы: к первой следует отнести *социальные источники права*, ко второй — *легальные источники права*. Критерием деления всех источников в данном случае будет выступать их отношение к силе их создавшей, т. е. предопределенность факторами или субъектами, вызвавшими их к жизни посредством человеческой деятельности.

Так, социальные источники права влияют на содержание правовых норм объективно, как объективным является действие законов общественного развития. Они весьма отдалены от нормы права в ее «готовом виде» и влияют на содержание права лишь в конечном счете — через цепочку других факторов, явлений и процессов.

В свою очередь т. н. «легальные источники» выглядят как «законные», т. е. они в своем появлении и существовании формулируются юридически уполномоченными субъектами, призванными возводить государственную волю в закон. Значение легальных источников, как производных от правовых норм и процедур, уже проявляется даже в самом названии данной группы источников — «легальные», т. е. правовые, законные.

К группе легальных источников, т. е. субъектам правотворчества, в соответствии с Конституцией России, надо отнести: (1) народ, творящий право в порядке референдума<sup>1</sup>, (2) органы государства, причем всех ветвей власти — и законодательной, и исполнительной, а в ряде случаев и судебной, (3) должностных лиц, (4) некоторые общественные объединения, которые вправе издавать общеобязательные юридические предписания в порядке т. н. «делегированного законодательства», что наиболее отчетливо проявляется в деятельности профессиональных союзов. Результатом формулирования легальных ис-

---

<sup>1</sup> Право на референдум и свободные выборы как формы высшего непосредственного выражения власти народа России прямо закреплено в основах конституционного строя — ст. 3 Конституции РФ.

точников права является правотворчество, т. е. создание *юридических источников права*.

Юридические источники, или формы права, включают в себя (1) нормативные акты, (2) юридическую практику, (3) правовые обычаи, (4) нормативные договоры, (5) международные договоры, (6) акты общественных объединений. Иногда к ним относят также (7) традиционные правовые доктрины в странах романо-германской правовой семьи, а также (8) религиозные нормы, или традиционные нравственные нормы, религиозные вероучения, которые по объему и содержанию полностью совпадают с правовыми нормами в мусульманских странах<sup>1</sup>, где светская власть практически не отделена от духовной.

Все юридические источники, или формы права, также можно разделить на две группы, в зависимости от отношения государства к правовым формам, носителям правовых норм. Там, где государство активно в создании нормы, прямо проявляет свою волю в конструировании содержания права, где правовая норма создается профессиональным специально на то уполномоченным государственным аппаратом, в основном органами законодательной ветви власти, мы должны говорить о *юридических источниках, установленных государством*. Таковыми будут все нормативные акты, т.е. законы и подзаконные акты.

Там же, где государство уже «постфактум» одобряет созданную не им социальную норму и этим одобрением придает ранее, помимо него возникшей социальной норме статус юридической, предусматривая возможность применения государственного принуждения за неподчинение велениям такой нормы, необходимо говорить *об источниках, санкционированных государством*. К данной группе юридических источников относятся правовые обычаи, юридические (судебные) прецеденты, нормативные договоры, доктрины и религиозные нормы (мусульманское право).

---

<sup>1</sup> См., например: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / Пер. с фр. В.А. Туманова. М., 1999. С. 105 и след., 309 и след.; Сюкияйнен Л.Р. Шариат: религия, нравственность, право // Государство и право. 1996. № 8. С. 122.

Наглядно предлагаемую нами классификацию источников права можно проиллюстрировать на нижеследующей схеме-1.



На другой схеме-2 мы покажем уже классификацию юридических источников, как подвида легальных источников, на источники санкционированные и установленные государством.



Выше нами был введен термин **«легальные источники права»**, под которыми предлагается понимать *сознательную целенаправленную деятельность, специально на то уполномоченных государством субъектов, урегулированную нормами права, и имеющую своей конечной целью и результатом создание источника правовой нормы через принятые в данном обществе формы и способы выражения государственной воли.* Таким образом, легальные источники права это творческая государственно-властная дея-

тельность, характеризующаяся субъективными пристрастиями и возможными ведомственными интересами, которая основывается на законе, юридической процедуре, имеет официальный характер, а ее результатом выступают установленные или санкционированные государством формы права (юридические источники). Отсюда юридические источники — это продукт легальных источников права, необходимый результат целенаправленной деятельности, завершающейся созданием юридического источника права.

Выше также нами был введен термин «социальные источники права» при характеристике тех социальных сил и факторов, явлений, процессов, которые влияют на содержание права извне, определяя его только в конечном счете. Заметим, что в юридической литературе нет единства мнений о том, как следует называть данную группу источников. И хотя терминологические споры не всегда являются принципиальными, однако именно в них, по нашему мнению, отразились все сложности проблематики определения факторов, творящих право.

Примечательно, что проблема социальных источников права, как глобальных закономерностей государственно-общественного развития, влияющих на определение содержания права, родилась не вдруг и не только в социалистический период существования Российского государства. Так, еще в конце 19 века видный российский теоретик гражданского и торгового права Г.Ф. Шершеневич определял источники права как «формы выражения положительного права, которые имеют значение обязательных средств ознакомления с действующим правом»<sup>1</sup>. Он же нацеливал юриста на недопустимость отождествления данного понятия в сугубо техническом смысле с другими понятиями, обозначаемыми данным выражением. Не вводя в научный оборот какого-либо термина, определяющего образующие право факторы, он безусловно имел ввиду последнее. Так, по мысли Г.Ф. Шершеневича, от источников права в техническом смысле необходимо отличать, во-первых, правопродуцирующие силы — народное правосознание и законодательную власть, во-вторых, юридические памятники, которые в

---

<sup>1</sup> Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.). М., 1995. С. 36.



свое время были подлинными источниками права, а в настоящий момент сохраняют исключительно историческое значение как средство познания прежнего права, в-третьих, материал, положенный в основание закона<sup>1</sup>.

Уже в советский период развития государственно-правовых исследований С.Л. Зивсом рассматриваемая нами группа источников была названа материальными источниками права<sup>2</sup>, под которыми понимались факторы, определяющие содержание права данного общества. Как заметил данный автор, «содержание норм права ... определяется в конечном счете материальными условиями жизни общества и в этом плане они и являются «источником» права в материальном смысле»<sup>3</sup>. Поэтому, вероятно, им и делался вывод о необходимости наименования данной группы источников как «материальных».

В развитие своих мыслей для более точной терминологической характеристики материальных источников он предлагал именовать их «факторами, определяющими содержание права данного общества». Им же были проанализированы имеющиеся на тот момент неоднозначные подходы советской науки к выделению конкретных видов материальных источников, в частности, отмечено, что некоторые авторы при анализе источников права в широком смысле ограничиваются указанием на государственную волю «советского народа», другие же в поисках причин, влияющих на содержание права, исследуют экономический базис общества<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 36.

<sup>2</sup> В известном смысле данная терминологическая традиция сохраняется и до сих пор. Например, в курсах по теории государства и права при освещении темы источников (форм) права ученые выделяют: а) источник права в материальном смысле, б) источник права в идеологическом смысле, в) источник права в формально-юридическом смысле (см., например: Цыбулевская О.И., Милушева Т.В. Теория государства и права: Краткий курс лекций. Саратов, 2002. С. 93).

<sup>3</sup> Зивс С.Л. Источники права. М., 1981. С. 22.

<sup>4</sup> Там же. С. 22—23. Мысль о целесообразности именовать источники права в широком, или материальном, смысле «правообразующими факторами», пожалуй, находит свое воплощение в научной и учебной литературе по теории государства и права. Например, В.В. Лазарев в главе учебника по общей теории права, посвященной теме источников права, пишет, что «об источниках права говорят прежде всего в смысле *факторов, питающих появление и действие права* (выделено нами. — *Н. В., А. Р.*)» (см.: Общая теория права и государства: Учебник для вузов / Под ред. В.В. Лазарева. М., 1997. С. 143).

Одними из первых т. н. «материальные источники права»<sup>1</sup> с использованием в их названии слова «социальный» стали именовать «социальными источниками права» Н.Г. Александров, С.Н. Братусь, А.А. Пионтковский, называя их также «социальными предпосылками правовых отношений», «социальной обусловленностью правовых норм»<sup>2</sup>.

В современной научной литературе высказываются мнения о целесообразности именовать рассматриваемую нами группу источников права в «широком», или «материальном», смысле «правообразующими факторами». А.Г. Бережновым предложено называть данные источники права как «правообуславливающие факторы»<sup>3</sup>.

По нашему мнению, термин «источники права в материальном смысле» несколько неудобен, многозначен, уязвим своей чрезмерной комплексностью и абстрактностью, не позволяет «оттенить» специфику именно данного вида источников права. С таким же успехом материальными источниками можно было бы именовать юридические источники права как материальные носители юридических норм. Это даже было бы более оправданным, потому что именно в юридических источниках мы сталкиваемся с уже «изготовленной» нормой права и именно эта группа источников является материальным носителем правовой нормы. Наконец, только в формах права с наименьшей степенью искажения мы можем увидеть содержание государственной воли.

Мы считаем, не очень удачным употребление для наименования силы, творящей право, термина «правообразующие» или «правообуславливающие» факторы. Используя данный термин применительно к рассматриваемой группе источников, к их числу тогда следует отнести и деятельность субъектов правотворчества. Тем самым нарушится, сотрется грань между различием социальных и легальных источников: ведь и деятель-

---

<sup>1</sup> То, что А.Ф. Шебанов обозначил как проблему влияния экономического базиса как содержания на право как форму.

<sup>2</sup> См.: Право и социология / Отв. ред.: Ю.А. Тихомиров, В.П. Казимирчук. М., 1973. С. 32.

<sup>3</sup> См.: Проблемы теории государства и права / Под ред. М.Н. Марченко. М., 1999. С. 313.

ность парламента в романо-германских странах, и деятельность суда в англо-саксонских странах, и деятельность чиновника, издающего юридические нормы с помощью подзаконного нормотворчества также обуславливает формирование источников права. Вместе с тем деятельность, например, президента, издающего указ с нормативным содержанием, нельзя соизмерить с влиянием экономики или господствующей в обществе идеологии на содержание правовых норм.

Отсюда более уместно факторы правообразования, влияющие на содержание правовых предписаний, называть *социальными источниками права* <sup>1</sup>.

Социологи права под социальными источниками права, или социальными предпосылками права, понимают факторы, которые предшествуют формированию государственной воли и выступают в качестве ее причины, влияют на содержание правовых предписаний <sup>2</sup>. Минусы такого определения социальных источников права состоят в том, что получается практически невозможным отграничить от всей массы социальных источников деятельность субъектов правотворчества, которая также предшествует формированию государственной воли. Вместе с тем относить деятельность субъектов правотворчества к числу социальных источников права было бы, на наш взгляд, ошибкой, так как существенной чертой социальных источников является то, что они выступают частью многоликого механизма социального регулирования и не имеют своей единственной целью влияние на содержание права. Тогда как деятельность правотворческих органов своей главной и единственной целью как раз ставит формирование содержания юридических норм.

Отсюда под **социальными источниками права** следует понимать сложную, полиструктурную, многоуровневую систему факторов общественной жизни, прямо или косвенно, с различной степенью выраженности на конкретном этапе истори-

---

<sup>1</sup> Подробнее см.: Вопленко Н.Н. Источники и формы права. Волгоград, 2004. С. 25—34.

<sup>2</sup> См.: Право и социология / Отв. ред.: Ю.А. Тихомиров, В.П. Казимирчук. М., 1973. С. 35.

ческого развития государства и общества, влияющих на содержание права и инициирующих формирование его источников.

К наиболее существенным компонентам данной системы и, следовательно, социальным источникам права, надлежит отнести: (1) экономику, (2) политику, (3) социальную структуру общества, (4) идеологию, (5) психологию, (6) нравственность.

Данный перечень социальных источников не является исчерпывающим, поскольку те или иные социальные регуляторы могут по-разному обнаруживать себя на том или ином этапе исторического развития общества и государства. Рассмотрение влияния каждого названного нами вида социальных источников на содержание права, думается, должно быть предметом отдельного исследования. После рассмотрения отдельных видов источников права мы можем теперь определить и понятие «источника права» вообще.

В специальной лингвистической литературе слово «источник» означает явление, которое дает начало чему-нибудь, из которого исходит что-нибудь, а равно «письменный памятник, документ, на основе которого строится научное исследование»<sup>1</sup>. Примечательно, что даже специалистами совершенно не связанной с юриспруденцией науки — лингвистики, в понятии «источник» было зафиксировано как минимум два схожих между собой класса предметов: первый имеет неовещественную, нематериальную форму — «то, что дает начало чему-нибудь...»<sup>2</sup>, а второй, напротив, объективирован вовне как письменный памятник, документ. Изложенное, хотя и с известной долей аналогии, применимо к понятию источника права вообще. Данное понятие охватывает собой два класса более узких по объему понятия социальных и легальных источников, причем если первое понятие охватывает скорее такие явления, как деятельность, действие — например, действие законов экономического развития, то второе — преимущественно те материальные формы, которые дают начало, содержат в себе правовые нормы (юридические источники) или же непосредственно создают нормы (субъекты правотворчества). Отсюда общей чертой для этих групп источников будет то, что они являются причинами появления правовой нормы, предше-

---

<sup>1</sup> Ожегов С.И. Словарь русского языка: 70 000 слов / Под ред. Н.Ю. Шведовой. 21-е изд., перераб. и доп. М., 1989. С. 258.

<sup>2</sup> Там же.

ствуют норме, именно им норма права «обязана» своим «появлением на свет», а равно своему изменению или отмене, что почти равнозначно появлению нормы. Следует заметить, что здесь мы имеем в виду не причину появления права вообще. Роль источников как причины видится не в появлении права в целом, а в том, что каждый из них в отдельности и все они вместе выступают причиной появления юридической нормы с данным конкретным содержанием. Последнее является общим признаком всех выделенных видов источников, почему и позволяет объединить их в рамках родового понятия — «источник права».

Другой общей чертой всех видов источников будет то, что они не просто фактор, обусловивший появление нормы, а причина именно глобальная, что и дало, вероятно, повод некоторым авторам называть отдельные виды источников «факторами правообразования» для отражения их значительного и закономерного воздействия на содержание правовой нормы. Причем эта значительность имеется и там, где мы говорим о социальных источниках права как объективном и спонтанном действии социально-исторических закономерностей, и там, где мы говорим о легальных источниках в виде проявления деятельности профессиональных, специально на то уполномоченных субъектов.

Наконец, необходимо сказать, что в общем определении источника права должно быть отражено диалектическое единство как деятельности, так и результата данной деятельности, т. е. материального, объективированного во вне «резервуара» юридических норм, того, что мы называем юридическим источником, или формой права.

Итак, под **источниками права** следует понимать *действие глобальных, объективных социально-исторических закономерностей, проявляющих себя через целенаправленную, установленную либо санкционированную государством деятельность специальных субъектов, определяющую содержание юридических норм посредством их установления (изменения, отмены) в принятых в данной правовой системе формах. Или более коротко, источники права можно определить как закономерные и объективные процессы общественной жизни, а также деятельность специальных субъектов, направленные на определение содержания юридической нормы в виде принятых в данном государстве и обществе официальных форм их выражения.*

## **§ 2. Теоретические предпосылки определения традиционности и нетрадиционности источников права**

Рассмотрение проблемы традиционного и нетрадиционного в системе источников российского права будет неполным не только без рассмотрения понятия, системы и классификации источников права, но и без отдельного рассмотрения самого понятия традиционности (нетрадиционности) для отечественной правовой системы. Иначе говоря, в контексте данного исследования необходимо определить, какие универсальные компоненты, явления, механизмы, процедуры ит.д. определяют качественный облик правовой системы, в том числе российской, и придают ей индивидуальность, а также какие элементы позволяют включать любую правовую систему в более крупную градацию, называемую правовой семьей, и тем самым выступать в качестве классификационного критерия деления правовых систем на семьи. В этой связи нельзя обойти вниманием и вопрос о том, какова роль юридического источника права в определении качественного облика правовой системы.

Заметим, что понятие правовой системы изначально различно определялось в отечественном и зарубежном правоведении. Зарубежные исследователи придают понятию «правовая система» сугубо утилитарное, прикладное значение и употребляют его в основном для целей сравнения правовых систем конкретных государств между собой<sup>1</sup>, почему изучением правовых систем занимаются за рубежом преимущественно представители науки сравнительного правоведения (компаративистики).

В России идея введения в научный оборот анализируемой категории принадлежит Е.Б. Пашуканису, указавшему на объективную необходимость в появлении системы общих понятий, «отражающих правовую систему как законченное целое»<sup>2</sup>. Од-

---

<sup>1</sup> Советский компаративист А.Х. Саидов заметил в свое время, что в разных капиталистических странах преобладают свои подходы к изучению правовой системы: в США — так называемый «прагматический», во Франции — сравнительно-правовой, в ФРГ — философский (см.: Саидов А.Х. Введение в основные правовые системы современности. Ташкент, 1988. С. 11).

<sup>2</sup> Пашуканис Е.Б. Избранные произведения по общей теории права и государства. М., 1980. С. 65.

нако детальная разработка данного понятия начинается только в 70—80-х гг. XX столетия. При этом отечественные исследования теории правовой системы можно условно подразделить на два этапа.

**Первый этап** был связан с длительными дискуссиями об определении понятия права, когда к концу 70-х — началу 80-х гг. 20 века было констатировано как минимум два подхода к определению права.

Первый предполагает классическое для советской науки т.н. «узкое», нормативное понимание права как «системы общеобязательных, формально-определенных норм, которые выражают и призваны обеспечивать классово-определенную свободу поведения в ее единстве с ответственностью и сообразно этому выступают в качестве государственно-властного критерия правомерного и неправомерного поведения»<sup>1</sup>. При таком подходе право сводится к системе установленных государством норм поведения.

Второй, т. н. «широкий», подход к определению понятия права неоднороден и разбивается на несколько направлений. Часть авторов — Е.А. Лукашева, Л.С. Явич — отождествляют право и его материальный источник, «видят правовые явления в объективных предпосылках права»<sup>2</sup>, названных нами в § 1 настоящей главы социальными источниками права. Другая часть авторов отрицает совпадение права и его юридического источника. По мысли В.С. Нерсисянца, право является олицетворением справедливости, поскольку право — это форма свободы и равенства, обусловленная уровнем социального, культурного, политического и духовного развития общества<sup>3</sup>. При таком

---

<sup>1</sup> Алексеев С.С. Общая теория права: В 2-х т. Т. I. М., 1981. С. 104; см. также: Алексеев С.С. Право: время новых подходов // Советское государство и право. 1991. № 2. С. 7; Денисов Ю.А., Спиридонов Л.И. Абстрактное и конкретное в советском правоведении. Л., 1987. С. 21—68; Заседание «Круглого стола» на тему «О понимании советского права» в редакции журнала «Советское государство и право» // Советское государство и право. 1979. № 7, 8.

<sup>2</sup> Правовая система социализма: Понятие, структура, социальные связи. Кн. 1 / Под ред. А.М. Васильева. М., 1986. С. 22.; см. также: Явич Л.С. Общая теория права / Под ред. А.И. Королева. Л., 1976. С. 112.

<sup>3</sup> См.: Нерсисянц В.С. Право: многообразие определений и единство понятия // Советское государство и право. 1983. № 10. С. 29; Он же. Философия права: Учебник для вузов. М., 1997. С. 39 и след.; Он же. На путях к праву: от социализма к постсоциализму // Советское государство и право. 1991. № 2.

подходе в праве видится только хорошее, правильное, полезное. Поэтому юридический источник будет источником *права* лишь постольку, поскольку он адекватно отражает запросы общественной практики. Наконец, сторонники «социологического» подхода — Д.А. Керимов, Н.И. Козюбра, Г.В. Мальцев<sup>1</sup> — в определении понятия права ориентируются на право в действии, почему между правом и правовыми отношениями, правопорядком фактически ставится знак равенства.

Как справедливо отмечалось в литературе, данные дискуссии и имеющиеся противоречия были попытками преодолеть односторонности подхода к определению понятия права, дать его многоаспектную характеристику, показать различные стороны его проявления в общественной жизни. Вместе с тем на определенном этапе было констатировано, что необходимость многоаспектного изучения права уже не укладывается в дискуссии о правопонимании и требует разработки новой научной теории, которая аккумулировала бы в себе данные анализа реального правового бытия и разных сторон правовой действительности<sup>2</sup>.

По мнению отечественных правоведов (С.С. Алексеев, М.И. Байтин, А.М. Васильев, Ю.А. Денисов, С.З. Зиманов, В.П. Казимирчук, В.Н. Кудрявцев, Н.И. Матузов, В.Н. Синюков, Л.И. Спиридонов, Ю.А. Тихомиров и др.), решение задачи различения права и его реального бытия возможно только в рамках теории правовой системы. Как справедливо отметил Н.И. Матузов, «выдвижение идеи правовой системы служит своего рода компромиссом между сторонниками узкого и широкого понимания права» и в этом смысле оказывается «удачным “выходом из положения”»<sup>3</sup>. Таким образом, с постановкой задачи определения категории «правовой системы» мы

---

<sup>1</sup> См.: Керимов Д.А. Демократизм советского государственного строительства: проблемы теории и практики // Вопросы философии. 1984. № 4. С. 7; Козюбра Н.И. Социалистическое право и общественное сознание / Отв. ред. Б.М. Бабий. Киев, 1979. С. 32; Мальцев Г.В. Социальная справедливость и право. М., 1977. С. 223.

<sup>2</sup> См.: Правовая система социализма: Понятие, структура, социальные связи. Кн. 1. С. 31.; Денисов Ю.А., Спиридонов Л.И. Указ. соч. С. 64 и след.

<sup>3</sup> Матузов Н.И. Правовая система и личность. Саратов, 1987. С. 12—13; см. также: Матузов Н.И. Актуальные проблемы теории права. Саратов, 2003. С. 102.



можем констатировать начало **второго**, современного, **этапа** в разработке данной научной проблемы.

Но и второй, «сознательный» этап изучения правовой системы весьма противоречив, поскольку захватывает три «новейшего времени» периода развития Российского государства и отечественной правовой науки: советский, перестроечный и постсоветский, которые закономерно «накладывались» и влияли на выводы ученых по рассматриваемой проблеме. Первоначально ведущие советские правоведы (А.М. Васильев, В.П. Казимирчук, В.Н. Кудрявцев, Д.А. Керимов и др.) пытались исследовать именно социалистическую правовую систему «изнутри», показать ее структуру, способ связи элементов, соотношение с иными подсистемами социалистического общества, для чего выделялись ее юридический и социологический аспекты<sup>1</sup>, статическая и динамическая стороны; предпринимались попытки показать структурно-функциональные зависимости элементов правовой системы<sup>2</sup> и т. д.

Но, думается, все отечественные исследования советского времени развития науки грешили одним недостатком — авторы шли по пути суммативного анализа компонентов правовой системы и не показали специфики именно правовой системы как некой юридической целостности и реальности. Совокупность же элементов правовой системы везде показывалась или как некая сумма юридических составляющих без показа их связей и взаимодействия, или же отношения между элементами правовой системы были описаны чрезвычайно общо, скорее в социолого-философском плане, применительно к системе развитого социалистического общества, при этом без выделения того общего, что имеется у всех национальных правовых систем без исключения. Наконец, объективный исторический недостаток советских изысканий по теории правовой системы — чрезвычайная заидеологизированность исследования данной проблематики, не позволившая советским правоведом выделить какие-то общие черты, свойственные всем без исклю-

---

<sup>1</sup> Правовая система социализма: Понятие, структура, социальные связи. Кн. 1. М., 1986. С. 37.

<sup>2</sup> См., например: Керимов Д.А. Философские основания политико-правовых исследований. М., 1986. С. 199—230.

чения правовым системам с целью формулирования универсальной дефиниции, которую можно было бы использовать при сравнении национальных, зарубежных и международных правовых явлений.

Поиски именно такой универсальной дефиниции оживились с началом перестроечных процессов в СССР и России. При этом, теперь подходы к изучению правовой системы диаметрально изменились, что было связано с открытием внутренних национальных границ и ростом интереса ученых к зарубежным правовым явлениям. Не удивителен в этой связи интерес отечественных ученых к науке сравнительного правоведения. Если раньше упор делался на простом перечислении и суммировании компонентов советской правовой системы с попытками анализа их внутреннего взаимодействия, то теперь ученые стремятся проанализировать российскую правовую систему в сравнении с другими национальными правовыми системами. Цель же сравнения будет достигнута, если, во-первых, будут выделены какие-то признаки правовой системы, которые есть во всех национальных правовых системах и которые являются *сущностными* элементами любой правовой системы, качественно определяющими ее облик. Только тогда можно будет раскрыть дефиницию правовой системы, так как цель правильного определения любого понятия достигается путем выявления признаков, входящих в его содержание, раскрывающих содержание понятия <sup>1</sup>. Во-вторых, цель сравнения будет достигнута и путем построения научно-обоснованной и практически значимой классификации, состоящей в распределении национальных правовых систем по группам, или *правовым семьям*, которые в отечественной науке понимаются как *совокупности национальных правовых систем, выделенные на основе общности их различных признаков и черт* <sup>2</sup>.

Следует отметить, что не все элементы правовой системы должны включаться в его дефиницию и использоваться при их распределении по семьям, так как не все элементы, включенные

---

<sup>1</sup> См.: Ивин А.А. Практическая логика: Учеб. пособие. М., 2002. С. 92; Челпанов Г.И. Учебник логики. М., 1994. С. 40.

<sup>2</sup> См.: Синюков В.Н. Российская правовая система: Введение в общую теорию. Саратов, 1994. С.166; Марченко М.Н. Правовые системы современного мира: Учеб. пособие. М., 2001. С. 6.

в национальную правовую систему, равнозначны по степени влияния<sup>1</sup>. Какие-то из них являются преходящими, а какие-то остаются неизменными на протяжении достаточно значительного временного промежутка и определяют облик конкретной национальной правовой системы (например, российской, французской, англо-американской и т. п.) в течение очень значительного исторического отрезка времени. Иначе говоря, последняя группа элементов и формирует правовую традицию как тенденцию социального развития, так как *традиция, или традиционность, предполагает устойчивость, неизменность, известную стабильность, повторяемость и характерность, а также преемственность*<sup>2</sup>.

Полезность выделения и необходимость изучения традиционных, формирующих облик правовой системы, или «конститутивных» элементов правовой системы позволяет: а) изучать конкретную национальную правовую систему, показывать ее своеобразие, б) сравнивать различные национальные правовые системы между собой путем сопоставления содержания и сущности их конститутивных элементов, но и в) группировать правовые системы в «блоки» по признаку общности содержания конститутивных элементов. В последнем случае эти элементы выступают своего рода классификационными критериями для выделения т. н. «правовых семей» как достаточно однородных групп национальных правовых систем.

С учетом сказанного выше мы полагаем, что ***правовая традиция в общем виде — это стабильность и определенная длительная неизменность наиболее существенных (конститутивных) компонентов национальной правовой системы, придающих ей как***

---

<sup>1</sup> См.: Матузов Н.И. Актуальные проблемы теории права. С. 97.

<sup>2</sup> В словаре русского языка, составленном С.И. Ожеговым, традиция определяется как то, «что перешло от одного поколения к другому, что унаследовано от предшествующих поколений (например, идеи, взгляды, вкусы, образ действий, обычаи)» (Ожегов С.И. Словарь русского языка: 70 000 слов. С. 805); аналогичное определение традиции мы встречаем и в Большой советской энциклопедии, где под традицией нам предлагается понимать исторически сложившиеся и передаваемые из поколения в поколение обычаи, порядок, норму поведения (см.: Большая советская энциклопедия / Гл. ред. Б.А. Введенский. 2-е изд. М., 1956. Т. 43. С. 90—91; Советский энциклопедический словарь / Науч.-ред. совет: А.М. Прохоров (пред.). М., 1981. С. 1356; Словарь иностранных слов / Под ред. И.В. Лехина и Ф.Н. Петрова. 4-е изд., перераб. и доп. М., 1954. С. 696).

*качественное индивидуальное своеобразие, так и позволяющих по признаку их относительного совпадения группировать правовые системы в правовые семьи.*

Отсюда, по нашему мнению, *употребление термина «традиционные источники права» будет справедливо лишь постольку, поскольку справедливо отнесение юридического источника права к числу именно **конститутивных элементов** правовой системы.*

Проблема конститутивных элементов правовой системы в плоскости выделения критериев типологизации правовых систем является дискуссионной как для отечественного, так и для зарубежного правоведения <sup>1</sup>.

Значительный вклад в области сравнительного правоведения при выделении правовых семей был сделан французским ученым Рене Давидом с выходом в 60-ых гг. XX в. его книги «Основные правовые системы современности». При выделении правовых семей автором был использован комплексный критерий идентичности методов работы юристов, юридической техники, *идентичности источников права* и юридического словаря, принципов права и его структуры <sup>2</sup>. Вместе с тем в последнем вышедшем в России издании его книги наблюдается уже некоторый пессимизм, заключающийся в отказе автора от поиска универсальных критериев классификации правовых семей. Так, Р. Давид замечает, что одни авторы предлагают провести классификацию, «исходя из концептуальных структур правовых систем или иерархии различных источников права», другие, напротив, данные критерии считают второстепенными, чисто техническими, и предлагают за основу брать тип общества, «которое стремятся создать с помощью права, или место права в рамках данного социально-го строя»<sup>3</sup>. Далее следует отказ автора от поиска критериев и предложение подойти к проблеме прагматически и ограничиться тем,

---

<sup>1</sup> Достаточно подробно вся палитра мнений по проблеме критериев объединения всех правовых систем в правовые семьи изложена М.Н. Марченко в главе XVII книги: Проблемы теории государства и права: Учеб. пособие. М., 1999.

<sup>2</sup> Давид Р. Основные правовые системы современности: (Сравнительное право) / Пер. с фр. М.А. Крутоголова и В.А. Туманова. М., 1967. С. 37; Он же. Основные правовые системы современности / Пер. с фр. и вступ. ст. В.А. Туманова. М., 1988.

<sup>3</sup> См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 20.

что в книге будут рассмотрены «существенные признаки, которые позволяют выделить в современном мире три главные группы правовых систем: романо-германскую правовую семью, семью общего права и семью социалистического права»<sup>1</sup>.

Посвятивший ряд специальных работ основным правовым системам современности А.Х. Саидов для классификации правовых семей предложил использовать следующую группу критериев: историю правовых систем, *систему источников права*, структуру правовой системы — ведущие правовые институты и отрасли права<sup>2</sup>. Американский правовед Л.Фридмэн к числу конститутивных элементов правовых систем, могущих быть и критериями их типологизации, относит, во-первых, структуру правовой системы, во-вторых, ее сущность, в-третьих, правовую культуру<sup>3</sup>.

Выделяя правовые семьи, С.С. Алексеев полагает, что качественный облик каждой семьи предопределяет *способ правообразования*<sup>4</sup>. Р.З. Лившиц в качестве научной гипотезы выдвинул и предположил перспективность классификации правовых систем по политическим и правовым режимам<sup>5</sup>, но при этом без отказа от принятой в науке классификации с использованием в качестве критерия типизации правовых семей *идентичности в том числе и источников права национальных правовых систем*. М.Н. Марченко выделяет в качестве классификационных критериев деления национальных правовых систем по семьям структуру права, особенности *теории и практики определения источников права*, представления о месте и роли права в жизни общества и государства, применяемую в рамках конкретной национальной правовой системы юридическую технику, философские, политические, религиозные и иные основы и принципы построения права<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 21.

<sup>2</sup> См.: Саидов А.Х. Указ. соч. С. 26.

<sup>3</sup> См.: Фридмэн Л. Введение в американское право / Пер. с англ. под ред. М. Калантаровой. М., 1992. С. 10—13.

<sup>4</sup> См.: Алексеев С.С. Теория права. С. 195.

<sup>5</sup> См.: Лившиц Р.З. Теория права: Учебник. М., 1994. С. 42 и след.

<sup>6</sup> См.: Общая теория государства и права: Академический курс: В 2-х т. / Под ред. проф. М.Н. Марченко. Т. 2: Теория права. М., 1998. С. 99; Марченко М.Н. Правовые системы современного мира: Учеб. пособие. С. 3; Он же. Проблемы правопонимания в связи с исследованием источников права // Вестник Московского университета. Серия 11, Право. 2002. № 3. С. 6.

В свою очередь М.И. Байтин выделяет «в качестве объединяющего, системообразующего элемента, генерализующего фактора правовой системы» *нормы права*<sup>1</sup>. Однако и он не склонен только нормы права видеть в качестве единственного критерия типизации правовых систем: отводя им роль ведущего фактора, М.И. Байтин тем не менее выделяет в качестве иных сущностных производных от нормы права элементов правовой системы, а потому и составных частей сложного критерия для их группировки в правовые семьи, *особенности правосознания, форм (юридических источников) права, системы права, отраслей права, актов применения права, правоотношений, юридических фактов и юридической ответственности*<sup>2</sup>. Аналогично и Н.И. Матузов указывает, что ядром, центральным звеном и интегрирующим элементом правовой системы выступает право<sup>3</sup>, а в нормах права им видятся «необходимые крепления, связи правовой системы»<sup>4</sup>. В число же основных блоков правовой системы он помещает нормативный и правообразующий<sup>5</sup>, а в более ранних работах к основным элементам правовой системы им относятся *законодательство, судебная и иная юридическая практика*<sup>6</sup>. В.Н. Синюков прямо называет общность «источников, структуры права и исторического пути его формирования» критерием разделения национальных правовых систем по семьям<sup>7</sup>.

Как видно, все авторы выделяют одновременно несколько критериев типологизации правовых систем по правовым

---

<sup>1</sup> Байтин М.И. Сущность права: (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). Саратов, 2001. С. 174; см. также: Байтин М.И. Право и правовая система: вопросы соотношения // Ежегодник российского права. М., 2001. С. 108—109; Тихомиров Ю.А. Правовая система развитого социалистического общества // Советское государство и право. 1979. № 7. С. 33—36; Юсупов В.А. Основные принципы перестройки советской правовой системы // Советская правовая система в период перестройки: Сб. науч. тр. / Редкол.: Юсупов В.А. (отв. ред.) и др. Волгоград, 1990. С. 4.

<sup>2</sup> См.: Байтин М.И. Сущность права: (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). С. 172—173.

<sup>3</sup> См.: Матузов Н.И. Правовая система и личность. С. 31.

<sup>4</sup> Матузов Н.И. Актуальные проблемы теории права. С. 100.

<sup>5</sup> Там же. С. 95.

<sup>6</sup> См.: Матузов Н.И. Правовая система и личность. С. 25.

<sup>7</sup> Синюков В.Н., Григорьев Ф.А. Правовая система: Вопросы правореализации: Учеб. пособие. Саратов, 1995. С. 11.

семьям, которые производны от конститутивных признаков правовой системы. Так или иначе ими при этом в качестве составных частей сложного, или комплексного критерия, имеющего своим «ядром» проблему источников права, выделяются особенности правообразования и правотворчества, традиции формирования источников права, национальные черты законодательной техники, правовой культуры, приоритет отдельных юридических источников в деятельности правоприменительных органов, т. е. все то, что в качестве составной части единого критерия типизации национальных правовых систем можно назвать *культурологическим обликом источников права*. Стержнем данного сегмента сложного критерия типизации правовых систем, его системообразующим признаком является понятие, виды, состояние юридических источников права, их иерархия и происхождение.

Думается, что подобное внимание исследователей к источникам права при разделении всех национальных правовых систем на семьи не случайно. Причиной выделения именно источника права в формально-юридическом смысле как сущностного элемента любой национальной правовой системы выступает то, что по источнику права можно проследить, как развивалось государство — преимущественно революционным или эволюционным путем, степень влияния римского права на развитие внутреннего права, степень проникновения (рецепции) традиций римского права в сферу внутреннего законодательства, активность государства в регулировании жизнедеятельности общества, соотношение публичных и частных начал в жизни общества, социальных групп, развитость в конкретном государстве институтов гражданского общества и их взаимодействие с государством, развитие у граждан привычки соблюдения и уважения норм действующего законодательства и т. д. Таким образом, источник права показывает нам как статическую, так и динамическую стороны взаимодействия всех компонентов национальной правовой системы и при этом может быть использован как для собственно юридических целей, так и в социологическом аспекте, т. е. в аспекте анализа взаимодействия правовой системы с другими общественными подсистемами.

Именно преимущественно по критерию общности источника права принято в науке выделять с теми или иными оговорками романо-германскую правовую семью, семью общего права, семью социалистических правовых систем, семью государств религиозного порядка, иногда называемую семьей мусульманского права.

В первой названной нами (романо-германской) правовой семье доминирующим источником права выступает нормативный акт. В семье стран общего права таковым является обычай и судебный или юридический прецедент. В семье социалистических правовых систем основным источником права также в целом является нормативный акт, но он был вторичен по отношению к марксистско-ленинской идеологии, которая, как справедливо заметил Р. Давид, есть нечто большее, чем философская доктрина в Западных странах, а именно — официально признанное, единственно верное учение, одновременно и мировоззрение, и руководство к действию<sup>1</sup>. Отсюда понятно рождение в России концепции, отождествляющей право и его материальный источник, либо смешивающей право и правопорядок, когда последний фактически был тождественен общественному порядку. Наконец, в правовой семье стран религиозного порядка, преимущественно мусульманских, между правом как совокупностью правил поведения и религиозными нормами, закрепленными в канонических, священных книгах, почти нет различий: религиозная норма и по содержанию, и по объему полностью совпадает с нормой права. Источником права в странах данной правовой семьи являются религиозные нормы. Однако было бы явным упрощением рассматриваемой проблематики сведение всех источников права в романо-германской правовой семье только к нормативному акту, в англо-саксонской правовой семье — только к судебному (юридическому) прецеденту.

Так, например, как было замечено Р. Давидом при анализе юридических источников стран романо-германской правовой семьи, категорическое отрицание учеными данных стран

---

<sup>1</sup> См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 120.



судебной практики как источника права<sup>1</sup> — это скорее выдавание желаемого за действительное и свидетельство разрыва науки и практики. Достаточно, по его мнению, обратить внимание на увеличивающиеся тиражи сборников судебной практики, которые пишутся не для историков права, а для практикующих юристов и тем самым «их роль объяснима лишь тем, что судебная практика является в прямом смысле слова источником права»<sup>2</sup>.

Несмотря на заидеологизированность подходов даже в вопросе о юридических источниках права, и в СССР, как в классическом представителе стран т. н. «социалистической правовой семьи», проходили научные дискуссии о признании судебного прецедента источником права. Выражались они первоначально в спорах о юридической природе и роли руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда СССР. При этом уже в 40—50-е гг. солидная группа советских ученых, представителей науки уголовного права (М.М. Исаев, М.Д. Шаргородский и др.) высказалась за признание и легальное закрепление упомянутых руководящих разъяснений в качестве источника права<sup>3</sup>.

Также было бы ошибкой сводить все источники права, например, Великобритании, которая считается родиной судебного прецедента, «самой классической» представительницей стран англо-саксонской правовой семьи, только к судебному прецеденту. И данные страны имеют достаточно развитое законодательство, роль которого в правоприменении ничуть не меньше роли прецедента. Примечательно, что даже ученые стран англо-саксонской правовой семьи рассмотрение вопроса о юридических источниках в популярных брошюрах и монографиях начинают с вопроса о понятии, роли, назначении законодательства<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Особенно во Франции и в ФРГ, где преимущественно в сфере частных отраслей практика играет ведущую роль, по сравнению с законом.

<sup>2</sup> Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 96.

<sup>3</sup> См.: Наумов А. Судебный прецедент как источник уголовного права // Российская юстиция. 1994. № 1. С. 8.

<sup>4</sup> Уолкер Р. Английская судебная система. М., 1980. С. 111—155.

Не следует также в вопросе о традиционности и нетрадиционности источника права для той или иной правовой семьи останавливаться только на противопоставлении нормативного акта и судебного прецедента и предрешать вывод о традиционности источника, руководствуясь его официальным и легальным признанием, как правило, в конституционном законодательстве, в той или иной стране. Это также, по нашему мнению, было бы существенным упрощением рассматриваемого вопроса, потому что существует группа источников, которые признаются в качестве официального возможного источника права для данной страны, но едва ли они будут воспроизведены «на слух», по памяти всяким практикующим юристом. Так, например, с принятием 21 октября 1994 года Государственной Думой Федерального Собрания РФ первой части Гражданского кодекса России<sup>1</sup> впервые в федеральном законе была закреплена возможность регулирования имущественных отношений обычаями делового оборота и дано определение данного источника права в п. 1 ст. 5 ГК РФ.

Однако едва ли возможно утверждать, что обычай в нашей стране является традиционным источником права — даже структурно в ст. 3 ГК РФ «Гражданское законодательство и иные акты, содержащие нормы гражданского права» положения об обычае делового оборота помещены после изложения положений о нормативных актах, которые являются источниками гражданского права, а сфера применения обычая существенно сужена ситуациями, не урегулированными гражданским законодательством либо положениями договора (п. 2 ст. 5 ГК РФ).

Другим примером нетрадиционности источника права при его видимой, внешней законодательной закреплённости и официальной признанности государством в качестве возможного источника права могут служить также положения Конституции РФ об источниках регулирования сферы конституционной юрисдикции — имеется в виду закрепление в Основном законе России норм о возможности пере-

---

<sup>1</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации: Полный текст (части первая и вторая). М., 2001.

дачи по соглашению федеральными органами исполнительной власти РФ органам исполнительной власти субъектов РФ или, наоборот, органами исполнительной власти субъектов РФ федеральным органам исполнительной власти РФ, части своих полномочий (п.п. 2, 3 ст. 78 Конституции РФ), если это не противоречит Конституции РФ и федеральным законам<sup>1</sup>.

Однако даже относительная распространенность договора не позволяет его отнести к числу традиционных источников права, так как и в практике государственно-правового строительства Российской Федерации, и в Конституции РФ подчеркивается подчиненное положение договора по отношению к Конституции РФ и федеральным законам, возможность его применения только для сфер, не охваченных нормами Конституции РФ и федеральных конституционных законов. А порой преувеличение роли договора и злоупотребление возможностью его заключения может поставить под угрозу стабильность, целостность России как единого многонационального федеративного государства<sup>2</sup>.

Следовательно, мы должны прийти к выводу о том, что традиционность источника права не всегда линейно и однонаправленно зависит от признака «законодательной закреплённости» и «признанности» государством того или иного источника права.

Итак, постараемся вывести те признаки, которые могут быть необходимыми и достаточными для определения понятия традиционного (нетрадиционного) источника права. Подчеркнем, что данные признаки, по нашему мнению, должны быть именно существенными и характеризовать индивидуальную определенность определяемого при их помощи понятия. Таковыми, как нам представляется, примени-

---

<sup>1</sup> Подробнее данные источники права будут охарактеризованы в § 3 главы 1 настоящей работы.

<sup>2</sup> Имеются в виду ситуации заключения договоров Республикой Татарстан с другими субъектами РФ — например, заключенный и весьма схожий по используемому в нем формулировкам так называемый «Договор о дружбе и сотрудничестве между Татарстаном и Чеченской Республикой Ичкерия», подписанный 21 мая 1997 года в Казани Президентами данных республик.

тельно к понятию «нетрадиционного источника права», должны быть:

1. *Нехарактерность данного источника права для конкретной правовой семьи.* Например, судебный прецедент, или даже шире — правоприменительная практика, в целом нехарактерны в качестве источника права для романо-германской правовой семьи.

2. *Субсидиарный характер применения нетрадиционных источников права для урегулирования общественных отношений,* в нормальном существовании и развитии которых государство и общество заинтересованы. Так, например, обычаи делового оборота, как было показано выше, применяются только постольку, поскольку они не противоречат положениям законодательства или договору (п. 2 ст. 5 ГК РФ).

3. *Отсутствие четких правотворческих процедур либо абсолютное отсутствие таких процедур, направленных на создание (конституирование) нетрадиционных формально-юридических источников права.* Например, 15 июля 1995 г. был принят Федеральный закон «О международных договорах Российской Федерации», который впервые достаточно полно урегулировал процедуру заключения, исполнения, ратификации и денонсации международно-правовых договоров<sup>1</sup>. Вместе с тем какой-либо подобный законодательный акт, относительно процедуры заключения внутренних договоров между федеральным центром и субъектами РФ, либо только между субъектами РФ отсутствует, что, вероятно, объясняется тем, что «весьма часто стадии договорного процесса в последнем случае носят сокращенный (усеченный) характер, и процедура ратификации, как правило, не применяется»<sup>2</sup>.

4. *Стихийный, относительно незаметный и спонтанный характер создания (появления) данного источника права,* когда последний рождается попутно с выполнением государственным органом иных целей и задач и получает право на существование только при условии его последующего одобре-

---

<sup>1</sup> Собрание законодательства РФ. 1995. № 29. Ст. 2757.

<sup>2</sup> Колесников Е.В. Источники российского конституционного права. Саратов, 1998. С. 165.

ния государством. Так, например, суд в странах романо-германской правовой семьи при разрешении конкретного дела (правового конфликта) не ставит своей целью создание новой правовой нормы. Возможно только в будущем постановленное судом решение по конкретному делу будет воспринято правоприменительной практикой и выработается определенная, унифицированная линия в деятельности судов при разрешении однородных дел на основании ранее состоявшегося единичного судебного решения, обязательно впоследствии не отмененного, не измененного, вступившего в законную силу и тем самым признанного вышестоящими кассационными и надзорными судебными инстанциями. Причем данная линия будет закреплена в актах толкования права, издаваемых высшими судебными органами страны.

*5. Нетрадиционный источник права рождается, как правило, в той сфере общественных отношений, которая не требует прямого государственного воздействия.*

*6. Как правило, нетрадиционный источник права не предусмотрен в качестве формально-юридического источника права в конституционных законодательных актах или в законодательстве государства вообще.* Однако данный признак относится не ко всем нетрадиционным источникам, как было показано нами выше. Так, например, правоприменительная практика, судебный (юридический) прецедент, действительно, не признавались раньше ни доктриной, ни законодательством в качестве возможного источника права в СССР и России. Сейчас перспективы применения прецедента при разрешении юридических конфликтов лишь только обсуждаются на уровне научных публикаций<sup>1</sup>, но пока еще не получили одобрения со стороны большинства ученых, почему и являются, как нам кажется, пока не более чем гипотезой.

---

<sup>1</sup> См., например: Бедняков Д.И. Некоторые аспекты судебно-правовой реформы в РСФСР // Советское государство и право. 1992. № 1; Наумов А. Указ. соч.; Мартынич Е., Колоколова Э. Прецедентное право: от советской идеологии к международной практике // Российская юстиция. 1994. № 12; Жуйков В.М. К вопросу о судебной практике как источнике права // Судебная практика как источник права / Отв. ред. серии Б.Н. Топорнин. М., 1997.

Вместе с тем обычаи, нормативные договоры прямо предусмотрены в качестве источника права в нормативных актах наиболее высокой юридической силы — Конституции России и федеральном законодательстве. Отсюда данный признак мы должны отнести к числу факультативных, т. е. вторичных, необязательных, почему выше мы сопроводили его оговоркой «как правило».

Вместе с тем такая черта нетрадиционного источника, как его закреплённость или незакреплённость в законе как возможного формально-юридического источника, поможет нам провести важную научно-практическую классификацию уже всех нетрадиционных источников права, выявить их юридическую силу и внутреннее классификационное соотношение.

Итак, мы полагаем, что, применительно к российской национальной правовой системе и романо-германской правовой семье в целом, **нетрадиционные формально-юридические источники** права можно определить как *систему нормативных предписаний, создаваемых как правило в процессе правоприменительной деятельности не уполномоченными на то государственными органами, или хотя и уполномоченными органами, но при безусловном субсидиарном характере применения таких предписаний для урегулирования общественных отношений по сравнению с нормативно-правовыми актами, возникающими в практике правового урегулирования без прямого государственного вмешательства, но при последующем государственном одобрении.*

### **§ 3. Система нетрадиционных источников права**

Нетрадиционные источники права образуют собою определённую систему. Данная система выглядит, по мнению авторов, следующим образом:

- 1) правовой обычай;
- 2) нормативный договор;
- 3) нормативные акты общественных объединений;
- 4) правовая доктрина;

5) правоприменительная практика <sup>1</sup>.

Внутри системы нетрадиционные источники права, в зависимости от государственного к ним отношения, степени их признанности, распространенности в сфере индивидуально-регулируемого регулирования и соответственно в зависимости от степени их регулятивных «потенций» выстраиваются в две подсистемы. Критерием отнесения источника права в ту или иную группу будет предусмотренность или непредусмотренность того или иного источника Конституцией РФ или иным отраслевым федеральным законодательством России. Таким образом, первую группу нетрадиционных источников составят те из них, которые хотя и признаются законом и доктриной, находятся под определенным контролем государства в лице его представительных органов, но являются нетрадиционными в силу небольшой частоты своей применяемости в сфере правового регулирования. Эти источники получают прямое государственное одобрение в виде последующего явного государственного санкционирования: так, например, в ГК РФ, федеральном кодифицированном законе, прямо указывается на обычай делового оборота как источник гражданского права (ст. 5). Нетрадиционность этой группы источников тождественна их *нетипичности*.

Другая же группа источников является нетрадиционной в собственном, или узком, смысле этого слова. Их нетрадиционность характеризуется повышенной «степенью выраженности». Если первые традиционны для романо-германской правовой семьи, но нетрадиционны для сферы индивидуального регулирования, то вторые нетрадиционны как раз для данной правовой семьи в целом и российской правовой системы

---

<sup>1</sup> В рамках параграфа анализируются только нетрадиционные юридические источники российского права, так или иначе используемые во всех регионах России. Так как, по мнению авторов, религиозные нормы, в частности адатные и мусульманские, относительно распространены только среди некоторых народов Северного Кавказа (см., например: Сатушиева Л.Х. Механизм реализации адата на Северо-Западном и Центральном Кавказе: историко-правовой анализ (XV — начало XX в.): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2003. С. 3), они не могут выделяться как самостоятельный вид нетрадиционных юридических источников права России.

в частности, равно как и для сферы индивидуального регулирования.

Отсюда первую группу нетрадиционных юридических источников, предусмотренных Конституцией РФ и иным федеральным законодательством России, должны составить:

- а) правовой обычай;
- б) нормативный договор;
- в) нормативные акты общественных объединений.

Во вторую же группу *собственно нетрадиционных источников* должны войти:

- а) правовая доктрина;
- б) правоприменительная практика <sup>1</sup>.

**Правовые обычаи** признавались теорией и практикой государственного строительства в том числе и в дореформенный период существования российского государства. Обычаи вообще определяются в литературе как «более или менее устойчивые, исторически сложившиеся правила (нормы) общественного поведения людей, их образа жизни, быта, которые устанавливаются в обществе в результате многократного применения этих правил людьми, передаются ими от поколения к поколению и охраняются силой общественного мнения»<sup>2</sup>. Специфика правового обычая состоит в том, что, помимо общественного мнения, его соблюдение поддерживается и мерами государственного принуждения. В качестве иных существенных признаков обычая Р.Л. Нарышкиной выделяется продолжительность его существования, постоянность соблюдения, определенность, непротиворечие публичному порядку<sup>3</sup>.

Как уже было сказано выше, четкое государственное санкционирование обычая нашло свое отражение в ст. 5

---

<sup>1</sup> В науке высказано и иное мнение о нетрадиционных юридических источниках права России. С.В. Бошно, к примеру, к их числу относит правосознание, программное право, принципы права, включая справедливость, добросовестность, разумность, право юридической экспертизы (см.: Бошно С.В. Доктринальные и другие нетрадиционные формы права // Журнал российского права. 2003. № 1. С. 83).

<sup>2</sup> Шебанов А.Ф. Указ. соч. С. 46.

<sup>3</sup> См.: Гражданское и торговое право капиталистических государств: Учебник. 3-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. Е.А. Васильев. М., 1993. С. 30.



ГК РФ. Заметим, что в РФ обычаи делового оборота, а именно так правовой обычай именуется в ст. 5 ГК РФ, являются субсидиарным источником права, так как применяются в какой-либо области предпринимательской деятельности, которая безразлична для государства, но не получила четкой законодательной регламентации. Субсидиарность обычая проистекает из указания п. 2 ст. 5 ГК РФ о невозможности его применения при противоречии «обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства или договору».

Несколько дальше в своем отношении к правовому обычаю пошло законодательство развитых индустриальных стран Запада. Как отмечается М.И.Кулагиным, эволюция отношения государства к обычаю шла по пути от полного его отрицания к признанию его в качестве субсидиарного, а в настоящее время и основного, источника права, который по своей силе равен закону<sup>1</sup>. Данная ситуация характерна для Франции и ФРГ. Вместе с тем для стран англо-саксонской системы права обычай как самостоятельный юридический источник права нехарактерен в принципе, так как признанность (санкционирование) обычая государством в качестве юридического источника происходит в виде его применения судами и в последнем случае обычай становится судебным прецедентом, как бы поглощается последним и тем самым становится составной частью общего права<sup>2</sup>.

Помимо правового обычая, в литературе указывается и на т. н. **торговые обыкновения**, под которыми понимаются правила, сложившиеся в определенной отрасли торговли, обычно международной, на основе постоянного и единообразного их применения. Условием применимости данных правил при разрешении конфликтов в сфере хозяйственной юрисдикции будет их предварительное указание в сделке в виде прямой к ним отсылки или подразумеваемого условия. Последнее не позволяет выделять торговые обыкновения в качестве юридического источника, но позволяет указывать их в качестве фак-

---

<sup>1</sup> См.: Кулагин М.И. Предпринимательство и право: опыт Запада. М., 1992. С. 29.

<sup>2</sup> См.: Гражданское и торговое право капиталистических государств. С. 31.

тора возможного формирования правового обычая<sup>1</sup>. Более того, в ряде случаев торговые обыкновения отражаются в документах международных межправительственных, региональных и неправительственных организаций, которые ставят целью для своих участников гармонизацию международной торговли и во имя этой цели разрабатывают, в том числе на основе сложившихся торговых обыкновений, единообразные правила общего характера<sup>2</sup>. Типичным примером отражения сложившихся торговых обыкновений в документах международных неправительственных организаций явилась выработка Международной торговой палатой при ООН «Международных правил толкования торговых терминов», известных больше как т.н. «ИНКОТЕРМС»<sup>3</sup>.

**Нормативный договор**, по нашему мнению, представляет собой довольно емкий и комплексный источник права, включающий в себя в качестве самостоятельных элементов а) международно-правовой договор, б) договоры между субъектами РФ, в) договоры между РФ и ее субъектами, г) собственно нормативные договоры, которые применяются в сфере гражданско-правового регулирования, в частности, для регулирования определенного сегмента предпринимательской деятельности. К числу нормативных договоров О.И. Цыбулевская также относит «межрегиональные соглашения, коллективные договоры, заключаемые между работниками предприятия и администрацией в сфере трудового законодательства»<sup>4</sup>.

В научной литературе нормативный договор определяется как правовой акт, устанавливающий правовые нормы, разработанный в результате согласования обособленных волей и волеизъявлений двух и более равноправных субъектов права, один из которых — представитель публичной власти, устанавливающий (прекращающий, изменяющий) взаимные права и обя-

---

<sup>1</sup> Гражданское и торговое право капиталистических государств. С. 31; см. также: Кулагин М.И. Указ. соч. С. 29.

<sup>2</sup> См.: Шмиттгофф К. Экспорт: право и практика международной торговли: Пер. с англ. / Отв. ред. А.С. Комаров. М., 1993. С. 46.

<sup>3</sup> Там же. С. 47—48.

<sup>4</sup> Цыбулевская О.И., Милушева Т.В. Указ. соч. С. 96.

занности неопределенного круга лиц на длительное время, сочетающий в себе публичные и частные начала в регулировании общественных отношений<sup>1</sup>.

Вопрос о видах нормативного договора и в частности о том, является ли международный договор разновидностью нормативного или же самостоятельным источником права, является дискуссионным.

Например, А.Б. Венгеров и Е.А. Богатых выделяют международный договор как самостоятельную разновидность юридического источника, наряду с законами, судебной практикой, правовыми обычаями, доктриной и проч. В один ряд с юридическими источниками, включая и международный договор, помещаются и « типовые договоры »<sup>2</sup>. Такого же мнения придерживаются и представители отраслевых наук, указывая на международный договор как самостоятельный вид юридического источника, наряду с нормативно-правовыми актами (в основном законами)<sup>3</sup>.

Однако имеется и другое мнение. Так, Н.Л. Гранат и Е.В. Колесников вообще не упоминают международный договор как юридический источник права, а указывают только на нормативный договор при описании видов юридических источников права России<sup>4</sup>. С ними солидарна и М.А. Нечитайло, которая обоснованно международный договор указывает только как подвид нормативного договора, когда данный источник права подвергается ею классификации по критерию отраслевой принадлежности<sup>5</sup>.

Природа международно-правового договора достаточно сложна. Большинство ученых указывает на данный договор как

---

<sup>1</sup> См.: Нечитайло М.А. Нормативный договор как источник права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С.5.

<sup>2</sup> См.: Венгеров А.Б. Теория государства и права: Учебник для юридических вузов. 3-е изд. М., 2000. С. 336—359; Богатых Е.А. Гражданское и торговое право: Учеб. пособие. 2-е изд., доп. и перераб. М., 2000. С. 29.

<sup>3</sup> См., например: Уголовный процесс: Учебник / Под ред. С.А. Колосовича, Е.А. Зайцевой. Волгоград, 2002. С. 37; Волженкина В.М. Нормы международного права в российском уголовном процессе. СПб., 2001. С. 75—85.

<sup>4</sup> См.: Гранат Н.Л. Источники права // Юрист. 1998. № 9. С. 7; Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. Саратов, 1995. С. 284—288.

<sup>5</sup> См.: Нечитайло М.А. Указ. соч. С. 12.

на полноценный источник российского права. Позиция всех исследователей основывается на положениях п. 4 ст. 15 Конституции РФ, согласно которому «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 едва ли данное безусловно прогрессивное положение Основного Закона отвечает реалиям российского правоприменения. Проведенный нами опрос 67 судей и 103 адвокатов показал, что за время работы каждого из них не было ни одного случая непосредственного применения норм международного договора для разрешения уголовных, гражданских и административных дел. Думается, такая ситуация обусловлена повышенной абстрактностью нормативного содержания международного договора<sup>1</sup>. В основном такой договор состоит из правовых принципов — общепризнанных принципов, начал международного права, фиксирующих квинтэссенцию понимания общечеловеческих ценностей, достижений в области борьбы за права человека. Данная абстрактность порождается, очевидно, не всегда однозначным пониманием государствами-участниками тех или иных моментов сферы регулирования международного договора. Отсюда его абстрактность как неизбежная «жертва» для преодоления разногласий и их согласования.

Невозможность непосредственного использования во «внутригосударственной сфере» международного договора, а равно общепризнанных принципов и норм международного права, хорошо прослеживается на примере норм уголовного права. Ч. 1 ст. 1 действующего УК РФ 1996 г. источником уголовного права называет только нормативный акт, принятый в виде федерального закона — «уголовное законодательство РФ состоит из настоящего Кодекса». Причем данный закон может быть только кодифицированным, так как «новые законы, предусматривающие уголовную ответственность, подле-

---

<sup>1</sup> См., например: Конституция Российской Федерации: Науч.-практ. комментарий / Под ред. Б.Н. Топорнина. М., 1997. С. 162—163.

жат включению в настоящий Кодекс». Однако при этом в силу ч. 2 ст. 1 УК РФ «настоящий Кодекс основывается на Конституции РФ и общепризнанных принципах и нормах международного права». Следовательно, по смыслу ст. 1 УК РФ источники норм международного права могут использоваться только в правотворческой деятельности и являться фактором принятия либо совершенствования уголовного законодательства. Кроме того, что это следует из толкования ст. 1 УК РФ, невозможность непосредственного применения международного договора и общепризнанных принципов и норм международного права в правоприменительной деятельности проистекает и из того, что уголовно-правовые нормативные предписания, содержащиеся в названных источниках, не содержат санкций, а потому правовыми нормами в строгом смысле этого слова не являются. Почему «осуществление норм международного права об ответственности за конкретные преступления возможно только при трансформации их в национальном праве»<sup>1</sup>.

Вместе с тем неосновательно будет вовсе сбросить международный договор со счетов в правоприменительной деятельности. Данный договор нередко применяется в деятельности Конституционного Суда РФ при проверке на предмет соответствия Конституции РФ федеральных законов. Другое дело, что непосредственное применение источников международного права ограничивается только данной сферой правоприменительной деятельности. И это вполне понятно. Как отмечается в литературе, абстрактное содержание международных договоров и общепризнанных принципов и норм международного права наполняется конкретикой путем исследования судебных решений (например, Международного Суда ООН), доктрин, решений международных организаций, од-

---

<sup>1</sup> См.: Иногамова-Хегай Л.В. Конкуренция норм международного и российского уголовного права // Дифференциация ответственности и вопросы юридической техники в уголовном праве и процессе: Сб. науч. ст. Ярославль, 2001. С. 28. Примечательно в этой связи то, что при рассмотрении в некоторых курсах темы о юридических источниках уголовного права вопрос о международном договоре как о возможном источнике уголовного права не затрагивается вовсе (см., например: Практикум по уголовному праву: Учеб. пособие / Под ред. Л.Л. Кругликова. М., 1997. С. 16—19).

носторонних актов и действий государств, международно-правовых позиций государств (например, внутренние законодательные акты, официальные заявления глав государств и правительств, совместные заявления государств — коммюнике по итогам переговоров и проч.)<sup>1</sup>. Отсюда для непосредственного использования международных источников требуется очень высокий уровень профессионального мастерства, а также особое качественное состояние правосознания юриста, сочетающее в себе обладание обширными познаниями в области права, опыт практической деятельности и повышенное чувство ответственности за качество принимаемых решений и их последствия. А данным требованиям отвечают только представители высших звеньев системы органов правосудия — судьи Конституционного, Верховного и Высшего арбитражного судов России<sup>2</sup>.

Таким образом, из объективного сужения сферы непосредственного применения источников международного права проистекает их нетрадиционность в смысле нетипичности, редкой «встречаемости» в правоприменительной деятельности. Тем самым при безусловной прогрессивности п. 4 ст. 15 Конституции РФ вопрос о широком непосредственном применении международного договора во внутригосударственной сфере правового регулирования без имплементации норм международного права во внутреннее право — это пока не достигнутый идеал, дело отдаленного будущего.

---

<sup>1</sup> См.: Международное право: Учебник / Отв. ред. Ю.М. Колосов, В.И. Кузнецов. М., 1994. С. 22—24.

<sup>2</sup> При рассмотрении конкретного дела в порядке конституционного судопроизводства были признаны необоснованными жалобы ряда граждан, указывавших на несоответствие Конституции РФ содержащегося в п.2 ст.1070 ГК РФ положения о возмещении вреда, причиненного при осуществлении правосудия, когда такое возмещение связывается только с виной судьи, установленной вступившим в законную силу приговором по уголовному делу. Отвергая доводы жалоб, Конституционный Суд РФ, помимо толкования Конституции РФ, дал истолкование и положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод (см.: Постановление Конституционного Суда РФ от 25 января 2001 г. № 1-П «По делу о проверке конституционности положения пункта 2 статьи 1070 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан И.В. Богданова, А.Б. Зернова, С.И.Кальянова и Н.В.Труханова» // Российская газета. 2001. 13 февр.).

Исследователями выделяется и такой вид нормативного договора, как **типовой, или типичный, договор**. Данный вид нормативного договора получил широкое распространение в области международных экономических отношений, а также в предпринимательской практике крупных западных компаний и корпораций. Занимая монопольное положение на рынке производства работ, товаров и услуг, крупные организации через свое экономическое положение получают возможность «диктовать условия» контрагентам путем разработки своей формы договора, опосредующей возможность дальнейшего с ними сотрудничества. В российском праве такие договоры получили название договора присоединения. В соответствии с п. 1 ст. 428 ГК РФ «договором присоединения признается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом». Иногда названная разновидность таких нормативных договоров именуется в западной цивилистике как «формулярные правила», или **«формулярное право»**<sup>1</sup>.

С момента активного начала государственного строительства Российской Федерации как подлинно независимого и суверенного государства, субъекта международного права после распада в 1991 году Союза ССР одно время достаточное распространение получили такие источники конституционного права, как договоры. Примером использования договора в сфере внутреннего конституционного строительства отношений между субъектами сложного федеративного государства даже в годы тотального коммунистического диктата может быть Договор об образовании Союза Советских Социалистических Республик 1922 года. В литературе приводятся, хотя и обращается внимание на их немногочисленность, в качестве примеров использования договорной формы регулирования отношений между центральными властями Советского государства и входившими в него республиками договор между Правительством Советской России и

---

<sup>1</sup> См.: Кулагин М.И. Указ. соч. С. 29—30; Гражданское и торговое право капиталистических государств. С. 31—32; Богатых Е.А. Указ. соч. С. 30.

Башкирией в 1919 г.<sup>1</sup> Применялся договор и для урегулирования отношений союзных республик и составлявших его автономий — например, договор между центральными исполнительными органами власти Грузии и Абхазии, заключенный в 1921 году<sup>2</sup>.

«Второе дыхание» для использования договора как источника регулирования конституционных (внутригосударственных) отношений связано с подготовкой союзного договора 1991 года. Далее договор получает широкое применение уже в практике современного государственного федеративного строительства России. 31 марта 1992 года в Москве большинством субъектов Российской Федерации, кроме Республики Татарстан, Чеченской Республики и Республики Ингушетия, которой на тот момент юридически не существовало, подписывается Федеративный договор<sup>3</sup>. Уже после принятия в ходе всенародного голосования 12 декабря 1993 года Конституции РФ начинается процесс заключения между федеральным центром и субъектами РФ: областями, краями, республиками, автономными округами и т. д. — договоров о разграничении предметов ведения и взаимном делегировании полномочий. Помимо заключения договоров, содержащих нормы конституционного права «по вертикали», подобного рода договоры заключаются и «по горизонтали» — между субъектами Российской Федерации.

Возможность заключения такого рода договоров предусмотрена п. 3 ст. 11 действующей Конституции России, согласно которой «разграничение предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации осуществляется Конституцией, Федеративным и иными договорами о разграничении предметов ведения и полномочий».

Также абсолютно новым является закрепление в Основном законе России норм о возможности передачи по соглашению федеральными органами исполнительной власти РФ орга-

---

<sup>1</sup> См.: Колесников Е.В. Указ. соч. С. 166.

<sup>2</sup> Там же. С. 166.

<sup>3</sup> См.: Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1992. № 20. Ст. 1084.



нам исполнительной власти субъектов РФ или, наоборот, органами исполнительной власти субъектов РФ федеральным органам исполнительной власти РФ, части своих полномочий (п.п. 2, 3 ст. 78 Конституции РФ), если это не противоречит Конституции РФ и федеральным законам.

Данную разновидность нормативного договора предложено именовать **внутрифедеральными договорами**. Предлагается также эту группу договоров делить по отраслевой принадлежности на конституционно-правовые (государственно-правовые) и административно-правовые<sup>1</sup>. Немаловажно и деление рассматриваемой группы договоров по критерию субъектного состава участников отношений в сфере конституционной юрисдикции РФ: а) федеративный договор, б) договоры (соглашения) между федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов РФ о взаимной передаче своих полномочий и предметов ведения, в) соглашения между субъектами РФ.

В советскую эпоху государственно-правовых исследований к числу юридических источников права учеными относились и **нормативные правовые акты общественных объединений**. Передача некоторых функций органов государственного управления общественным объединениям и их участие в правотворчестве выделялись в качестве основных форм взаимодействия общественных объединений с Советским государством<sup>2</sup>. В свою очередь В.М. Горшенев среди форм участия общественных объединений в правотворчестве выделял 1) «распространение действия законодательных актов Советского государства на деятельность низовых звеньев и членов данной общественной организации»<sup>3</sup>,

---

<sup>1</sup> См.: Нечитайло М.А. Указ. соч. С. 12—13. Качество источника права в административном договоре видит и Н.И. Грачев (см.: Грачев Н.И. Правовой порядок формирования организационных структур регионального управления и проблемы ее демократизации // Советская правовая система в период перестройки: Сб. науч. тр. / Редкол.: Юсупов В.А. (отв. ред.) и др. Волгоград, 1990. С. 44).

<sup>2</sup> См.: Щиглик А.И. Закономерности становления и развития общественных организаций в СССР: Политико-правовое исследование. М., 1977. С. 206; Тихомиров Ю.А. Общественные организации в системе социального управления // Вопросы теории общественных организаций / Отв. ред. И.А. Азовкин. М., 1977. С. 9.

<sup>3</sup> Горшенев В.М. Правотворческая деятельность общественных организаций в СССР: Учеб. пособие / Отв. ред. А.Н. Бычек. Ярославль, 1972. С. 7.

2) «издание нормативных актов совместно с органами государства»<sup>1</sup>, 3) согласование всех инструкций и постановлений, исходящих от органов государственного управления, дополняющих или изменяющих трудовое законодательство с ВЦСПС, ЦК соответствующих профсоюзов или совпрофами<sup>2</sup>, 4) внесение предложений и проектов нормативных актов органам государства, уполномоченных на их издание<sup>3</sup>.

Легко увидеть из приведенного перечня, что качество именно юридического источника права принадлежит только такой форме участия общественных объединений в правотворчестве, как издание (принятие) нормативного акта совместно с органами государственного управления. Такое издание производно от санкционированной природы правотворческой деятельности общественного объединения, состоящей в том, что они либо сами с предварительного разрешения государством в законе издавали определенные нормы права по своей инициативе, либо же государство ранее создавало правовой материал в виде общих положений, рекомендаций, советов, отдавая вопросы детализации «на откуп» ряду общественных объединений<sup>4</sup>. Таким образом, совместное издание состояло, во-первых, в собственно «совместном издании» того или иного нормативного акта общественных объединением и органом государства в узком смысле этого слова<sup>5</sup>. Во-вторых, совместное издание заключалось в превентивном делегировании вопроса об издании нормативного акта определенному общественному объединению и в силу этого его норма-

---

<sup>1</sup> Горшенев В.М. Указ. соч. С. 9.

<sup>2</sup> Там же. С. 13.

<sup>3</sup> Там же. С. 14.

<sup>4</sup> Там же. С. 17.

<sup>5</sup> Вплоть до недавнего времени являлось действующим совместное постановление ЦК КПСС, Совета Министров СССР и ВЦСПС от 12 февраля 1987 г. № 184 «О переходе объединений, предприятий и организаций промышленности и других отраслей народного хозяйства на многосменный режим работы с целью повышения эффективности производства» (Собрание постановлений Совета Министров СССР. 1987. № 14. Ст. 55). Решением Верховного Суда РФ от 21 мая 2002 г. № ГКПИ2002—353, вступившим в законную силу, названное постановление только в части своего п. 9 было признано незаконным и не действующим со дня вступления данного решения суда в законную силу (Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 5. С. 4—6).

тивный акт уже являлся производным результатом ранее делегированной государственной воли. Совместность же издания заключалось в том, что за государственной волей так и оставалось качество правообразующего фактора, социального источника права, а ее процедурно-процессуальное оформление в виде юридического источника права передавалось специально на то уполномоченным общественным объединениям. Через санкционированное (делегированное) правотворчество было создано в 60—80-ых гг. XX в. в СССР подавляющее большинство нормативных актов в сфере охраны труда, социального страхования, бытового и культурного обслуживания работников<sup>1</sup>.

Следует отметить, что ныне действующее федеральное законодательство России об общественных объединениях: Федеральный закон «О некоммерческих организациях»<sup>2</sup>, Федеральный закон «Об общественных объединениях»<sup>3</sup>, Федеральный закон «О благотворительной деятельности и благотворительных организациях»<sup>4</sup>, Федеральный закон «О свободе совести и о религиозных объединениях»<sup>5</sup> — не наделяют общественные объединения правом делегированного (санкционированного) нормотворчества. Таким образом, говорить о нормативных актах общественных объединений как юридических источниках права можно лишь постольку, поскольку данные

---

<sup>1</sup> Например, во исполнение совместного постановления Совета Министров СССР и ВЦСПС от 23 февраля 1984 г. № 191 «О пособиях по государственному социальному страхованию» (Собрание постановлений Совета Министров СССР. 1984. № 8. Ст. 46) постановлением Президиума ВЦСПС от 12 ноября 1984 г. № 13—6 было утверждено до сих пор действующее Положение о порядке обеспечения пособиями по государственному социальному страхованию («Библиотечка Российской газеты» совместно с библиотечкой журнала «Социальная защита». 1995. Вып. 4).

<sup>2</sup> Федеральный закон «О некоммерческих организациях» от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ // Российская газета. 1996. 24 янв.

<sup>3</sup> Федеральный закон «Об общественных объединениях» от 19 мая 1995 г. № 82-ФЗ // Российская газета. 1995. 25 мая.

<sup>4</sup> Федеральный закон «О благотворительной деятельности и благотворительных организациях» от 11 августа 1995 г. № 135-ФЗ // Российская газета. 1995. 17 авг.

<sup>5</sup> Федеральный закон «О свободе совести и о религиозных объединениях» от 26 сентября 1997 г. № 125-ФЗ // Российская газета. 1996. 1 окт.

акты были ранее легально изданы и пока еще действуют в силу их непротиворечия нормам традиционных источников права в виде законов и иных нормативных актов, вплоть до их явной отмены или «мягкого» вытеснения аналогичным традиционным регулированием специально уполномоченных на то государственных органов (министерств и ведомств и т. д.).

Навести на мысль о сохранении элементов санкционированного правотворчества может ч. 3 ст. 17 Федерального закона «Об общественных объединениях», согласно которой «вопросы, затрагивающие интересы общественных объединений в предусмотренных законом случаях, решаются органами государственной власти и органами местного самоуправления с участием соответствующих общественных объединений или по согласованию с ними». Однако в действующем законодательстве России нет конкретизации упоминаемых в ч. 3 ст. 17 Федерального закона «Об общественных объединениях» случаев. Также в самом Федеральном законе «Об общественных объединениях» нет санкций за несогласование органами государственной власти и органами местного самоуправления каких-либо нормативных решений с общественными объединениями в определенной законодательством сфере по вопросам, затрагивающим интересы общественных объединений. Таким образом, правотворческая деятельность общественных объединений в том значении, как она понималась ранее, существует в современной России пока только гипотетически.

Однако отметим, что качеством юридического источника права, в настоящее время, вероятно, обладают уставы крупных общественных объединений и религиозных организаций. При этом такие уставы надлежит отнести к числу локальных нормативных актов постольку, поскольку деятельность такого объединения получает *значительное распространение*, она сама упорядочена, систематична, а органы его управления определенным образом структурированы и иерархичны. Отсюда устав такой организации содержит в себе конститутивные права и обязанности ее членов, значительного количества субъектов права, определяет их специальную правосубъектность, обусловленную их принадлежностью к данной организации, формы взаимодействия структурных, относительно-обособленных подразделений такого объединения между собой, компетенцию его руководящих и контрольно-регистрационных органов и проч. И хотя деятельность общественного

объединения ограничена строго сферой указанных в законе вопросов, а устав общественного объединения издается как раз для закрепления форм реализации членами объединения социально-полезных, чаще духовно-нравственных, политических, творческих, всегда некоммерческих целей, т. е. по довольно узкому и специфическому сегменту общественной жизни, он (устав) в силу многочисленности членов общественного объединения приобретает для них в определенной сфере социальной действительности качество юридического источника права<sup>1</sup>. Например, современные исследователи правовой проблематики Русской Православной Церкви относят к юридическим источникам церковного права а) канонический кодекс Вселенской Православной Церкви — Правила Святых Апостолов, Соборов и Отцов, б) Устав Русской Православной Церкви, принятый на Поместном Соборе РПЦ в 1988 г.<sup>2</sup>, в) носящие нормативный характер определения Священного Синода и Указы Святейших Патриархов, Патриарших Местоблюстителей и Заместителя Патриаршего Местоблюстителя, которые не отменены, не устарели и не противоречат каноническому кодексу и Уставу РПЦ<sup>3</sup>.

Выше были проанализированы юридические источники права, хотя и официально признанные в российской правовой системе, но являющиеся нетрадиционными в смысле нетипичности их применения в сфере индивидуального регулирования.

Одним из юридических источников права, нетрадиционных в узком, собственном, смысле этого слова, является т.н. ***правовая доктрина***.

---

<sup>1</sup> И.А. Азовкин обратил внимание на то, что усиление массовости добровольных объединений граждан влечет за собой необходимость совершенствования локальной нормативно-правовой базы их формирования и деятельности — обновление уставов, появление новых нормативных документов, создаваемых самими общественными объединениями и регулирующих их внутреннюю жизнь (см.: Азовкин И.А. Общественные организации в условиях развитого социализма и некоторые задачи политико-правовых исследований // Вопросы теории общественных организаций / Отв. ред. И.А. Азовкин. М., 1977. С. 17).

<sup>2</sup> В настоящее время действует Устав Русской Православной Церкви, утвержденный на юбилейном архиерейском Соборе РПЦ, проходившем в Москве с 13 по 16 августа 2000 г. (URL: // <http://www.russian-orthodox-church.org.ru/S2000r39.htm>)

<sup>3</sup> См.: Цыпин В.А. Церковное право. 2-е изд. М., 1996. С. 118.

Данный источник права известен юриспруденции со времен становления римского частного права. Расцвет и официальную признанность правотворческого характера деятельность юристов получила в первые три века н.э., в период т.н. «принципата». Именно эта эпоха является эпохой классического римского частного права, что обусловлено особой ролью римской юриспруденции<sup>1</sup>. Связано это было с тем, что каждый новый принцепс для укрепления своего положения вынужден был приспособлять право существующего рабовладельческого строя к новым условиям жизнедеятельности, а для этого — искать пути гибкого применения существующих форм в повседневной деятельности. На помощь в выполнении данных задач были мобилизованы профессиональные юристы. Поскольку юристы были выходцами из состоятельных слоев римского общества, они были заинтересованы в проведении политики принцепса. Именно поэтому юристам в эпоху классической римской юриспруденции предоставляется право давать официальные консультации (*ius publice respondendi*). Как указывает И.Б. Новицкий, «заключения юристов, наделенных этим правом, приобрели на практике обязательное значение для судьи: эти заключения стали опираться на авторитет принцепса, предоставившего *ius respondendi*»<sup>2</sup>.

Примечательно, что заключения римских юристов не содержали простого толкования закона. Напротив, за формальным толкованием писаных источников скрывалось создание новых правовых норм. При этом были выработаны и определенные приемы деятельности юристов, своего рода правила толкования: не следует из общего правила создавать конкретное право; напротив, при создании общей формы необходимо исходить из всего смысла живого действующего права. Отсюда заключения римских юристов носили творческий, преобразующий характер и содержали в себе фактически новые, основанные на запросах реальной общественной практики нормы. Весьма интересно то, что римские юристы обеспечивали и определенную преемственность в передаче накопленного ими опыта регулирования общественных отношений: обучая молодых юристов, юристы-практики подготавливали теоретический курс права в т. н. «институ-

---

<sup>1</sup> См.: Новицкий И.Б. Римское право. 4-е изд., стереотип. М., 1993. С. 24.

<sup>2</sup> Там же. С. 25.

циях» — учебниках по юриспруденции. Поэтому институты римских юристов являются как юридическими источниками римского частного права в классическую эпоху и далее, так и источниками познания права<sup>1</sup>, а равно и источником его рецепции другими государствами и в другие исторические эпохи.

Правовая доктрина сыграла огромное правотворческое значение в странах Западной Европы в XI—XII вв. н. э. и существенно повлияла на возникновение западных правовых систем нового времени. Связано это было с возникновением первых европейских университетов. Как отмечает Г.Дж. Берман, «именно там впервые в Западной Европе право преподавалось как четко очерченный и систематизированный свод знаний, наука, в которой отдельные юридические решения, нормы и законодательные акты изучались объективно и объяснялись с точки зрения общих принципов и истин, базовых для всей этой системы в целом»<sup>2</sup>. На первый взгляд может показаться, что т. н. европейское «право университетов» нового времени — это не более чем источник познания правовой действительности. Однако это не так. Именно в это время происходило становление принципиально новых экономических отношений, не отраженных адекватно в имеющейся системе юридических норм. Поэтому, как замечает Г.Дж. Берман, задачей выпускников университетов, поступавших на службу в государственные учреждения, ставшими судьям, адвокатами, администраторами, было приспособить «старое право» к запросам изменившегося общественного бытия. В это время правовые нормы, понятия, решения и процедуры оставались старыми, были прямой противоположностью науке, но именно благодаря ей и новому сознанию участников правовых действий, были адаптированы к новым отношениям и тем самым не утратили своих регулятивных потенций. В это время «сама наука, сумма знаний о праве, воспринималась как часть правовых данных. Понимание слилось с толкованием, а толкование с применением»<sup>3</sup>. А чему собствен-

---

<sup>1</sup> Новицкий И.Б. Римское право. С. 25—27; см. также: Алексеев С.С. Гражданское право в современную эпоху. М., 1999. С. 5.

<sup>2</sup> Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования: Пер. с англ. М., 1994. С. 124.

<sup>3</sup> Там же. С. 125.

но могли учить первые правоведы в европейских университетах, если имеющиеся «правовые институты как церковные, так и светские, были по преимуществу местными и обычными и в значительной степени слиты с религиозными убеждениями»? <sup>1</sup> Как ни странно, но первые правоведы использовали при обучении Дигесты императора Юстиниана 534 г. н. э., вот почему источником европейского права нового времени были труды римских юристов классической эпохи в их последующих римских кодификациях.

Ранее советская наука отрицала за правовой доктриной значение именно юридического источника права. Традиционно теоретические наработки в области юриспруденции рассматривались либо как источники познания действующего права, либо как фактор совершенствования законодательства <sup>2</sup>. Однако едва ли данный взгляд отвечал действительным тенденциям конкретной правовой жизни. Так, Рене Давид при проведении глобального исследования основных правовых систем современности, обратил внимание на двойное значение юридической доктрины в Советском Союзе. Задачей ученых-правоведов в подготавливающих юристов вузах являлось, по его мнению, облегчение понимания и применения права путем разъяснения воли законодателя. Однако иная задача у тех ученых, которые занимались научно-исследовательской деятельностью в общесоюзных или республиканских институтах: разработать проекты нормативных актов, представить их на обсуждение научным кругам и всего общества <sup>3</sup>. Однако и этот взгляд едва ли адекватно отражает действительное положение вещей. Действительно,

---

<sup>1</sup> Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. С. 125.

<sup>2</sup> Например, авторы изданного около 30 лет назад академического курса «Марксистско-ленинской общей теории государства и права» указывали, что «в социалистическом государстве юридическая наука имеет огромное значение для развития практики, способствуя совершенствованию законодательства, укреплению законности, повышению квалификации судей, правильному толкованию и применению закона и иных нормативных актов и т. п. Тем не менее *она не может рассматриваться как источник права* (выделено нами. — Н.В. и А.Р.)» (Марксистско-ленинская общая теория государства и права: Основные институты и понятия / Отв. ред. Г.Н. Манов. М., 1970. С. 588).

<sup>3</sup> См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 190—191.



советская наука была несколько схоластична и чаще всего занималась объяснением права через призму его приспособления к господствующей в обществе марксистско-ленинской идеологии. Как отмечается С.С. Алексеевым, «при всех пороках и негативах советской юриспруденции и в то время, порой исподволь, но вместе с тем целеустремленно шла работа по развитию глубоких правовых принципов», что нашло свое прямое отражение в разработке института гражданской ответственности за акты власти в Основях гражданского законодательства 1961 г. (ст. 89)<sup>1</sup>.

Ярким примером того, когда наука является именно юридическим источником права, выступает уголовное и уголовно-процессуальное право. Так, довольно часто по тексту УК и УПК РФ, включая и их утратившие силу редакции 1960 гг., законодатель оперирует понятиями «состав преступления», «характер и степень общественной опасности»<sup>2</sup>. Данные дефиниции являются базовыми для этих отраслей права, поскольку играют значение главного юридического факта при решении подавляющего большинства уголовно-правовых и значительного количества уголовно-процессуальных вопросов. Вместе с тем по тексту УК и УПК РФ содержание данных понятий не раскрывается. Однако практика остается единообразной и в целом исходит из правильного понимания этих правовых категорий. Неопределенность же их законодательного содержания преодолевается за счет теоретических наработок отечествен-

---

<sup>1</sup> Алексеев С.С. Право на пороге нового тысячелетия: Некоторые тенденции мирового правового развития — надежда и драма современной эпохи. М., 2000. С. 178.

<sup>2</sup> Термин «состав преступления» употребляется, например, законодателем в п. 2 ч. 1 ст. 24, п. 3 ч. 2 ст. 302, ч. 8 ст. 335 УПК РФ, а также в ст. 8, ч. 1 ст. 29, ч. 3 ст. 31, примечаниях к ст.ст. 126, 205, 206, 208, 222, 223, 275, 2821, 2822, 322 УК РФ; термин «характер и степень общественной опасности» употребляется при текстуальном изложении ч. 1 ст. 6, ч. 1 ст. 15, ч. 1 ст. 21, ч. 1 ст. 22, ч. 1 ст. 34, ч. 2 ст. 38, ч. 2 ст. 39, ч. 3 ст. 47, ч. 3 ст. 60, ч. 1 ст. 68, ч. 2 т. 73, ч. 1 ст. 81 УК РФ; в том или ином виде данный термин употреблен и в УПК РФ: например, о характере и тяжести совершенного преступления говорится в ч. 1 ст. 20 УПК РФ, словосочетание «фактический характер и общественная опасность своих действий (бездействия)» используется при конструировании ч. 3 ст. 27, ч. 4 ст. 133, ч. 2 ст. 300, ч. 2 ст. 421 УПК РФ.

ных правоведов прошлых лет и современности<sup>1</sup>. В отдельных случаях, благодаря деятельности научно-консультативного совета при Верховном Суде РФ, некоторые глобальные уголовно-правовые категории объясняются в постановлениях Пленума Верховного Суда России<sup>2</sup>, причем некоторые из них, принятые еще в прошлом веке, остаются действующими до сих пор за счет четкости, строгости и логичности юридического языка, которым было изъяснено то или иное значимое для практики понятие<sup>3</sup>. В этом смысле правовая наука, дополняя и объясняя правовые нормы, как бы органично сливается с законом и тем самым становится юридическим источником права.

***Правоприменительная практика*** также является нетрадиционным источником права во втором значении: она не пре-

---

<sup>1</sup> См., например: Трайнин А.Н. Общее учение о составе преступления. М., 1957; Костарева Т.А. Квалифицирующие обстоятельства в уголовном праве (понятие, законодательная регламентация, влияние на дифференциацию ответственности). Ярославль, 1993.

<sup>2</sup> Например, определение характера и степени общественной опасности традиционно излагается в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ, посвященных обобщению судебной практике назначения судами уголовного наказания. Так, например, Пленум Верховного Суда РФ в п. 1 постановления № 8 от 25 октября 1996 г. «О ходе выполнения судами постановления Пленума Верховного Суда РФ от 14 апреля 1988 г. № 1 «О практике назначения судами РФ наказания в виде лишения свободы» (в настоящее время утратило силу) указал, что «при учете характера и степени общественной опасности преступления надлежит исходить из того, что характер общественной опасности преступления зависит от установленных судом объекта посягательства и формы вины и отнесения Уголовным кодексом преступного деяния к категории более тяжких или менее тяжких преступлений, а степень общественной опасности преступления определяется обстоятельствами содеянного (например, степенью осуществления преступного намерения, способом совершения преступления, размером вреда или тяжестью наступивших последствий, ролью подсудимого при совершении преступления в соучастии) и данными, характеризующими степень общественной опасности личности виновного (наличие или отсутствие судимости, поведение в быту, отношение к учебе и т. п.)». В целом такое же определение характера и степени общественной опасности было закреплено и в п. 1 постановления № 40 Пленума Верховного Суда РФ «О практике назначения судами уголовного наказания» от 11 июня 1999 г., принятом на базе уже нового УК РФ 1996 г. (Российская газета. 1996. 5 нояб.; Российская газета. 1999. 7 июля).

<sup>3</sup> Ни в тексте УК РСФСР 1960 г., ни в тексте УК РФ 1996 г. не встречается понятие длящихся и продолжаемых преступлений. Данное понятие

дусмотрена российским законодательством в качестве юридического источника права, однако она уже довольно давно и основательно играет «роль дополнительного источника права, задача которого состоит не в замене ранее существовавших источников права, а в их уточнении, развитии, известном приспособлении к новым общественным условиям»<sup>1</sup>. Подробнее правотворческое значение практики применения права будет рассмотрено в главе II работы.

---

выработано наукой уголовного права и является крайне значимым в практическом смысле: при квалификации преступных деяний, при отграничении тождественных преступлений, совершенных неоднократно, от продолжаемого преступления, при определении места совершения преступления, при определении момента окончания преступления и соответственно при определении уголовного закона, подлежащего применению в конкретном случае и т. п. Понятие длящихся и продолжаемых преступлений было определено единственный раз в постановлении 23-го Пленума Верховного Суда СССР «Об условиях применения давности и амнистии к длящимся и продолжаемым преступлениям» от 4 марта 1929 г. (с последующими изменениями). Данное постановление является действующим до настоящего момента (Сборник постановлений Пленумов Верховных Судов СССР и РСФСР (Российской Федерации) по уголовным делам. 4-е изд. М., 1996. С. 5—6.)

<sup>1</sup> Топорнин Б.Н. Система источников права: тенденции развития // Судебная практика как источник права / Отв. ред. серии. Б.Н. Топорнин. М., 2000. С. 44.

## **ГЛАВА II. Сущность правоприменительной практики и ее роль в правовой системе России**

---

### **§ 1. Дискуссионные вопросы понятия правоприменительной практики и ее социальные истоки**

В философской литературе имеются несколько различающихся между собой определений понятия практики. В советской дореформенной литературе практика определяется как «предметная материальная деятельность людей»<sup>1</sup>. Современные философы определяют практику как «активную деятельность конкретно-исторического субъекта, в ходе которой он осуществляет материальное преобразование объекта в соответствии со своими целями, идеальной моделью действительности и знаниями о свойствах этого объекта, а также развивается и изменяется сам благодаря постоянному чередованию и связи процессов опредмечивания и распредмечивания»<sup>2</sup>; как специфически человеческую, сознательную, целеполагающую, целесообразную, чувственно-предметную деятельность<sup>3</sup>; как «специфически человеческий способ отношения к миру, заключающийся в активном преобразовании объективно существующих в нем предметов и явлений»<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Основы марксистско-ленинской философии: Учебник для вузов / Ф.В. Константинов, А.С. Богомолов, Г.М. Гак и др. 5-е изд. М., 1980. С. 140.

<sup>2</sup> Арефьева Г.С. Общество, познание, практика. М., 1988. С. 9.

<sup>3</sup> Философский словарь / Под ред. И.Т. Фролова. 6-е изд., перераб. и доп. М., 1991. С. 358.

<sup>4</sup> Крапивенский С.Э. Социальная философия: Учебник для гуманитар.-соц. специальностей высших учебных заведений. 3-е изд., испр. и доп. Волгоград, 1996. С. 34.

Все это позволяет выделить сущностные признаки данного понятия.

Во-первых, *практика— это прежде всего деятельность*, хотя и не исчерпывает всей проблематики определения «деятельности», так как понятие «деятельность» более значительно и «включает в себя как практическое, так и теоретическое отношение человека к миру»<sup>1</sup>.

Во-вторых, *практика есть единство двух составляющих— субъекта и объекта, отношение (связь) субъекта и объекта*, при котором субъект преобразует объективный мир, но меняется в ходе этого двухстороннего взаимодействия и сам<sup>2</sup>.

В-третьих, *«практика есть первичное, исходное отношение человека к миру»*<sup>3</sup>. Возможность мыслить теоретически и моделировать абстрактные образы появляется у человека не сразу, а лишь когда происходит третье великое разделение труда — отделение труда умственного от физического после перехода человека от присваивающего хозяйства к производящему, когда появляется некая сумма избыточного продукта, на который можно «кормить» людей, не занятых в процессе материального производства<sup>4</sup>. Человек осуществляет познание мира, включая и постепенный переход к его теоретическому осмыслению, только по мере практического предметного освоения окружающей его объективной реальности.

В-четвертых, *практика не просто деятельность, а сознательная, целеполагающая деятельность*. Эта черта практики производна от ее субъекта — человека, который тем и отличается от животного, что любой его порыв, даже предопределенный «биологической» половиной его сущности, осознан.

В-пятых, *практика всегда носит общественный характер*. Человек вынужден производить необходимые для себя средства к жизни, в том числе производить и свою материальную жизнь, что возможно только в коллективе, в сотрудничестве и в обмене между людьми продуктами своего труда. Отсюда — необходимость общения и взаимопонимания, потребность в об-

---

<sup>1</sup> Крапивенский С.Э. Социальная философия. С. 34.

<sup>2</sup> Подробнее см.: Арефьева Г.С. Указ. соч. С. 10; Ярошевский Тадеуш М. Размышления о практике: По поводу интерпретации философии К. Маркса: Пер. с пол. М., 1976. С. 81.

<sup>3</sup> Крапивенский С.Э. Указ. соч. С. 34.

<sup>4</sup> «Обособление мыслей и идей в качестве самостоятельных сил есть... следствие разделения труда» (К.Маркс, Ф.Энгельс. Соч. Т. 3. С. 451).

мене информацией. Из-за данной потребности в общении и возникают такие средства общения, как человеческая речь, язык, абстрактное мышление, а уже затем научное познание.

Думается, юридическая, в т. ч. правоприменительная, практика является особой разновидностью практической деятельности, наряду с такими ее видами, как экономическая, политическая, производственная и т. п. виды практики. Поэтому все отмеченные общие признаки практики характерны также и для практики юридической.

\* \* \*

Изучению феномена юридической, или правовой, практики не уделялось должного внимания представителями философских наук. Данное понятие изучалось в основном представителями науки общей теории государства и права. В разное время юридическая практика или конкретные ее формы — например, судебная, правоприменительная и интерпретационная практика — изучались такими правоведом, как С.С. Алексеев, С.Н. Братусь, А.К. Безина, А.Б. Венгеров, Н.Н. Вопленко, М.А. Гурвич, И.Я. Дюрягин, В.Н. Карташов, В.И. Леушин, В.П. Реутов, Б.В. Саванели. Между тем комплексные монографические работы, посвященные юридической практике в плоскости ее обобщенного, общетеоретического исследования, появились относительно недавно и исчерпываются небольшим их количеством. Так, в 1987 году увидела свет монография В.И. Леушина «Юридическая практика в системе социалистических общественных отношений»<sup>1</sup>, а в 1989 году была издана монография В.Н. Карташова «Юридическая деятельность: понятие, структура, ценность»<sup>2</sup>. Почти хрестоматийной и по-своему «культовой» среди отечественных правоведов стала изданная в 1975 году коллективная монография под редакцией С.Н. Братуся «Судебная практика в советской правовой системе»<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Леушин В.И. Юридическая практика в системе социалистических общественных отношений. Красноярск, 1987.

<sup>2</sup> Карташов В.Н. Юридическая деятельность: понятие, структура, ценность. Саратов, 1989.

<sup>3</sup> Судебная практика в советской правовой системе / Под ред. С.Н. Братуся. М., 1975.

Довольно продуктивен наметившийся в последние годы подход зарубежных исследователей стран романо-германской правовой семьи к изучению судебной практики, заключающийся в уяснении природы судейского усмотрения при принятии решения по конкретному делу: его предпосылок, меры свободы, как возможного источника права и т. п.<sup>1</sup>

Плодотворно исследовавший понятие юридической деятельности и юридической практики В.Н. Карташов проанализировал и выделил три традиционных отечественных подхода к понятию юридической практики, сложившихся в современном правоведении<sup>2</sup>.

Авторами первого подхода (И.Я. Дюрягин, А. Герлох, В. Кнапп) юридическая практика отождествляется с юридической деятельностью<sup>3</sup>. Напротив, авторы второго подхода (С.С. Алексеев, С.И. Вильнянский и др.) впадают, по мнению В.Н. Карташова, в другую крайность — стремясь отграничить юридическую практику от юридической деятельности, они к юридической практике относят только обьективированный итог, обобщенный опыт, или результат, правовой деятельности. Наконец, основоположники третьего подхода (С.Н. Братусь, В.К. Бабаев, Н.Н. Вопленко, В.Н. Карташов, В.И. Леушин, В.П. Реутов и др.) предлагают рассматривать юридическую практику как неразрывное единство «правовой деятельности и сформированного на ее основе социально-правового опыта»<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Барак А. Судейское усмотрение: Пер. с англ. М., 1999.

Такой подход в правовых исследованиях постепенно прокладывает себе дорогу и в нашей стране (см., напр.: Абушенко Д.Б. Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе. М., 2002; Сенякин И.Н. Судебное усмотрение в частном праве // Вестник Саратовской государственной академии права. 2002. № 3(32).

<sup>2</sup> См.: Общая теория государства и права: Академический курс: В 2-х т. / Под ред. М.Н. Марченко. Т. 2: Теория права. М., 1998. С. 343 и след.; см. также: Карташов В.Н. Указ. соч. С. 43—45.

<sup>3</sup> См., например: Кнап В., Герлох А. Логика в правовом сознании / Авт. пер.; Под ред. А.Б. Венгерова. М., 1987. Подобный подход характерен в целом и для отраслевых исследований (см., напр.: Ильясов Р.Х. Судебная практика Верховного Суда Российской Федерации в обеспечении прав личности в уголовном процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1998. С. 10—11).

<sup>4</sup> Общая теория государства и права. Т. 2. С. 343; при изучении такой формы правоприменительной практики, как практика судебная, С.Н. Братусь

Под юридической деятельностью В.Н. Карташовым предложено понимать «опосредованную правом трудовую, управленческую, государственно-властную деятельность компетентных органов, которая нацелена на выполнение общественных задач и функций (создание законов, осуществление правосудия, конкретизацию права и т. п.) и удовлетворение тем самым как общесоциальных, групповых, так и индивидуальных потребностей и интересов»<sup>1</sup>. Юридическая практика с юридической деятельностью в данной концепции находятся в отношениях пересечения. В.Н. Карташовым подчеркивается, что «методологически весьма существен и тот факт, что в содержание юридической практики входит только материально-преобразующая сторона юридической деятельности»<sup>2</sup>.

Достоинства описанных определений юридической деятельности и юридической практики очевидны и отчасти разделяются и авторами настоящей работы. Так, юридическая деятельность рассматривается как разновидность социальной деятельности, как упорядоченное, целесообразное, предметное, избирательное, системное и планомерное взаимодействие индивидов в сфере правотворчества и применения права. Необходимым субъектом такой деятельности является государственный орган или должностное лицо. Такая деятельность нормативно урегулирована, а по стоящим перед ней целям и задачам позитивна и нормативно одобрена, и, кроме того, направлена на преобразование социальной реальности в соответствии с требованиями правовых норм.

Однако у описанного подхода имеются и недостатки. Ранее мы указали на такую черту практики, как преобразование в ходе

---

указал, что «судебная практика представляет собой единство: а) того вида судебной деятельности по применению правовых норм, который связан с выработкой правоположений на основе раскрытия смысла и содержания применяемых норм, а в необходимых случаях их конкретизации и детализации, и б) специфического результата, итога деятельности (самих правоположений). Значит, судебная практика — одновременно и динамика указанного вида деятельности, и ее статика» (Судебная практика в советской правовой системе С. 16—17; см. также: Соловьев В.Ю. Понятие судебной практики // Журнал российского права. 2003. № 1. С. 92).

<sup>1</sup> Карташов В.Н. Указ. соч. С. 31.

<sup>2</sup> Там же. С. 45.



чувственной рациональной предметной деятельности не только объекта, на который направлено воздействие, но и самого субъекта, который воздействует на объект и приобретает новые качества, навыки, умения. Ретроспективное изучение определенных этапов в развитии социальной (и юридической в т. ч.) практики и проспективное прогнозирование тенденций ее развития возможны благодаря фиксации у субъекта изменений, приобретенных в результате предметно-преобразующей практической деятельности. Поэтому познание государственно-правовых закономерностей осуществляется именно через изучение отраженного в итоге практической деятельности опыта. Тем самым строгое разграничение деятельности и практического результата возможно, как нам представляется, только лишь в умозрительном плане.

Наконец, при изложенном подходе к пониманию юридической практики весьма проблематично разграничить практическую деятельность, которая направлена на материальное преобразование объектов, и другие ее виды. Вместе с тем сказанное не означает, что надлежит полностью игнорировать саму деятельность как предпосылку накапливаемого в ходе практики опыта. Данной крайности не избегает, в частности, С.С. Алексеев, который утверждает, что под юридической практикой надо понимать объективированный опыт индивидуально-правовой деятельности компетентных органов (судов, других органов применения права), складывающийся в результате применения права при решении юридических дел<sup>1</sup>.

И уж тем более не правы те авторы, которые даже опыт практической деятельности толкуют чрезмерно узко, включая в практику только те итоги практической деятельности, которые становятся своеобразными дополнительными, по сравнению с нормативными актами и заключенными в них правовыми нормами, компонентами регулирования общественных отношений. Например, С.Н. Братусь и А.Б. Венгеров полагают, что «необходимо со всей решительностью отвергнуть мысль о том, что к судебной практике относится любое решение народного суда, определение кассационной либо надзорной судебной инстанции или даже сумма решений по конкретной

---

<sup>1</sup> См.: Алексеев С.С. Общая теория права: В 2-х т. Т. I. М., 1981. С. 340—341.

группе дел»<sup>1</sup>. А потому, по их мнению, о становлении судебной практики *«как компонента и результата судебной деятельности»*<sup>2</sup> (выделено нами. — Н. В. и А. Р.) можно говорить только тогда, когда суду для применения закона к конкретному случаю и для вынесения правосудного решения необходимо истолковать закон, уяснить его смысл, конкретизировать выраженные в словесной формуле закона понятия и в результате этого создать *правовоположение*, позволяющее познать смысл закона и применить его к конкретному случаю. Таким образом, С.Н. Братусем и А.Б. Венгеровым сами итоги, результаты, опыт судебной деятельности видится только в форме правовых положений, созданных при помощи конкретизации посредством толкования содержащихся в словесной формуле закона абстрактных, общих понятий. Однако итоги практической деятельности только правовыми положениями не исчерпываются.

Как верно было замечено Н.Н. Вопленко и Ю.П. Еременко, подобное понимание юридической практики «рассматривает практику, находящуюся на особом уровне или качественном состоянии, как сложившуюся и оформившуюся в виде тенденции правовую деятельность. И, следовательно, отдельные акты юрисдикции, осуществления субъективных прав и юридических обязанностей, а также акты правотворчества, не образующие доминирующей тенденции, должны исключаться из сферы практики даже при всей их правомерности»<sup>3</sup>. Поэтому авторы приходят к выводу о том, что подобный подход «не соответствует философскому пониманию общественно-исторической практики вообще как всех видов и форм человеческой деятельности, реально (материально) преобразующей объекты»<sup>4</sup>. Как представляется, данный подход наиболее правилен в методологическом плане. Ценность подхода заключается в том, что практика не исчерпывается только актами юрисдикции,

---

<sup>1</sup> Судебная практика в советской правовой системе. С. 8.

<sup>2</sup> Там же. С. 10.

<sup>3</sup> Вопленко Н.Н., Еременко Ю.П. Практика и ее отражение в учебном процессе по теории государства и права // Ученые записки Тартуского университета. Вып. 909: Теоретические проблемы юридической практики. *Studia juridica VI: Труды по правоведению*: На рус. и англ. яз. / Тартуский университет; Отв. ред.: И.Н. Грязин, П.М. Ярвелаид. Тарту, 1990. С. 22.

<sup>4</sup> Там же. С. 22 и след.

которые образуют своеобразную тенденцию правоприменения. Как указывают Н.Н. Вопленко и Ю.П. Еременко, «научный подход к понятию практики должен учитывать, что она имеет различные виды, формы, уровни и срезы в своем существовании и функционировании»<sup>1</sup>. Но едва ли верно и видеть в практике «как реальный процесс юридически значимой деятельности субъектов, так и обобщающий итог, результат этой работы **в виде определенных правовых актов** (выделено нами. — Н. В. и А. Р.), выражающих некую тенденцию, политику в сфере правотворчества, воспитательной работе и или реализации права»<sup>2</sup>.

Вероятно, доминирующая тенденция в названных сферах юридической деятельности может складываться не только из актов правотворчества и актов применения права, которые венчают собой результат, опыт или итог юридической деятельности. Во-первых, возможны ситуации, когда опыт юридической деятельности передается в силу существующей традиции, преемственности между поколениями практикующих юристов. Во-вторых, в юридической практике ценен не только сам по себе опыт, накапливаемый в итоговых правотворческих, правоприменительных, праворазъяснительных и проч. решениях о правах и обязанностях субъектов правоотношений, но и процессуальный, своего рода «промежуточный», «служебный», опыт юридической деятельности, который также бесспорно должен быть отнесен к юридической практике.

Поэтому прав В.И. Леушин, который определяет юридическую практику как «деятельность субъекта по принятию решений правового содержания»<sup>3</sup>, не ограничивая при этом практику только деятельностью, но и указывая, что «юридическая практика представляет собой единство юридической деятельности и объективированного опыта этой деятельности»<sup>4</sup> и что последнюю следует видеть там, где «человек принимает решение о правах и обязанностях, внешне выраженное, документально оформленное»<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Вопленко Н.Н., Еременко Ю.П. Практика и ее отражение в учебном процессе по теории государства и права. С. 22.

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> Леушин В.И. Указ. соч. С. 26.

<sup>4</sup> Там же. С. 31.

<sup>5</sup> Там же. С. 27.

Возникает вопрос — а где же принимается субъектом решение о правах и обязанностях? Разрешение данного вопроса позволит нам определить основные формы юридической практики.

Думается, не вызовет сомнений, если к формам юридической практики, сообразно делению правового регулирования на нормативное и индивидуальное, мы отнесем правотворчество и сферу применения норм права. В рамках индивидуального регулирования В.И. Леушиным выделяется такой самостоятельный вид практики, как юридическая деятельность участников правоотношений<sup>1</sup>, или т. н. «договорная практика». В развиваемой В.И. Леушиным концепции юридическая практика может существовать только в виде правового отношения. Это подтверждает и сам автор, когда пишет, что «юридическая практика, являясь стороной социальной практики, осуществляется в рамках правоотношений»<sup>2</sup>.

Но в реальной сфере действия права возможны ситуации, когда правовые нормы воплощаются в жизнь вне правоотношений. Хорошо эти ситуации освещены В.В. Лазаревым при исследовании правоприменительной деятельности в механизме реализации права<sup>3</sup>. Им выделено четыре формы реализации права по критерию характера диспозиции правовых норм: *соблюдение, исполнение, использование и правоприменение* как особая форма реализации права, — а также небезосновательно замечено, что вне правовых отношений происходит реализация всех запрещающих и некоторых обязывающих и управомочивающих норм. Следовательно, в сфере т.н. индивидуального регулирования, в такой ее разновидности, как автономное регулирование, надлежит выделить подвид автономного регулирования, где реализуются в основном обязывающие и управомочивающие правовые нормы формально равных субъектов (сфера частного оборота), а также подвид автономного регулирования, где адресат нормы выполняет правовые предписания в основном запрещающе-

---

<sup>1</sup> Леушин В.И. Указ. соч. С. 27.

<sup>2</sup> Там же. С. 60.

<sup>3</sup> См., например: Лазарев В.В. Применение советского права. Казань, 1972; Он же. Эффективность правоприменительных актов: (Вопросы теории). Казань, 1975.

го характера непосредственно вне правовых отношений (при соблюдении)<sup>1</sup>.

Возможность реализации некоторых видов правовых норм без возникновения правового отношения также убедительно обоснована А.С. Пиголкиным и М.Н. Николаевой в коллективной монографии, посвященной проблемам правоприменения<sup>2</sup>. На данное обстоятельство обратил внимание и В.М. Сырых, возражающий против сведения юридической практики только к деятельности *компетентных органов*<sup>3</sup>.

Итак, подводя итоги анализа понятия юридической практики, возможно прийти к следующим выводам.

1. Юридическая практика является разновидностью социальной практики, при которой происходит опосредованное воздействие субъектов практики на объекты материального мира, так как субъекты воздействуют друг на друга и только в конечном счете на явления материальной действительности, изменяя как последние, так и самих себя, приобретая при этом новые черты и качества. Вот почему, думается, предпочтительнее говорить не о том, что юридическая практика подвид социальной практики, а скорее ее форма, определенный способ существования социальной практики.

2. Юридическая практика является чертой, частью юридической деятельности. Причем в состав юридической практики

---

<sup>1</sup> См.: Лазарев В.В. Применение советского права. С. 10. К сожалению, существует мнение, что реализация любых норм, в т. ч. и с запрещающими диспозициями, возможна только в рамках правоотношений. Например, А.В. Наумов в предмете правового регулирования отрасли уголовного права выделяет так называемые «общепредупредительные отношения». Данные отношения, по его мнению, связаны с удержанием граждан от совершения преступлений в силу их осведомленности о наличии в законе соответствующего уголовно-правового запрета и угрозы наказания. Как представляется, А.В. Наумов недооценивает, что воздержание от совершения преступления может достигаться не только в силу осведомленности субъекта о наличии уголовно-правового запрета и возможности наступления карательных последствий в виде наказания, но и в силу внутренне присущей субъекту морально-нравственной установки не совершать преступных действий, ранее привитой воспитанием, образованием и проч. (см.: Наумов А.В. Российское уголовное права. Общая часть: Курс лекций. М., 1996. С. 6—9).

<sup>2</sup> Правоприменение в Советском государстве / Рук. авт. кол. и отв. ред. И.Н. Кузнецов, И.С. Самощенко. М., 1985. С. 12.

<sup>3</sup> Сырых В.М. Логические основания общей теории права: В 2 т. Т. 1: Элементный состав. М., 2000. С. 123.

входит только материально-преобразующая сторона юридической деятельности, что выражается в накапливаемых результатах или объективированных итогах юридической деятельности, включая и промежуточный процедурно-процессуальный опыт. Весь опыт — процессуальный и материальный, промежуточный и конечный — и является фиксацией тех изменений, которые приобрел субъект социальной (в т.ч. юридической) практики в ходе освоения действительности с применением юридических средств.

3. Юридическая практика является единством юридической деятельности и результата данной деятельности, а равно и тех результатов, которые накапливаются на промежуточных, процессуальных этапах данной деятельности.

4. Юридическая практика существует в тех видах правового регулирования, где субъекты принимают внешне выраженное решение о правах и обязанностях. К таковым необходимо отнести нормативное и индивидуальное регулирование общественных отношений.

5. Основой существования юридической практики являются правоотношения, что, однако, не исключает отнесения к практике опыта (итогов, результатов) т. н. непосредственной реализации правовых норм, в частности, при индивидуальных формах реализации всех запрещающих, исполнении некоторых обязывающих и уполномочивающих правовых норм <sup>1</sup>.

Итак, *в философском аспекте* юридическая практика *будет представлять из себя разновидность и форму социальной практики конкретно-исторических субъектов, направленную на опосредованное преобразование объектов материального мира специфическими правовыми средствами.*

*В аспекте общей теории государства и права* под юридической практикой необходимо понимать материально-преобразующую сторону юридической правотворческой, правореализационной и особенно правоприменительной деятельности субъектов правовых отношений, в ходе которой осуществляется процесс и накапливается

---

<sup>1</sup> Данное обстоятельство явно недооценивается С.С. Алексеевым, который, во-первых, по существу отождествляет юридическую и правоприменительную практику, а во-вторых, полагает, что единственной формой существования юридической практики может быть только правоотношение. Так, по его мнению, юридическая практика суть «объективированный опыт индивидуально-правовой деятельности компетентных органов (судов, других органов применения права)» (Алексеев С.С. Общая теория права. Т. I. С. 313).

*опыт нормативного и индивидуального регулирования публично-правовых, социально-значимых общественных отношений.*

\* \* \*

Еще советские исследователи науки теории государства и права называли применение права особой формой и способом реализации правовых норм. С.С. Алексеевым и И.Я. Дюрягиным была предпринята попытка обосновать качественное своеобразие правоприменения как не только одной из форм реализации правовых норм, но и как явления, которое имеет отношение к самому процессу, ходу реализации права, является особой факультативной стадией реализации, тогда как соблюдение, исполнение и использование касаются именно итогов воплощения требований норм в поведении субъектов правоотношений<sup>1</sup>. Отсюда необходимость в правоприменении возникает тогда, когда в процессе реализации права требуется вмешательство на одной из его стадий компетентного органа, обладающего государственно-властными полномочиями. Несмотря на то, что данное мнение в науке не прижилось и не было воспринято большинством ученых, все же стоит заметить, что все авторы признают необходимость правоприменения и его особые функции. При этом небезосновательно В.Н. Карташовым существование правоприменения отнесено к числу важнейших социально-правовых закономерностей, что «обеспечивает непрерывность правового регулирования, выступая в большинстве случаев той единственной сферой, где возможно насущное бытие права»<sup>2</sup>. Специфика данной формы реализации права заключается в том, что она может существовать только в виде конкретных правовых отношений, в отличие от иных форм реализации права. Кроме того, участником таких правоотношений всегда является государственный орган либо должностное лицо государственного органа<sup>3</sup>. Поэтому

---

<sup>1</sup> См.: Алексеев С.С., Дюрягин И.Я. Функции применения права // Правоведение. 1972. № 2. С. 25—26. На это обратила внимание Е.М. Аكوпова при исследовании процесса применения норм трудового права (см.: Аكوпова Е.М. Совершенствование процесса применения норм трудового права // Советское государство и право. 1988. № 4. С. 58).

<sup>2</sup> Карташов В.Н. Указ. соч. С. 157—158.

<sup>3</sup> В настоящее время так называемое «делегированное правоприменение» (отправление некоторых функций государственных органов некоторыми общественными организациями) встречается редко.

справедливо утверждение, что «применение права — это правовая форма осуществления функций государства, одна из форм государственной деятельности»<sup>1</sup>. В правоприменительных отношениях в принципе исключается равенство субъектов, отношения между ними характеризуются властью и подчинением, причем власть сосредоточена в руках правоприменительного органа<sup>2</sup>.

В работах Н.Н. Вопленко была обоснована и такая черта правоприменения, как его «вызов к жизни» особым комплексом объективных и субъективных обстоятельств<sup>3</sup>. По его мнению, «в одних случаях субъекты бывают заинтересованы в правоприменительной деятельности и сознательно создают условия для ее возникновения..., в других же обстоятельствах правоприменительная деятельность может возникать вне желания отдельных заинтересованных лиц и даже вопреки их стремлению уклониться от контактов с правом, например, при привлечении виновного к ответственности»<sup>4</sup>.

Другой чертой правоприменения является то, что свое воплощение при данной форме реализации права получают почти все виды норм — и управомочивающие, и запрещающие, и обязывающие. Тем самым правоприменение сочетает в себе черты всех других форм реализации права.

Правоприменительный процесс является деятельностью не хаотичной, а процедурно оформленной, в связи с чем госу-

---

<sup>1</sup> Правоприменение в Советском государстве. С. 18.

<sup>2</sup> Отсюда нельзя в полной мере согласиться с утверждением В.В. Лазарева, что органы, в обязанность которых входит оказание специальной помощи в реализации прав и обязанностей другими субъектами права, именуются правоприменительными (см.: Лазарев В.В. Применение советского права. С. 29). Это справедливо лишь для так называемого «позитивного» (регулятивного) правоприменения, когда реализация прав и обязанностей субъекта невозможна без обращения к компетентному государственному органу: например, при отводе земельного участка в постоянное (бессрочное) пользование правоприменительный орган, действительно, обязан оказать специальную помощь в реализации права другого субъекта (в данном случае права на получение земли). Однако при охранительном правоприменении инициатором возникновения правового отношения является уже не субъект, который не может реализовать свои права и обязанности без обращения к компетентному органу, а сам компетентный орган, который инициирует правоприменительную деятельность для защиты нарушенной нормы права.

<sup>3</sup> См.: Вопленко Н.Н. Реализация права: Учеб. пособие. Волгоград, 2001. С. 27.

<sup>4</sup> Там же.



дарство устанавливает достаточно большую группу процессуальных норм, призванных обслуживать, регулировать и упорядочивать правоприменительную деятельность. Наглядно это видно на примере принятия процессуальных кодексов — АПК, ГПК, УПК РФ и др., которые содержат правовые нормы, регламентирующие арбитражное, гражданское, уголовное и т. д. судопроизводство.

Помимо процедурно-процессуального оформления, следует выделить и такую черту применения права, как его стадийный характер. Применение правовых норм компетентным органом не происходит одновременно. При применении нормы права властный субъект должен произвести, помимо собственно юридических, ряд сложных мыслительных, логических, психологических, организационно-технических и иного рода операций. Эти операции направлены на выяснение всех деталей фактической стороны разрешаемого дела, отыскание подлежащей применению нормы, ее толкование, иногда преодоление пробелов в правовом регулировании, оформление принятого решения в виде правоприменительного акта, доведение результата разрешения дела до сведения заинтересованных лиц и потенциально осуществление контроля за исполнением правоприменительного акта теми государственными органами, должностными лицами, организациями и гражданами, которым он адресован. Думается, уже только один объем подобной деятельности предполагает для эффективности ее конечного результата разбивку на определенные стадии. Следовательно, стадийный характер предопределен самим сложным характером правоприменительной деятельности.

Едва ли не главной чертой правоприменения является его управленческая природа, обоснованная в ряде работ И.Я. Дюрягина, состоящая в том, что «посредством применения права осуществляется государственно-властное индивидуальное (казуальное) организующее воздействие на поведение людей, организуется претворение предписаний правовых норм в жизнь»<sup>1</sup>.

Наконец, почти все исследователи обращают внимание и на то, что правоприменение возникает в наиболее принципи-

---

<sup>1</sup> Дюрягин И.Я. Право и управление. М., 1981. С. 76.

ально важных сферах жизнедеятельности общества и государства. Как замечено В.Н. Карташовым, «необходимость в правоприменительной деятельности возникает тогда, когда непосредственные формы реализации права (соблюдение, исполнение, использование) становятся недостаточными для претворения юридических предписаний в жизнь, когда не «срабатывает» механизм саморегуляции»<sup>1</sup>.

Поскольку обязательным субъектом правоприменительного отношения является государственный орган или должностное лицо, позволительно говорить о профессиональном характере правоприменения: правоприменение — это «деятельность, которая, с одной стороны, направлена на претворение норм права в жизнь, а с другой — связана с юридической профессией»<sup>2</sup>. Определенной научной новеллой является и характеристика Н.Н. Вопленко правоприменения как «творческой интеллектуально-волевой деятельности»<sup>3</sup>.

Думается, что все описанные выше существенные черты правоприменения характерны и для правоприменительной практики. Но простого их перечисления будет явно недостаточно, чтобы оттенить ценность именно *практики применения правовых норм*.

1. С учетом сказанного о правоприменении и юридической практике **правоприменительная практика является тем видом юридической деятельности, который опосредует накопление социально-правового опыта в области властного индивидуального регулирования общественных отношений.**

2. Юридическая практика неоднородна с позиции «проникновения» юридического элемента в возникающие между людьми и их коллективами связи, т. е. опосредования юридическими средствами общественных отношений, в ходе которых происходит накопление социально-правового опыта. А. Тамаш, например, в юридической практике выделяет первичную область, к которой относит повседневное соблюдение права, при котором у субъекта нет цели использовать юридические средства, а также вторичную область — юридическую практи-

---

<sup>1</sup> Карташов В.Н. Указ. соч. С. 155.

<sup>2</sup> Леушин В.И. Указ. соч. С. 82—83; см. также: Вопленко Н.Н. Указ. соч. С. 26.

<sup>3</sup> Вопленко Н.Н. Указ. соч. С. 26.

ку в собственном смысле этого слова, или область т. н. «организованного применения права»<sup>1</sup>. К области организованного применения права он относит правоприменительную практику. Следовательно, **вырабатываемый в процессе правоприменения социально-правовой опыт — это опыт, выработанный при сознательном и организованном использовании имеющихся в наличии правовых норм при индивидуальном властном регулировании конкретных общественных отношений.**

3. В работах И.С. Самощенко было обосновано деление правоприменения на оперативно-исполнительное и правоохранительное, в зависимости от «характера воздействия права на общественные отношения»<sup>2</sup>. Но более обоснованным представляется выделение четырех основных способов и, соответственно, видов применения права: (а) юрисдикционного, направленного на охрану права от нарушений, (б) разрешительно-распорядительного (оперативно-исполнительного), характеризующегося претворением в жизнь положительно-регулятивных потенций права, (в) контрольно-надзорного, при котором в основном упреждаются возможные правонарушения и определяются меры по устранению породивших их условий<sup>3</sup>, (г) поощрительного, состоящего в наделении субъектов права дополнительными субъективными правами, льготами, благами «за их добросовестный труд, достижение положительных результатов деятельности, превосходящих обычные»<sup>4</sup>. Данное деление не является произвольным, а происходит по комплексу критериев — наиболее важными из них называются особенности компетенции субъектов права и специфика юридической процедуры, в форме которой протекает сама правоприменительная деятельность<sup>5</sup>. **Производным от выделения способов правоприменения является выделение по тем же критериям юрис-**

---

<sup>1</sup> Тамаш А. Судья и общество: Диалектика правосознания и правоприменения. М., 1980. С. 35.

<sup>2</sup> Правоприменение в Советском государстве. М., 1985. С. 30.

<sup>3</sup> См.: Вопленко Н.Н. Основные способы применения советского права // Актуальные проблемы юридического процесса в общенародном государстве / Под ред. Э.А. Пушмина. Ярославль, 1980. С. 29—35.

<sup>4</sup> Вопленко Н.Н. Реализация права: Учеб. пособие. С. 29.

<sup>5</sup> См.: Вопленко Н.Н. Основные способы применения советского права. С. 30.

**дикционного, разрешительно-распорядительного, контрольно-надзорного и поощрительного видов правоприменительной практики, что показывает ее неоднородный характер.**

4. Выше был сделан вывод о том, что юридическая практика вообще и правоприменительная в частности, является только стороной юридической деятельности и представляет собой как деятельность, так и обьективированный итог данной деятельности, который обладает самостоятельной ценностью, включаясь в процесс правового регулирования. Так, К.М. Гарапшиным правоприменительная практика определяется как «органическое единство реального правоприменения и выработанного в ходе него опыта, непосредственно участвующего в преобразовании, изменении общественных отношений, связанных с применением правовых норм. Такая практика охватывает всю практическую правоприменительную деятельность и все правоприменительные решения»<sup>1</sup>. Далее он замечает, что «правоприменительная практика выступает и как выработанный в ходе применения права опыт, который охватывает связи, тенденции, целесообразные методы, приемы, способы правоприменительной деятельности»<sup>2</sup>. Ценность данного определения практики правоприменения состоит в том, что, пожалуй, впервые обращается внимание на то, что в ходе правоприменения вырабатывается не только опыт разрешения по существу правоприменительных дел. Вместе с тем и на более ранних этапах правоприменения накапливается своего рода *«промежуточный»* процессуальный опыт познания фактических обстоятельств дела, оценки доказательств, формулирования выводов, которые только потом лягут в основу вырабатываемого правоприменительного решения.

Отсюда внутренние противоречия правоприменения и его потребности разрешаются в виде накопления промежуточного социально-правового опыта, который выступает как своего рода дополнительный стимул, помимо собственно нормативной основы правоприменения, для успешной и бесперебойной работы правоприменительного механизма. Этот опыт ценен уже не для разрешения юридического дела по существу, а для по-

---

<sup>1</sup> Гарапшин К.М. Указ. соч. С. 9.

<sup>2</sup> Там же. С. 10.

вышения эффективности самого правоприменения — иначе говоря, это своего рода дополнительный поднормативный резервуар для регламентации правоприменительной деятельности. Данная черта заметна и отчетливо проявляется в тех областях общественной жизни, где существующие для применения и охраны материальных норм нормы процессуальные выделились в самостоятельные отрасли права. В формально-юридических источниках такие процессуальные нормы помещаются в отдельные законодательные, как правило, кодифицированные, акты: УПК, ГПК РФ и т. д. **Отсюда в качестве признака правоприменительной практики мы должны указать и на полиструктурность накапливаемого в ходе правоприменения опыта, который также неоднороден с точки зрения своего содержания и места в системе правоприменительной деятельности.**

5. Соглашаясь с правильным по сути выводом К.М. Гарапина о едином совпадении в правоприменительной практике деятельности и ее итога (результата, опыта и т. д.), все же хотелось бы сделать несколько критических замечаний.

В философском понимании, практика является разновидностью деятельности, специфической чертой которой выступает изменение субъекта данной деятельности, приобретение им новых свойств и качеств. Отсюда споры о том, включать или не включать деятельность в состав структуры практики, выглядят несколько надуманно.

Думается, проблема определения понятия правоприменительной практики заключается в другом: острота споров и полярность мнений ученых объясняются различными установками и исходными задачами социально-правовых исследований. Так, ученые, ориентирующиеся на познание частных, внутриотраслевых правовых закономерностей, склонны акцентировать свое внимание в понимании правоприменительной практики на ее «деятельностной» черте. Ученые же, познающие преимущественно общетеоретические социально-юридические закономерности, глобальные взаимодействия явлений правовой системы, обращают в основном внимание на опыт, итог, результат деятельности.

Наконец, проблема «деятельностного подхода» в понятии правоприменительной практики частично надумана и потому, что практика в ее исконно философском смысле — это деятельность довольно длительная и обширная в пространственно-временных

границах; она же суть диалектическое сочетание статики и динамики, т. е. дискретный процесс, который с одной стороны постоянен, текуч, непрерывен, но с другой стороны дает возможность и в нем различить части, этапы, рубежи, вехи и т. д. Причем, то, что считается итоговым опытом, в свою очередь является предпосылкой для накопления другого опыта и включается в деятельность как ее элемент, а не результат. Таким образом, **правоприменительная деятельность, закономерности ее протекания, изменения и проч. могут быть познаны нами только на основе ее относительных итогов.** Вот почему «дежурной» является фраза вводной части постановлений Пленума Верховного Суда РФ: «Обсудив материалы обобщения судебной практики по делам о возмещении вреда причиненного повреждением здоровья...»<sup>1</sup>, «Обсудив итоги обобщения практики соблюдения судами Российской Федерации сроков рассмотрения уголовных и гражданских дел...»<sup>2</sup> и т. д.

Ни у кого не вызовет сомнений то, что Пленум Верховного Суда РФ готовит руководящие разъяснения не посредством личного участия судей Верховного Суда РФ в наблюдениях за деятельностью судей низовых звеньев системы судов общей юрисдикции, а на основе анализа и обобщения уже рассмотренных судами первой, кассационной и надзорной инстанций уголовных и гражданских дел, выявляя по конкретным судебным актам наиболее типичные правоприменительные ошибки, далее унифицируя уже накопленный иными звеньями судебной системы правоприменительный опыт, сличая его с действительной волей законодателя, аккумулированной в норме права и т. п. Тем самым информация о правоприменительной деятельности черпается из ее ближайших, но промежуточных итогов — вынесенных судами первой, второй и третьей (надзорной) инстанций приговоров, решений, кассационных определений, надзорных определений и постановлений и т. д.

---

<sup>1</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ «О судебной практике по делам о возмещении вреда, причиненного повреждением здоровья» от 28 апреля 1994 г. № 3 // Российская газета. 1994. 14 июля.

<sup>2</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ «О сроках рассмотрения уголовных и гражданских дел судами Российской Федерации» от 24 августа 1993 г. № 7 // Сборник действующих постановлений Пленумов Верховных Судов СССР, РСФСР и Российской Федерации по уголовным делам с комментариями и пояснениями / Отв. ред. В.И. Радченко. М., 1999. С. 543—546.

Отсюда критику С.С. Алексеева, определяющего правоприменительную практику как «объективированный опыт индивидуально-правовой деятельности компетентных органов (судов, других органов применения права), складывающийся в результате применения права при решении юридических дел»<sup>1</sup>, можно признать обоснованной лишь отчасти.

Также, на наш взгляд, нельзя абсолютизировать определение практики как единства деятельности и опыта и по следующим причинам.

Правоприменительная деятельность является в основном правовой по своей форме и по своему содержанию в силу того, что она урегулирована особой группой процессуальных правовых норм и призвана обслуживать реализацию материальных правовых норм. Однако это не означает, что в процессе правоприменительной деятельности ее субъекты не совершают каких-либо действий, которые не урегулированы нормами права, — например, оперативно-технических, организационных, интеллектуально-мыслительных. Так, например, в Уголовном кодексе РФ содержится исчерпывающий перечень общественно опасных, уголовно-наказуемых деяний и устанавливаются наказания за совершение каждого из них. В свою очередь в УПК РФ детально регламентируется процесс расследования преступлений и стадии данного процесса: например, понятие доказательств, процедура их собирания, оценки, проверки, меры процессуального принуждения для лиц, подозреваемых или обвиняемых в совершении преступлений и т. п. Между тем УПК РФ не содержит и в принципе не может содержать исчерпывающей регламентации расследования каких-либо групп, видов или категорий преступлений в части регламентации минимального набора следственных и судебных действий, необходимых для изобличения лиц, совершивших преступления и т. д. Таким образом, вопросы тактики и методики процесса расследования преступлений правом предопределены, но им категорически не урегулированы. Примечательно, что закономерности «технической стороны» расследования преступлений являются предметом изучения криминалистики, которая является наукой интегративной, аккумулирующей в себе знания различных отраслей общественного

---

<sup>1</sup> Алексеев С.С. Общая теория права. Т. I. С. 340—341; см. также: Алексеев С.С. Теория права. С. 184.

бытия — правоведения, физики, химии, математики, психологии, языкознания и проч.

Также и гражданское процессуальное законодательство России знает, например, такой источник добывания доказательственной информации, как заключение эксперта (ч. 1 ст. 55 ГПК РФ), и предусматривает в качестве важной процессуальной гарантии лица, участвующего в деле, право представить суду вопросы, по которым требуется заключение эксперта (ч. 2 ст. 79 ГПК РФ). Но при этом закон не содержит регламентации методик проведения судебных экспертиз, равно как и хотя бы примерного, стандартного, шаблонного набора типовых, обычно задаваемых эксперту вопросов или примерного перечня видов назначаемых судом экспертиз и т. п. Изложенное не означает, что вопросы раскрытия и расследования преступлений либо установления истины по гражданскому делу, а в целом *вопросы оптимизации неправовых* (организационно-технических, интеллектуально-мыслительных, оперативных, научных и проч.) *средств достижения запрограммированных в праве целей* не получают своего освещения в науке и на практике. По данным вопросам издается довольно большое количество методических пособий, руководств, рекомендаций, разработок, практикумов и т. п., которые формируют особый опыт правоприменительной деятельности<sup>1</sup>. Таким образом, данная черта правоприменительной деятельности является ее составным элементом, элементом ее структуры. Поэтому в структуре юридической деятельности мы должны выделить блок т. н. «неюридических элементов»<sup>2</sup>, которые правом предопределены, но им исчерпывающе не урегулированы.

---

<sup>1</sup> См., например: Рекомендации по назначению судебных экспертиз: Учеб. пособие / Под общ. ред. Н.И. Богатырева. Саратов, 1995; Соловьева Н.А. Методика расследования детоубийств: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2000; Коржанский Н.И. Квалификация хулиганства: Учеб. пособие. Волгоград, 1989; Баринов А.В. Судебно-медицинская, судебно-психиатрическая и судебно-психологическая экспертизы: Перечень вопросов: Учеб. пособие. Архангельск, 2000.

<sup>2</sup> Например, *средств юридической деятельности* (коммуникативные средства, электронно-вычислительная техника, автоматизированные информационно-поисковые системы и т. д.), *юридической тактики*, состоящей в особом сочетании способов совершения действий и операций (см.: Карташов В.Н. Указ. соч. С. 64—65).



Так, например, в отдельных районных судах г. Волгограда (Центральном, Ворошиловском и Краснооктябрьском) значительное распространение получила практика изготовления судьями выносимых под их председательством приговоров, решений, постановлений, определений с помощью компьютерной техники (ПЭВМ). Причем опыт компьютерного (машинописного) изготовления процессуальных документов положительно отразился на работе вспомогательного персонала судов — в частности, на нагрузке секретарей судебного заседания. Как следствие, увеличилось качество оперативно-технической подготовки судебных дел к их рассмотрению, уменьшились случаи неизвещения, а равно неправильного либо несвоевременного извещения лиц, участвующих в деле, о времени и месте судебного разбирательства, случаи неизвещения конвойной службы о необходимости доставки подсудимых в судебные заседания и т.п. Между тем опыт использования ПЭВМ нельзя отнести к опыту применения норм права и, таким образом, считать его правовым по своему содержанию. Данный опыт, действительно, инициирован изначально отправлением судьей возложенной на него функции правосудия. Но по содержанию данный опыт является не чем иным, как, возможно, следствием улучшения организации и планирования труда, результатом распространения достижений научно-технического прогресса. Поэтому, думается, неосновательно данный неправовой опыт включать в содержание правоприменительной практики.

Разумеется, организационно-технический опыт правоприменительной деятельности играет заметную роль в повышении или, напротив, в торможении ее эффективности. Как замечено И.Л. Петрухиным, «одна из центральных проблем оптимальности правосудия — нахождение нужного соотношения между заданным для судебной системы объемом работы и социальными ресурсами (люди, средства, техника и др.), достаточными для качественного выполнения этой работы в установленные законом сроки и с минимальными социальными издержками»<sup>1</sup>. Им же дается обоснование двух типов регуляции организационного обеспечения достижения целей правосудия — право-

---

<sup>1</sup> Петрухин И.Л., Батуров Г.П., Моршак Т.Г. Теоретические основы эффективности правосудия / Отв. ред. Г.П. Батуров. М., 1979. С. 187—188.

вой и неправовой. В неправовой тип формирования необходимой организации судопроизводства И.Л. Петрухин включает «действие самых разнообразных регуляторов социально-экономического, социально-психологического, идеологического, этического и иного характера», но даже в рамках т.н. «правового типа регуляции», понимаемого в целом как определение правового порядка деятельности органов судебной системы, Министерства юстиции, прокуратуры, адвокатуры, процессуальные правила «дополняются *неправовыми* (выделено нами. — *Н. В. и А. Р.*) нормативами поведения, выработанными криминалистикой, судебной психологией, судебной этикой и другими прикладными науками»<sup>1</sup>.

Таким образом, правоприменительная практика — *это явление преимущественно юридическое, аккумулирующее в себе опыт применения государственно-властным компетентным органом именно различных правовых (как материальных, так и процессуальных) норм.*

Поэтому, как представляется, наиболее правильную позицию в вопросе о понятии правоприменительной практики заняла А.К. Безина. На примере судебной практики А.К. Безина предлагает понимать данную научную категорию в двух значениях: в широком — как «деятельность судов, входящих в судебную систему и функционирующих с целью осуществления ... правосудия путем рассмотрения гражданских и уголовных дел, и результаты этой деятельности»; и в узком — «только как деятельность судов по осуществлению ... правосудия, связанная с выработкой правовых положений, и ее результаты (правовые положения)»<sup>2</sup>. Получается, что в узком смысле правоприменительная практика и есть собственно накопленный в ходе применения права опыт в виде правовых положений — причем не всех, а только тех, которые вносят элемент новизны в правовое регулирование<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Петрухин И.Л., Батуров Г.П., Морщакова Т.Г. Теоретические основы эффективности правосудия. С. 190.

<sup>2</sup> Безина А.К. Судебная практика в механизме правового регулирования трудовых отношений рабочих и служащих на этапе развитого социализма: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1980. С. 11.

<sup>3</sup> См.: Безина А.К. Судебная практика в механизме правового регулирования трудовых отношений. Казань, 1989. С. 14—15.

Таким образом, **накапливаемый в ходе правоприменения социально-правовой опыт является не одним из элементов правоприменительной практики, наряду, например, правоприменительной деятельностью, а, напротив, составляет содержание данного вида социальной практики.**

6. Недостаточно разработанным в научной литературе является вопрос о понимании опыта, накапливаемого в ходе правоприменительной деятельности, а также о качестве данного опыта, его оценочных характеристиках, которые могут быть критериями отнесения его к сфере правоприменительной практики.

Большинство разработчиков данной и сходной проблематики — С.С. Алексеев, В.Н. Карташов, В.И. Леушин, Н.Н. Вопленко, С.Н. Братусь, А.Б. Венгеров, Р.З. Лившиц, указывают на полезность опыта, накапливаемого в ходе правоприменительной деятельности<sup>1</sup>. Следовательно, причисленным к сфере правоприменительной практики может быть только положительный опыт индивидуального регулирования общественных отношений при такой форме реализации права, как правоприменение. В целом такое понимание опыта разделяется Д.А. Гавриловым и О.Н. Василенко, защитившими в последнее время кандидатские диссертации, где в числе прочего анализируется вопрос о судебной практике как источнике права либо вопрос о природе и значении структурных элементов правоприменительной деятельности — в частности, вопрос о правоприменительном толковании<sup>2</sup>. Разделяющий социологический подход в правопонимании венгерский правовед А. Тамаш как бы «поднимается» над данным вопросом. И, на самом деле, если мы четко разграничиваем право как норму и право как сферу наличного бытия общественных отношений, тем самым относя к правовой сфере сложившийся в обществе наличный общественный порядок, то, разумеется, вопрос о

---

<sup>1</sup> См., например: Карташов В.Н. Профессионализм субъектов юридической деятельности // Правовая реформа и проблемы совершенствования профессиональной юридической деятельности: Сб. науч. тр. / Отв. ред. В.Н. Карташов. Ярославль, 1990. С. 16.

<sup>2</sup> См., например: Гаврилов Д.А. Правоприменительное толкование: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2000; Василенко О.Н. Проблемы онтологии и эволюции правосудия и форм права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2000.

полезности правоприменительного опыта отпадает<sup>1</sup>, ибо сама общественная практика есть право и право производно от фактически сложившегося в обществе уклада общественных отношений.

Едва ли можно согласиться с позицией, согласно которой в сферу практической деятельности правоприменителя можно включать только полезный опыт, накопленный в сфере индивидуального регулирования общественных отношений<sup>2</sup>.

Перед тем как воплотиться в фактическом поведении человека, правовые нормы и весь богатый арсенал правовых средств должен быть опосредован сознанием. Как указывает Н.Н. Вопленко, «мир правовой действительности, представленный в виде правовых норм, отношений, ответственности, законности, правопорядка, правосудия и т. д., воспринимается людьми через специфическую форму, или вид, общественного сознания, называемого правосознанием»<sup>3</sup>. В свою очередь правосознание является как специфическим видом общественного сознания, так и само по себе представляет сложное системно-структурное относительно-самостоятельное явление. Изучение феномена правосознания и его влияния на процессы правообразования и правоприменения осуществлялось отечественными учеными в рамках исследования проблем соотношения объективного и субъективного в праве<sup>4</sup>. Учеными было констатировано то обстоятельство, что неверно сводить функцию правосознания к простому, линейному, однонаправленному отражению содержания правовых норм в целях их дальнейшего воплощения в фактическом поведении индивидов. Данный взгляд, как это видно по прошествии времени, был некритически заимствован из ортодоксальной марксистско-ленинской философии и распространен на сферу

---

<sup>1</sup> См.: Тамаш А. Указ. соч. С. 30—36.

<sup>2</sup> Совершенно справедливо на это обращает внимание Е.Н. Палагина, когда она описывает статическую сторону юридической практики, результат юридической деятельности, указывая при этом, что он может быть промежуточным и окончательным, временным и постоянным, положительным и отрицательным (см.: Палагина Е.Н. Функции юридической практики: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2003. С. 14).

<sup>3</sup> Вопленко Н.Н. Правосознание и правовая культура: Учеб. пособие. Волгоград, 2000. С. 5; Он же. Правосознание юриста и правопонимание // Юрист XXI века (задачи, тенденции, перспективы): Материалы науч.-практ. конф. / Под ред. Ф.В. Глазырина. Волгоград, 2001. С. 14.

<sup>4</sup> См., например: Козюбра Н.И. Указ. соч. С. 32—61.

правовой действительности, т. е. проблематика правосознания была сведена лишь к простому рассмотрению проблемы соотношения материи и сознания. Однако, как отмечалось Н.И. Козюброй, «проблема соотношения объективного и субъективного в праве не может быть сведена к проблеме соотношения материи и сознания»<sup>1</sup>. Он подчеркивает, что и «в содержании сознания имеется и объективная, независимая от субъекта сторона. Кроме того, субъективное не остается в пределах сознания, а проявляется и в самой деятельности человека (субъективный фактор)»<sup>2</sup>. А коль скоро правосознание не просто преломляет, а далее отражает в поведении индивидов тенденции развития т.н. «базисных явлений» (материальное производство, социально-экономические отношения и проч.), то необходимо прийти к выводу, что правосознание способно привносить в сферу правовой жизни, или фактического бытия правовых отношений, нечто новое, отличное от велений правовых норм. Однако данные влияния могут быть как позитивными, так и негативными.

Негативные явления правовой жизни, в частности правоприменительной деятельности, которые в свою очередь являются следствием дефектов правосознания работников правоисполнительных и правоприменительных органов, изучаются в рамках проблемы профессиональных деформаций.

Исследователь профессиональных деформаций работников органов внутренних дел В.Н. Коробка определяет профессиональную деформацию следственных работников ОВД как «системно-сложное социально-правовое явление, обладающее рядом конкретных признаков, характеризующееся искажением, отклонением от нормы всех или нескольких компонентов структуры, вызывающее негативные изменения, отражающееся в различных аспектах профессиональной деятельности, а также в личности следователя»<sup>3</sup>. Таким образом, если профес-

---

<sup>1</sup> Козюбра Н.И. Указ. соч. С. 34.

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> Коробка В.Н. Деформация профессионального правосознания следователей и пути ее устранения: Науч. монография. Ростов н/Д, 2000. С. 69; см. также: Карташов В.Н. Ошибочная юридическая деятельность (поведение) в правовой системе общества // Юридические записки Ярославского государственного университета им.П.Г. Демидова / Под ред. В.Н. Карташова, В.В. Бутнева. Вып. 6. Ярославль, 2002. С. 6.

сиональное правосознание — это совокупность профессионально-значимых ценностных ориентаций, правовых взглядов, идей, представлений, правовых чувств, правовых установок и правовых знаний в их позитивном выражении, то профессиональная деформация — это отклонение от нормы одного или нескольких, либо даже всех элементов структуры правосознания. В структуре правосознания следователя — это, например, перерастание аккуратности, пунктуальности, наблюдательности, любознательности, общительности, эмоциональной устойчивости, умение слушать человека и умение говорить с ним и т.д. в устойчивую подозрительность, предвзятость, психологическую инерцию, высокомерие, душевную черствость, снижение самокритичности, повышенную веру в собственный опыт и т. д.<sup>1</sup>

В литературе положительно разрешен спор о нормативности правового сознания. По мнению большинства ученых, правосознание нормативно, ибо «его идеи, принципы и установки могут служить непосредственной основой практического поведения личности, а с другой стороны, воплощаясь в нормах права, они опосредованно влияют на жизнь общества»<sup>2</sup>. Следовательно, также нормативна и профессиональная деформация, ибо последняя является продуктом профессионального правосознания и представляет собой искажение его отдельных структурных элементов. Отсюда правовые деформации властных субъектов правоприменительной деятельности, будучи явлением массовидным и способным оказывать воздействие на сопредельные сферы жизни общества<sup>3</sup>, также обуславливают собой негативный сегмент правоприменительной практики. Последний понимается авторами как совокупность накапливаемого в ходе правоприменительной деятельности *негативного* социально-правового опыта, который, будучи продуктом правоприменения — сугубо индивидуальной сферы правового регулирования, вместе с тем становится своеобразной частью нормативной системы и существует вопреки действующему позитивному праву, игнорируя его отдельные нормы.

Так, например, в качестве одного из источников добывания доказательственной информации уголовно-процессуальный

---

<sup>1</sup> См.: Коробка В.Н. Указ. соч. С. 67—68.

<sup>2</sup> Вопленко Н.Н. Указ. соч. С. 9.

<sup>3</sup> См.: Коробка В.Н. Указ. соч. С. 69.

закон (п. 3 ч. 2 ст. 74, ст. 80 УПК РФ) предусматривает заключение эксперта. В силу ч. 3 ст. 195 УПК безусловной обязанностью органа дознания, дознавателя и следователя в досудебных стадиях производства по уголовному делу является ознакомление обвиняемого с постановлением о назначении экспертизы, о чем составляется протокол, подписываемый следователем и обвиняемым. Как это следует из ст. 198 УПК РФ, ознакомление обвиняемого с постановлением о назначении экспертизы преследует цель обеспечения права обвиняемого на защиту, которое при производстве данного следственного действия заключается в реализации прав заявить отвод эксперту, просить о назначении эксперта из числа указанных обвиняемым лиц, представить дополнительные вопросы для получения по ним заключения эксперта, знакомиться с заключением эксперта, присутствовать с разрешения следователя при производстве экспертизы и давать объяснения эксперту. Если данные «частные» права обвиняемого в стадии предварительного расследования не реализованы, то полученное заключение эксперта как недопустимое должно безусловно исключаться из числа доказательств по делу. При этом, если возможность проведения соответствующей экспертизы не утрачена, экспертиза должна назначаться вновь с соблюдением указанных в ст.ст. 195, 198 УПК прав обвиняемого на защиту. Если же по делу судом первой инстанции вынесен приговор, то он ввиду существенного нарушения права обвиняемого на защиту и существенного нарушения процессуального закона подлежит отмене кассационными и надзорными судебными инстанциями с направлением дела на новое рассмотрение.

Вместе с тем, как показывает кассационная практика судебной коллегии по уголовным делам Волгоградского областного суда, нарушение предусмотренных ст. 185 УПК РСФСР прав обвиняемого при назначении и производстве экспертизы не относится к случаям существенного нарушения уголовно-процессуального закона и, как правило, не влечет за собой отмену вынесенного по уголовному делу приговора. В производстве прокуратуры Иловлинского района Волгоградской области находилось уголовное дело по обвинению Ч. в совершении преступлений, предусмотренных п. «в» ч. 2 ст. 131 и п. «в» ч. 2 ст. 132 УК РФ. Приговором Иловлинского районного суда

Волгоградской области от 18 января 1999 г. Ч. был признан виновным в изнасиловании, соединенном с угрозой убийством (п. «в» ч.2 ст. 131 УК РФ), и лишен свободы сроком на шесть лет. В кассационных жалобах стороны защиты внимание кассационной инстанции обращалось в т.ч. и на то, что Ч. в стадии предварительного расследования с постановлениями о назначении экспертиз, а равно и с заключениями экспертов был ознакомлен только после объявления ему об окончании предварительного следствия при ознакомлении с материалами дела. Кассационным определением судебной коллегии по уголовным делам Волгоградского областного суда приговор суда был оставлен без изменения. Позже надзорная жалоба защиты была признана обоснованной и в Президиум Волгоградского областного суда прокурором области в порядке надзора был внесен протест с требованием отмены вынесенных по делу приговора и кассационного определения. Однако и в надзорном протесте, и в постановлении Президиума облсуда, которым протест был удовлетворен, не указывалось на такое основание для отмены ранее постановленных по делу судебных актов, как существенное нарушение прав Ч. на защиту, включая нарушение ряда его прав при назначении и производстве экспертиз<sup>1</sup>.

Думается, что подобная правоприменительная тенденция, сложившаяся в следственно-судебной практике расследования и рассмотрения уголовных дел, является следствием таких явлений профессиональной деформации субъектов правоприменения (судей, прокуроров, следователей), как с одной стороны *правовой нигилизм* и с другой стороны — *нравственно-правовой конформизм*. Правовой нигилизм в литературе характеризуется как осознанное, устойчивое и распространенное у практических работников пренебрежительное отношение к праву в форме непризнания приоритета прав и свобод личности, а также права и законности в качестве высших морально-этических ценностей. В свою очередь нравственно-правовой конформизм характеризуется массовым, осознанным и некритичным «пассивным» принятием существующего порядка, отсутствием адекватной оценки правовых принципов, ценностей права и мора-

---

<sup>1</sup> Уголовное дело № 1-107/01. Архив Иловлинского районного суда Волгоградской области.



ли»<sup>1</sup>. Как нам представляется, правовой нигилизм проявляется в структуре правосознания следователей и судей, проработавших значительное время — более десяти лет. Он же обусловлен постоянным контактом работников следствия и правосудия с преступной средой, притуплением способности объективного и непредвзятого восприятия лиц, привлекаемых к уголовной ответственности. В свою очередь нравственно-правовой конформизм свойственен т. н. «молодым» следователям и судьям со стажем работы менее трех лет и обусловлен их боязнью «идти против всех», против сложившейся практики во избежание негативных для своей карьеры последствий, авторитарным стилем руководства.

Таким образом, **составляющий содержание правоприменительной практики социально-правовой опыт может быть и позитивным, и негативным. Негативный опыт связан, как правило, с профессиональными деформациями властных субъектов правоприменительной деятельности и существует вопреки действующим правовым нормам.**

\*  
\*  
\*

На первый взгляд может показаться странной сама постановка вопроса о появлении и существовании правоприменительной практики как *накопленного в области индивидуального регулирования общественных отношений на основе действующих норм позитивного права социально-правового опыта, который при этом тесно примыкает к нормативной системе правового регулирования и является как бы дополнительным источником регулирования общественных отношений*. Кажущаяся странность состоит в том, что в нормативных континентальных, романо-германских правовых системах главным, доминирующим и в большинстве случаев единственным юридическим источником права является нормативный акт. Следовательно, при регулировании общественных отношений в ходе властной правореализации мы должны только применить правовую норму к конкретному случаю и не более того. Таким образом, формально-логический механизм правоприменения предстанет перед нами в виде дедуктивного

---

<sup>1</sup> Коробка В.Н. Указ. соч. С. 82—83.

умозаключения, или простого категорического силлогизма<sup>1</sup>: большей посылкой будет правовая норма, меньшей посылкой — конкретная жизненная ситуация, подлежащая урегулированию, а соответственно уже урегулированное правом поведение — правовое отношение — будет заключением, т. е. выводным знанием. Данный взгляд на содержание процесса применения права был доминирующим в российской научной и практической юриспруденции XIX века<sup>2</sup>, что, по мнению И.А. Покровского, было следствием победы общеевропейской тенденции усиления зависимости судов от закона и устранения широко распространенного ранее судейского субъективизма<sup>3</sup>.

Между тем такое представление было бы правильным, если бы реальностью российской, да и, думается, любой, правовой системы была бы беспробельность действующего позитивного права, включая определенность, четкость, недвусмысленность и логичность изложения правового материала в текстах законов и иных нормативных актов.

Также правоприменение не вызывало бы во всех случаях особых трудностей и не требовало бы «вызова к жизни» правоприменительной практики, если бы во всех отраслях российской системы права действовал т.н. «ограничительный принцип» регулирования общественных отношений — разрешено все, что прямо предусмотрено законом. Таким образом, в отсутствие правовой нормы или при ее чрезмерной абстрактности и неопределенности общественное отношение автоматически бы исключалось из сферы правового регулирования. Однако, как известно, данный принцип характерен только для т.н. публичных отраслей российского права. Его проявление

---

<sup>1</sup> См.: Челпанов Г.И. Указ. соч. С. 93—102. На это обращается внимание и в юридической литературе применительно к такому частному случаю правоприменения, как применение уголовного закона за совершение преступления, чем обусловливается процесс квалификации преступлений (см., например: Куринов Б.А. Научные основы квалификации преступлений. М., 1984. С. 42—43; Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. 2-е изд., перераб. и доп. М., 1999. С. 48—55; Гаухман Л.Д. Квалификация преступлений: закон, теория, практика. М., 2001. С. 27).

<sup>2</sup> Например, правоприменительный процесс характеризуется в виде силлогизма Г.Ф. Шершеневичем (см.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.). С. 48).

<sup>3</sup> См.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 91—92.

ние хорошо иллюстрируется на примере норм отрасли уголовного права. Так, в соответствии с ч. 2 ст. 54 Конституции России «никто не может нести ответственность за деяние, которое в момент его совершения не признавалось правонарушением». Думается, что из положения ч. 2 ст. 54 Конституции РФ можно вывести уголовно-правовой принцип отсутствия преступления без указания на то в законе. Часть вторая ст. 54 Конституции РФ корреспондирует с ч. 1 ст. 1 УК РФ, откуда с необходимостью следует, что уголовное законодательство в РФ является кодифицированным, а новые законы, предусматривающие уголовную ответственность, подлежат включению в УК РФ, иначе исключается возможность применения таких законов. Проявление ограничительного принципа регулирования уголовно-правовых отношений явно следует и из ч. 2 ст. 3 УК РФ, запрещающей применение уголовного закона по аналогии.

Однако не все отрасли российского права являются публичными. Напротив, в последние годы в связи с произошедшими в России социально-политическими и экономическими изменениями увеличился удельный вес норм т.н. «частных отраслей права». Кроме того, даже исконно публичные отрасли испытывают на себе влияние частных, или диспозитивных, начал социально-правовой жизни.

Так, в уголовно-процессуальном праве увеличение числа диспозитивных норм проявляется в расширении прав не обладающих властными полномочиями субъектов уголовного судопроизводства (обвиняемого и потерпевшего), когда они в некоторых ситуациях «на равных» строят свои отношения со следствием, прокуратурой и судом и именно от их усмотрения и волеизъявления зависит возникновение или продолжение соответствующего вида уголовно-процессуальной деятельности<sup>1</sup>: например, в лите-

---

<sup>1</sup> Примером этому может быть относительно недавнее появление в уголовном процессе РФ института так называемого «иммунитета свидетеля», суть которого в наделении лица, допрашиваемого в качестве свидетеля, правом «давать показания по данному делу только на основании собственного усмотрения» (Будников В.Л. Иммуниет свидетеля в уголовном процессе: Лекция. Волгоград, 1998. С. 11.). Подобное право допрашиваемого лица не свидетельствовать против себя самого, своего супруга и близких родственников, круг которых определяется федеральным законом, закреплено в ст. 51 Конституции РФ.

Другим примером извечного существования диспозитивного элемента в уголовно-процессуальном праве может быть институт привилегии от само-

ратуре указывается, что установленное ст. 25 УПК и ст. 76 УК РФ такое нереабилитирующее основание прекращения уголовного дела, как примирение обвиняемого с потерпевшим, является ничем иным, как проявлением частных начал, или диспозитивности, уголовного судопроизводства. Диспозитивность примирения воплощается в безусловной обязанности следователя, органа дознания и суда прекратить уголовное дело за примирением участников криминального конфликта — потерпевшего и обвиняемого, при наличии предусмотренных ст. 76 УК РФ условий<sup>1</sup>.

Проблема причин существования правоприменительной практики как самостоятельного социально-правового явления, обладающего познавательной научно-исследовательской и практически-прикладной ценностью, не получила сколько-нибудь систематического освещения в литературе. При анализе причин авторы обращают внимание на различные факторы, причем, порой, из абсолютно разных областей общественной жизни. Так, И.А. Покровский, исследуя вопрос о живучести «свободного судейского правотворения», критикуя теорию т. н. «свободного права», называет в качестве причины появления подобных концепций недостаточную определенность правовых норм<sup>2</sup>. Определенность нормы рассматривается им в качестве условия предъявления к личности со стороны государства требований об исполнении велений действующего позитивного права: «Если каждый отдельный человек должен подчиняться праву, если он должен приспособлять свое поведение к его требованиям, то очевидно, что первым условием упорядоченной общественной жизни является определенность этих требований»<sup>3</sup>. Интересны рассуждения вид-

---

изобличения, который представляет собой «нормативно закрепленную льготу любого частного лица, освобождающую его от правовой обязанности изобличать самого себя в совершении преступления, т. е. помимо своего желания оказывать содействие органу уголовного преследования в собственном изобличении» (Апарин С.М., Будников В.Л. Привилегия от самоизобличения: Лекция. Волгоград, 2000. С. 11).

<sup>1</sup> См.: Лянго Л.Н. Проблемы прекращения уголовного дела в связи с примирением с потерпевшим: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2000. С. 16—17.

<sup>2</sup> См.: Покровский И.А. Указ. соч. С. 89.

<sup>3</sup> Там же. С. 89.

ного российского цивилиста и о том, что потребность в определенности правовых норм тем более заметна и востребована со стороны индивида, чем более ощущается обществом необходимость большей личной инициативы и большей личной энергии и активности. «...Тогда, — как пишет И.А. Покровский, — определенность права становится неперенным условием этих последних, становится вопросом самой личности»<sup>1</sup>. Именно неопределенность правовых норм и является причиной появления в теории концепций свободного судебного усмотрения, или правотворения, а на практике — причиной предельно субъективистской правоприменительной, в основном судебной, интерпретации норм действующего позитивного права.

Интересна эволюция взглядов С.С. Алексеева на причины появления юридической практики. В более ранних своих работах С.С. Алексеев указывал на такую черту советского права, как его высокая нормативность, что влечет за собой потребность «в конкретизации нормативных предписаний в процессе их применения»<sup>2</sup>. Помимо высокой нормативности и, как следствие, чрезмерной абстрактности правовых норм, появление юридической практики обусловлено «наличием известных пробелов в праве, необходимостью таких механизмов, которые обеспечивали бы восполнение пробелов в процессе реализации права»<sup>3</sup>.

В современных работах по теории права причина существования юридической практики, особый повод вызова ее к жизни рассматриваются С.С. Алексеевым несколько шире. Так, юридическая практика, по его мнению, детерминируется несовершенством норм действующего права. Юридическая практика вместе с институтом применения права по аналогии способна обеспечить динамизм права — «такое положение, при котором право как система стабильных норм, не изменяясь по содержанию, способно в определенной степени учитывать изменяющиеся условия общественной жизни»<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Покровский И.А. Указ. соч. С. 89.

<sup>2</sup> Алексеев С.С. Общая теория права. Т. I. С. 342.

<sup>3</sup> Там же.

<sup>4</sup> Алексеев С.С. Теория права. С. 185.

Более радикально мнение А.К. Безиной о причинах появления юридической практики в рамках даваемого ею анализа природы «фактического судебного правотворчества». Данный автор на примере исследования применения норм трудового законодательства считает, что в результате судебного толкования правовых норм судебные органы выявляют пробелы в правовом регулировании трудовых и иных связанных с ними общественных отношений, *которые не всегда могут быть преодолены путем аналогии права или аналогии закона* (выделено нами. — Н. В. и А. Р.). По ее мнению, «суды могут вскрыть потребность изменения некоторых правовых норм»<sup>1</sup>, что является своеобразным сигналом о необходимости дополнительного правового регулирования общественных отношений. При медлительности правотворческих органов Пленумы Верховного Суда СССР и Верховных Судов союзных республик вынуждены были иногда идти на фактическое создание правовых положений, имеющих характер нормы права<sup>2</sup>.

Помимо представителей широкого понимания оснований юридической практики, можно выделить и авторов, которые причину накопления правоприменительного опыта видят в необходимости конкретизации содержащихся в норме права т.н. «оценочных понятий» и не более того.

Например, С.Н. Братусь указывает, что содержание судебной практики составляет процесс конкретизации правовых норм. Следовательно, предпосылкой, которая обуславливает в истории развития правовых систем возникновение процесса конкретизации и тем самым выработку правовых положений в судебной деятельности, будет «повышение степени абстрактности правовых норм по мере их исторического развития»<sup>3</sup>. Отсюда о феномене судебной практики мы можем говорить с того момента, «когда суду, для того чтобы применить закон к спорному случаю и вынести по делу правосудное решение, необходимо истолковать закон, уяснить

---

<sup>1</sup> Безина А.К. Судебная практика и развитие советского трудового законодательства. Казань, 1971. С. 101.

<sup>2</sup> Там же. С. 101—102.

<sup>3</sup> Судебная практика в советской правовой системе. С. 17—18.

его смысл и содержание путем конкретизации тех понятий, которые выражены в словесной формуле закона (выделено нами. — Н. В. и А. Р.)»<sup>1</sup>.

Обосновывая закономерный характер существования практики правоприменения, А.С. Пиголкин и М.Н. Николаева замечают, что правоприменительный процесс в виде силлогизма «работает» только тогда, когда «применяемая норма включает свободу усмотрения правоприменителя, и он лишь констатирует, что рассматриваемый случай подпадает под действие нормы, вынося решение в соответствии с ее однозначным предписанием (признание факта юридически значимым, применение абсолютно-определенной санкции и др.)»<sup>2</sup>. Иначе разрешаются ситуации, когда норма устанавливает пределы для усмотрения и тем самым ориентирует компетентный государственный орган или должностное лицо на выбор наиболее оптимального, целесообразного, обоснованного и максимально эффективного варианта разрешения дела.

Как считает М.С. Студеникина, почвой для усмотрения компетентного органа при оперативно-исполнительной деятельности является либо необходимость творческого характера управления, либо несовершенство правовой нормы. *Творческий же характер управления* востребован в ситуации, когда законодатель сам в правовых нормах не устанавливает «связи каждого фактического положения с уже определенными правовыми последствиями»<sup>3</sup>. По нашему мнению, это, как правило, проявляется в относительно-определенном характере гипотезы правовой нормы, где список юридических фактов, с наступлением которых связывается действие изложенного в диспозиции нормы веления: во-первых, излагается примерно, путем перечисления и закрытым не является, или же, во-вторых, излагается в самом общем виде. Вторым случаем инициирования творческого характера управления М.С. Студеникина называет ситуации, когда законодатель не считает целесообразным конкретной правовой нормой охватить все разнообразие возможных фактических ситуаций и тем самым предоставляет

---

<sup>1</sup> Судебная практика в советской правовой системе. С. 10.

<sup>2</sup> Правоприменение в Советском государстве. С. 38.

<sup>3</sup> Там же. С. 39.

государственным органам «право на известную, очерченную определенными рамками свободу в своей деятельности, т. е. предоставляет право на усмотрение. Это право становится элементом компетенции данного органа...»<sup>1</sup>.

*Несовершенство правовой регламентации* может обусловить необходимость усмотрения, во-первых, когда норма получилась неясной, что вынуждает правоприменителя вносить в свою деятельность элементы усмотрения, хотя законодатель и не имел изначально намерения предоставлять правоприменителю такого права. Во-вторых, несовершенство правовой регламентации может выразиться и отсутствии нормы, регулирующей конкретные отношения, что связано с отставанием права от динамики развития общественной жизни. При неясностях нормы, как считает И.Я. Дюрягин, правоприменение выполняет специфическую правовосполнительную функцию с целью устранения пробелов в нормативных установлениях<sup>2</sup>.

Думается, заслуживают внимания работы ученых, которые своими исследованиями создали предпосылки для рассмотрения практики как объективного и закономерного явления, обусловленного и как бы изначально запрограммированного несовершенством и противоречивой природой норм позитивного права. Как указывает Е.В. Бурлай, социальная норма — это всегда зафиксированный людьми в том или ином виде образец уже достигнутого в деятельности, отражение уже накопленного социального опыта<sup>3</sup>. Таким образом, социальная норма предстает перед нами в виде двойственности сначала «*достигнутого*», или «*сущего*», т. е. реально существующего, а уже только после какой-либо формальной фиксации — в виде «*должного*» процесса человеческого поведения людей. Как пишет Е.В. Бурлай при характеристике двойственной природы социальной нормы, «норма как таковая в чистом виде не существует: она всегда является нормой чего-то (например, норма поведения, норма прибыли, норма выработки, норма языка). Норма

---

<sup>1</sup> Правоприменение в Советском государстве. С. 40.

<sup>2</sup> См.: Дюрягин И.Я. Применение норм советского права: Теоретические вопросы. Свердловск, 1973. С. 43.

<sup>3</sup> А правовая норма, бесспорно, является разновидностью социальной нормы (см.: Вопленко Н.Н. Нормы права: Лекция для студентов юридического факультета. Волгоград, 1997. С. 13; Он же. Право в системе социальных норм: Учеб. пособие. Волгоград, 2003. С. 3).



фиксируется постольку, поскольку существует ее материальный носитель. Само же понятие «норма» представляет собой выражение некоторого способа существования того или иного материального образования, а именно — наиболее рационального с точки зрения логики и истории его развития»<sup>1</sup>. Объективный характер нормы вовсе не означает, что любая социальная норма — это лишь слепое, нетворческое и некритическое копирование общественной практики. Субъективный момент, состоящий в осознании людьми сложившихся стандартов поведения и в возведении их в ранг нормы, в том числе и правовой, придает различным социальным процессам упорядоченность, управляемость и контролируемость. Вместе с тем и здесь в области правоприменения возможны две типичные ситуации, требующие вмешательства именно практики для исправления нормы: (а) в случае когда норма уже при ее «рождении» неадекватно или неверно отражает те или иные социальные процессы, для урегулирования которых она создается; (б) в случае, если норма изначально верно отражает вызвавшие ее к жизни объективные процессы, но по мере развития деятельности и изменения самих процессов превращается в своеобразный тормоз общественного прогресса. Иначе говоря, *вмешательство правоприменительной практики как дополнительного нормативного регулятора общественных отношений необходимо в случае наличия в правовой норме существенных противоречий между объективным и субъективным моментами, из-за несовпадения реального содержания нормы с потребностями общественного развития.*

Итак, одни ученые (А.К. Безина, И.Я. Дюрягин, Е.В. Бурлай, А.С. Пиголкин и М.Н. Николаева, М.С. Студеникина, И.А. Покровский и др.) обращают внимание только на отдельные факторы, вызывающие потребность в правоприменительной практике. Другие (С.С. Алексеев) смешивают понимание причин возникновения практики с ее реальными проявлениями, или с ее элементами<sup>2</sup>. Довольно интересно мнение и тех

---

<sup>1</sup> Бурлай Е.В. Нормы права и правоотношения в социалистическом обществе / Отв. ред. Н.И. Козюбра. Киев, 1987. С. 10.

<sup>2</sup> Имеется в виду позиция С.С. Алексеева, указавшего, что почвой для существования правоприменительной практики может быть необходимость применения аналогии закона или аналогии права при нестандартных ситуациях правоприменения. Между тем объяснение необходимости применения аналогии С.С. Алексеевым не дается.

ученых, которые с присущей теоретической науке масштабностью в рассмотрении правовых явлений в их взаимосвязи и взаимозависимости от других как правовых, так и неправовых явлений общественной жизни, приходят к пониманию необходимости изучения элементов правового бытия именно в системе<sup>1</sup>. Противоречия как внутри правовой системы, так и противоречия других подсистем социума и питают, по нашему мнению, появление правоприменительной практики. К таким ученым можно отнести В.М. Сырых, Л.С. Явича, П.М. Рабиновича, обосновавших существование в праве объективных юридических закономерностей.

С учетом высказанных в науке мнений система факторов, обуславливающих правоприменительную практику как самостоятельный правовой феномен, думается, должна выглядеть следующим образом.

**В первую группу факторов** должны войти *внутренние потребности социальной системы по урегулированию юридическими нормами вновь возникающих или изменившихся, модифицированных общественных отношений*. Эта группа оснований правоприменительной практики является своеобразной реакцией на отставание законодателя от быстро меняющегося темпа экономических, политических, культурных и иных общественных отношений, принципиально нуждающихся в правовом урегулировании<sup>2</sup>. Как представляется, к данной группе факторов нужно отнести следующее:

1) *неурегулирование правовыми нормами возникающих в социальной практике ситуаций, принципиально нуждающихся в правовом опосредовании*. Это в свою очередь может проявляться в виде:

(а) неиздания правовой нормы, если общественное отношение возникло вновь,

---

<sup>1</sup> См., например: Явич Л.С. Указ. соч. С. 125—131.

<sup>2</sup> В этом значении на первый взгляд данная группа факторов ничем не отличается от названных нами в § 1 настоящей главы социальных источников права. Однако здесь на факторы, лежащие за пределами права, наслаиваются сугубо правовые феномены, связанные со своеобразной нерасторопностью субъектов правотворческой деятельности. Именно это «наслоение» юридического момента в виде неспешания законодателя за ходом реформ в России и придает качественное своеобразие социальной группе данных основ правоприменительной практики.

(б) неизменности правовой нормы, если общественное отношение до его опосредования практикой возникло, существовало, но с течением времени видоизменилось, хотя актуальность правового регулирования в принципе не отпала, но появилась потребность в изменении содержания правового регулирования;

2) *неотмена правовой нормы, если общественное отношение с течением времени исключено из сферы правового регулирования;*

3) выделенное В.В. Лазаревым т. н. «квалифицированное молчание» законодателя, или «*квалифицированное молчание права*», «*при котором устанавливается нежелание законодателя регулировать определенные отношения посредством правовой нормы*»<sup>1</sup>. На наш взгляд, данное нежелание законодателя не может быть произвольным, субъективистским, а связано оно с тем, что законодатель интуитивно осознает необходимость охватить правовой нормой ряд сходных по своим признакам индивидуальных общественных отношений, но в силу их малоизученности, новизны не решается пока возвести их в ранг правовых отношений, желая проследить некоторое время тенденции их развития. Роль практики как раз и состоит в изучении этих отношений и в предложении варианта их правового урегулирования посредством создания правоприменительными органами своеобразных протонорм, которые затем могут быть унифицированы и возведены посредством правотворчества в ранг правовых норм;

4) выделяемая в литературе *ситуация т.н. «ошибки в праве»*, которая означает «*проявление не той законодательной воли, какую следовало бы отразить в нормативных актах*»<sup>2</sup>.

**Вторая группа факторов**, обуславливающих существование практики властной правореализации, относительно нова и *связана*, вероятно, *с процессами интеграции России в международную экономическую и правовую систему*.

Данный аспект влияния международного права на отечественную правовую систему не получил достаточного освещения в литературе. Но на примере компаративистских исследований национальных правовых систем других государств мож-

---

<sup>1</sup> Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974. С. 15.

<sup>2</sup> Там же. С. 16.

но предположить некоторые пути развития российской правовой системы.

При исследовании влияния источников права развитых индустриальных стран на т. н. страны «третьего мира» О.А. Жидков выявил интересную тенденцию. Он увидел, что судебный прецедент является самостоятельным источником права лишь в тех развивающихся странах (Индия, Шри-Ланка, Нигерия, Гана, Сьерра-Леоне, Гайана, Ямайка и др.), которые ранее были колониями Англии — классической страны судебного прецедента. В африканских государствах, которые образовались путем объединения бывших колоний, принадлежавших ранее нескольким европейским державам (Сомали, Камерун и др.), судебный прецедент действует только в тех административно-территориальных единицах, которые находились под английским колониальным управлением<sup>1</sup>. В Судане возможность применения прецедента вообще не следует из закона. Напротив, судебный прецедент является порождением судебной практики и выступает субсидиарным источником права, так как может быть востребован в случае наличия пробела в национальном законодательстве<sup>2</sup>.

Едва ли уместно экстраполировать путь правового развития национальных правовых систем стран «третьего мира» на Россию, почему грубое внедрение нетрадиционных как для континентальных, так и для социалистических правовых систем источников в России полностью исключается. Однако можно предположить в плане научной гипотезы,

---

<sup>1</sup> См.: Жидков О.А. Судебный прецедент в правовых системах развивающихся стран // Источники права. М., 1985. С. 28—29. (Серия «Государство и право в развивающихся странах». Вып. 7 / Редкол. серии: С.А. Сосна, В.Е. Чиркин, Ю.А. Юдин; Отв. ред. вып. С.А. Сосна).

<sup>2</sup> Там же. С. 37. Думается, авторы предисловия к сборнику статей «Источники права» правильно указывают на то, что при изучении права в переходных обществах недостаточно констатировать его социальную обусловленность. Как ими справедливо замечено, на правовую систему в целом, включая и правовую форму (юридические источники права) в странах третьего мира, оказывают заметное влияние «традиционные, доколониальные правовые формы, *буржуазные правовые системы бывших метрополий* (выделено нами. — Н. В. и А. Р.), в ряде случаев идеи социалистического права. Все эти факторы, внутренние и привнесенные, придают праву в развивающихся странах чрезвычайно сложный характер, предопределяют внутреннюю неодно-

что усиление культурных обменов, открытость границ, обмен опытом, узнавание образцов зарубежной культуры, инвестирование иностранных капиталов в национальную экономику, любого рода иные интеграционные процессы, могут изменить отношение к нетрадиционным для отечественной правовой системы юридическим источникам. Следовательно, в данной группе факторов как причину и основание правоприменительной практики мы выделяем 1) *глобальные объективные мировые наднациональные процессы, инициирующие интеграцию российской национальной правовой системы в международную правовую систему и стирание различий между российской правовой системой и правовыми системами других государств.*

Помимо мировых объективных глобальных процессов, существуют и подконтрольные государству процессы, предопределяющие существование правоприменительной практики как самостоятельного внутринационального явления, выступающего в качестве дополнительного регулятора общественных отношений. Последнее связывается нами со вступлением России в Совет Европы в качестве полноправного члена. 7 мая 1992 года Россия подала заявку на вступление в Совет Европы, а официальная церемония приема Российской Федерации в Совет Европы состоялась 28 февраля 1996 года<sup>1</sup>. Вступив в Совет Европы, а далее и ратифицировав основополагающую конвенцию Совета Европы — «Европейскую Конвенцию о защите прав человека и основных свобод», и дополнительные протоколы к ней, Россия тем самым признала обязательную юрисдикцию созданного Советом Европы контрольного механизма за соблюдением прав и свобод человека, включающего работу Единого Европейского суда по правам человека. Как отмечается в научно-практической литературе, «после 5 мая 1998 года — даты вступления в силу права на индивидуальные жалобы в Европейский Суд для российских граждан — правоохранительные судебные органы России, руководствуясь п. 4 ст. 15 Конституции РФ о

---

родность, порой противоречивость различных частей правовой надстройки, многослойность и фрагментарность права» (Источники права. С. 3).

<sup>1</sup> См.: Глотов С.А., Петренко Е.Г. Права человека и их защита в Европейском Суде. Краснодар, 2000. С. 4.

приоритете норм международного права, должны на практике применять в спорных ситуациях стандарты Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Для этого они как минимум должны быть глубоко изучены самими судьями и работниками правоохранительных органов»<sup>1</sup>. Казалось бы, само по себе присоединение России к Совету Европы и признание верховенства норм международного права над внутренним законодательством ничего нового не должно привносить в систему национальных источников, ибо та же Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод<sup>2</sup>, это не более чем нормативный акт, источник позитивного права, что требует от правоприменителя установить его противоречие национальным нормам права и с учетом верховенства признанных Россией международных источников разрешить спорную ситуацию в соответствии с содержанием последних. Однако описанная простота является мнимой. Как отмечают С.А. Глотов и Е.Г. Петренко, основные права и свободы человека описаны в Европейской Конвенции... в самом общем виде, и в большинстве своем не в виде норм, а в виде принципов<sup>3</sup>. Реальным содержанием Европейская Конвенция... наполняется через работу своего контрольного механизма — Европейского Суда, который посредством толкования правовых актов Совета Европы при рассмотрении индивидуальных жалоб наполняет эти правовые акты реальным содержанием, конкретизирует их и своеобразно творит правовые нормы. Конкретные казусы Европейского Суда, думается, являются источниками международных правовых норм. Отсюда национальные российские правоприменительные органы не смогут на практике применять акты Совета Европы сами по себе, не зная, во-первых, практи-

---

<sup>1</sup> Глотов С.А., Петренко Е.Г. Права человека и их защита в Европейском Суде. С. 9.

<sup>2</sup> Российская газета. 1995. 5 апр.

<sup>3</sup> В литературе отмечается, что «особенность правовых стандартов Совета Европы состоит в том, что по форме они соответствуют правовым декларациям. Вследствие этого международно-правовые обязательства государства требуют законодательного закрепления правовых гарантий реализации соответствующих прав граждан и предоставления достоверной информации о состоянии своего законодательства» (Воинов И. Разрешение коллизий норм европейского и российского права // Российская юстиция. 2001. № 6. С. 19).

ки рассмотрения Европейским Судом жалоб граждан стран-участников СЕ, и, во-вторых, не зная своего рода тенденций толкования Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод и дополнительных протоколов к ней. Так, вероятно, применение Европейской Конвенции... в национальных рамках стран-участниц СЕ невозможно без знания того, что Европейский Суд «весьма расширительно толкует права и свободы человека, не допуская при этом каких-либо изъятий этих прав со стороны государств — членов Совета Европы»<sup>1</sup>.

Следовательно, можно предположить, что в сфере юрисдикционной правоприменительной, в основном судебной, деятельности органы применения права должны будут при непосредственном применении норм и принципов международного права давать их истолкование, наполнять их реальным содержанием. Причем такого рода юридическая основа дела является новым явлением для российского правоприменения, так как решение юрисдикционного органа должно базироваться не на правовой норме, а фактически на принципе, который уже становится своеобразной правовой нормой в результате творческой интеллектуально-волевой мыслительной деятельности должностного лица органа, применяющего права.

Таким образом, в рассматриваемой группе основ правоприменительной практики мы должны выделить 2) такое явление, как *участие России в международных договорах и соглашениях в области защиты прав и основных свобод человека и добровольное установление в рамках внутреннего конституционного законодательства приоритета общепризнанных норм и принципов международного права над внутригосударственным правом.*

Наконец, **в третью группу факторов** правоприменительной практики необходимо отнести ***несовершенство и дефектность норм позитивного права, содержащихся в традиционных юридических источниках***, что проявляется в следующем.

1) *Неопределенность, нечеткость, излишняя абстрактность и обобщенность изложения правовых предписаний в текстах тра-*

---

<sup>1</sup> См.: Глотов С.А., Петренко Е.Г. Указ. соч. С. 7; Энтин М.Л. Международные гарантии прав человека: опыт Совета Европы. М., 1997. С. 30—134; Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод: законодательство и правоприменительная практика РФ. М., 1997.

диционных для российской правовой системы юридических источников.

Как было сказано выше, известный исследователь проблем гражданского права И.А. Покровский отнес определенность правовых норм к числу «самых существенных требований, которые предъявляются к праву развивающейся человеческой личности»<sup>1</sup>. Отсюда уместно предположить, что правоприменительная практика — это своего рода внутренний, объективно обусловленный механизм защиты права как стройной, логической, внутренне непротиворечивой системы от неопределенности его первичных клеточек — нормативно-правовых предписаний.

2) *Наличие в норме права т. н. «оценочных понятий», т. е. понятий, которые невозможно сформулировать четко в момент возведения в закон правовой нормы, а можно уточнить уже при применении нормы, с учетом фактических обстоятельств дела.* Названное нами основание правоприменительной практики, казалось бы, совпадает с ранее выделенной разновидностью такой дефектности нормы, как неопределенность изложения правового материала, а значит, и не требует самостоятельного обособления в рамках отдельной классификационной подгруппы. Вместе с тем следует заметить, что неопределенность правовых норм и наличие в норме оценочных понятий несколько различные по своей сути явления и их нельзя соотносить по принципу видового и родового формально-логического сравнения общего и особенного.

Неопределенность нормы как основание правоприменительной практики суть более глобальное явление, и имеет место в случае абстрактности, нечеткости и чрезмерной формальной обобщенности не отдельной нормы, а целого правового института. Причем неопределенность не замыкается рамками «размытости» какого-либо понятия, изложенного в норме, но и ставит под сомнение в нетипичных ситуациях возможность применения в качестве юридической основы дела целого комплекса норм. Также неопределенность может быть обусловлена не только объективными моментами, каковыми, например,

---

<sup>1</sup> Покровский И.А. Указ. соч. С. 89.



обусловлено наличие в норме т.н. «оценочных понятий», но и субъективными моментами. Также объем творческой деятельности органа, применяющего права, более широк и емок при выделенной нами выше неопределенности правовых норм, нежели при простом наличии в норме права оценочных понятий: если в последнем случае, роль правоприменителя состоит в конкретизации нормы с учетом знания особенностей ее применения и в унификации такой конкретизации, то при неопределенности нормы роль правоприменителя не исчерпывается одной лишь простой конкретизацией имеющихся в норме оценочных понятий.

В производстве Краснооктябрьского районного суда г. Волгограда находилось дело по иску сестер К. и Б. к администрации района, администрации города, департаменту жилищно-коммунального хозяйства администрации города, муниципальному учреждению жилищно-коммунального хозяйства района. Истицы требовали предоставить в собственность 1-комнатную квартиру, так как приобретенная ими в порядке наследования 1-комнатная квартира матери была разрушена из-за длительного непроизводства во всем жилом доме капитального ремонта из-за противоправного бездействия собственника инженерно-технического оборудования, объектов инженерной инфраструктуры. Решением суда (оставленным кассационной инстанцией без изменения) иск был удовлетворен и на администрацию города возложена обязанность по предоставлению истцам квартиры, равноценной той, что была утрачена ими <sup>1</sup>. В судебном заседании по делу представитель администрации города указывал на то, что закон называет только одно основание безвозмездной передачи жилого помещения в собственность гражданина — приватизация муниципального жилого фонда. Предоставление же квартиры в собственность в качестве помещения вреда не предусмотрено, по его мнению, ни общегосударственным, ни действующим жилищным законодательством России. Между тем суд первой инстанции с доводами представителя администрации города не согласился и в мотивировочной части решения отметил следующее.

---

<sup>1</sup> Гражданское дело № 2-455/00. Архив Краснооктябрьского районного суда г. Волгограда.

В соответствии со ст. 1082 ГК РФ удовлетворяя требование о возмещении вреда, суд в соответствии с обстоятельствами дела обязывает лицо, ответственное за причинение вреда, возместить вред в натуре (предоставить вещь того же рода и качества, исправить поврежденную вещь и т. п.) или возместить причиненные убытки (п. 2 ст. 15). При выборе способа возмещения вреда необходимо руководствоваться соображениями реальности возмещения вреда в возможно более короткие сроки. Отсюда такой способ возмещения причиненного истцам вреда, как исправление поврежденной вещи, являлся нецелесообразным, так как тогда возмещение вреда ставилось в зависимость от финансирования работ по капитальному ремонту дома, где находилась квартира истец. Таким образом, суд пришел к выводу о необходимости возложения на администрацию города обязанности по предоставлению истцам жилого помещения, равнокачественного утраченной ими 1-комнатной квартиры. *По смыслу ст.ст. 1064, 1069, 1082 ГК РФ при возмещении вреда посредством предоставления потерпевшему лицу вещи того же рода и качества предполагается возникновение у потерпевшего права собственности на данную вещь, а также утеря его права собственности на поврежденную вещь* (выделено нами. — Н. В. и А. Р.). Отсюда суд пришел к выводу о необходимости предоставления истцам равнокачественного жилого помещения с наделением истцов правом собственности на данное жилое помещение.

Как видно из приведенного казуса, какие-либо оценочные понятия в статье 1082 ГК РФ отсутствуют. Неопределенность же нормы в данном случае была связана с тем, что, устанавливая способы (формы) возмещения вреда при деликтных обязательствах, закон не урегулировал правовой статус имущества, которое передается в счет возмещения вреда взамен утраченной вещи. Это вполне понятно, так как такой способ возмещения внедоговорного вреда на практике нетипичен. Потребность в его использовании возникает тогда, когда взамен утраченного передается имущество, которое обычно для фиксации его за кем-либо на праве собственности не требует особой процедуры государственной регистрации. Передача же имущества в счет возмещения утраченной вещи само собой влечет для потерпевшего от причинения вреда лица возникновение

права собственности на переданную ему в счет возмещения равнокачественную вещь.

Иначе обстоит дело с унификацией правоприменительной практикой оценочных понятий. Например, долгое время спорным в теории и практике было понимание такого квалифицирующего признака убийства, содержащегося в п. «д» ч. 2 ст. 105 УК РФ, как особая жестокость. Как отмечалось в литературе, в теории и на практике возникла неопределенность в вопросе о том, возможно ли квалифицировать как совершенные с особой жестокостью по п. «д» ч. 2 ст. 105 УК РФ 1996 г. (и соответствовавшего ему в УК РСФСР 1960 г. п. «г» ст. 102) случаи глумления преступника над трупом жертвы уже после лишения жертвы жизни<sup>1</sup>. Неопределенность была порождена самим формулированием данного квалифицирующего признака в тексте закона, его неоднозначностью, неопределенность и своего рода «оценочностью». Неопределенность текста правового материала вызывала такую же неопределенность и на практике. Первоначально особая жестокость связывалась на практике, во-первых, с особо мучительным способом лишения жизни, с причинением жертве явно излишних для лишения жизни страданий (сожжение заживо, использование мучительно действующего яда, длительное лишение пищи, воды и тепла и т. п.), во-вторых, с обстановкой совершения преступления (убийство в присутствии близких потерпевшему лиц, когда виновный осознает, что причиняет в связи с этим жертве или его близким особые страдания), а в-третьих, и с глумлением над трупом. Далее со временем судебно-следственная практика уточнила названную нами третью разновидность особой жестокости: по п. «г» ст. 102 УК РСФСР не квалифицировались ситуации расчленения преступником трупа в целях сокрытия следов совершенного преступления; но в остальных случаях суды квалифицировали по п. «г» ст. 102 УК РСФСР (п. «д» ч. 2 ст. 105 УК РФ) уничтожение или расчленение трупа, которое осуществлялось не с целью сокрытия преступления, а по иным причинам, включая и садистские

---

<sup>1</sup> См., например: Красиков А.Н. Преступления против права человека на жизнь: в аспектах *de lege lata* u *de lege ferenda*. Саратов, 1999. С. 96.; Практикум по уголовному праву: Учеб. пособие. М., 1997. С. 215—216.

наклонности преступника <sup>1</sup>. Такому пониманию содержания особой жестокости способствовала и неконкретная позиция Пленума Верховного Суда РФ, который в постановлении № 15 от 22 декабря 1992 г. «О судебной практике по делам об умышленных убийствах»<sup>2</sup> занял весьма неопределенную позицию и по существу не исключил возможности квалификации по п. «г» ст. 102 УК РСФСР 1960 г. действий преступника по расчленению трупа.

Подобное понимание особой жестокости обоснованно критиковалось. Криминалисты обращали внимание на, что законодатель сформулировал анализируемый квалифицирующий признак как «убийство с особой жестокостью», но отнюдь не как «убийство, сопряженное с особой жестокостью». Отсюда неосновательно вменение особой жестокости за действия преступника, совершенные уже после лишения жертвы жизни. Фактически данная точка зрения была воспринята судебно-следственной практикой и отражена в постановлении № 1 Пленума Верховного Суда РФ «О судебной практике по делам об убийстве (ст.105 УК РФ)» от 27 января 1999 г.<sup>3</sup>

Выделенные нами в рамках третьей группы факторов практики две названные выше классификационные группы можно объединить в более крупную градацию дефектности правовых норм, *связанную с их содержательными недостатками*.

3) Еще одним основанием существования правоприменительной практики <sup>4</sup> являются, по нашему мнению, т. н. «*коллизии правовых норм*»<sup>5</sup>. В отличие от первых двух групп порождающая практику дефектность правовых норм проявляется здесь не в рамках отдельной нормы, а в рамках дефектности какой-то части системы

---

<sup>1</sup> См., например: Уголовное право России. Часть особенная / Отв. ред. Б.В. Здравомыслов. М., 1993. С. 106.

<sup>2</sup> Сборник действующих постановлений Пленумов Верховных Судов СССР, РСФСР и Российской Федерации по уголовным делам с комментариями и пояснениями / Отв. ред. В.И. Радченко. М., 1999. С. 200—206.

<sup>3</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. 1999. № 3. С. 2—6.

<sup>4</sup> И, прежде всего, практики конституционного правосудия как средства устранения коллизий процессуальных норм, гарантирующих право граждан и организаций на судебную защиту (см.: Котов О.Ю. Влияние решений конституционного суда России на гражданское судопроизводство. М., 2002. С. 153—155).

<sup>5</sup> См.: Яценко Б.В. Правоположения в уголовном праве // Государство и право. 2000. № 6. С. 34—40.

права. Причем дефектность связана здесь не с содержательными недостатками, а с трудностями решения вопроса о возможности применения нормы, ее юридической действительности и силе, *т. е. с формальными недостатками правовой нормы*<sup>1</sup>. А.Ю. Буяков, исследуя причины возникновения коллизий, справедливо указывает, что данное явление порождается формальными противоречиями права, противоречиями между правовыми предписаниями, которые являются следствием нарушения законодателем логики собственного внутреннего развития системы права<sup>2</sup>.

Понятие юридической коллизии, или коллизий правовых норм, коллизионного права ит.п. является относительно новым в отечественной науке. Легальное закрепление коллизионного права было осуществлено впервые только с принятием 12 декабря 1993 г. Конституции РФ — в пункте «п» ст. 71 конституционного текста федеральное коллизионное права относится к исключительному ведению Российской Федерации.

Ю.А. Тихомировым юридические коллизии определяются как юридические противоречия, которые «выражаются в разном правопонимании, в столкновении правовых актов, в неправомерных действиях государственных, межгосударственных и общественных структур, в притязаниях и действиях по изменению существующего порядка»<sup>3</sup>. Им же предмет коллизионного права определяется кругом общественных отношений, регулирование которых вызывает разногласия<sup>4</sup>. Более удачно и конкретно, на наш взгляд, определяет коллизионное право О.Е. Кутафин как «совокупность норм, на основе которых раз-

---

<sup>1</sup> Коллизия — это именно формальная ущербность части системы права, которая вызывает трудности не в уяснении содержания материальной правовой нормы, а в проверке на второй стадии правоприменительного процесса подлинности и юридической значимости всех норм, материальных и процессуальных, задействованных при разрешении конкретного дела, и в проверке правильности текста соответствующих норм права (см.: Вопленко Н.Н. Реализация права: Учеб. пособие. С. 33—34).

<sup>2</sup> См.: Буяков А.Ю. Юридические коллизии и способы их устранения: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1999. С. 10.

<sup>3</sup> Тихомиров Ю.А. Коллизионное право: учебное и научно-практическое пособие. М., 2000. С. 34.

<sup>4</sup> Там же. С. 37; см. также: Рубанов А.А. Основные коллизионные вопросы советского законодательства о гражданстве // Советское государство и право. 1979. № 7. С. 48.

решаются противоречия между нормами права различных государств либо их частей»<sup>1</sup>. Данное же Ю.А. Тихомировым определение предмета коллизионного права чрезвычайно общо, потому что, например, в сфере юрисдикционной правоприменительной деятельности разногласия в регулировании вызывает почти любое конфликтное общественное отношение.

Нельзя согласиться и с даваемым Ю.А. Тихомировым определением юридической коллизии. Думается, более плодотворен разделяемый Н.И. Матузовым и А.Ю. Буяковым подход «узкого» понимания коллизии, как обусловленного объективными и субъективными факторами общественного развития формального противоречия между нормами права (комплексами правовых норм), нормами права и актами толкования, направленными на регулирование одних и тех же общественных отношений, и порождающего трудности в процессе правореализации<sup>2</sup>.

Для преодоления юридических коллизий Ю.А. Тихомиров предлагает сформировать супер-отрасль т. н. коллизионного права, нормы которой содержатся, по его мнению, в нормативно-правовых актах и договорах, обычаях и в правовых концепциях, выражающих систематизированные научные взгляды в данной сфере<sup>3</sup>.

При наличии отрасли коллизионного права в РФ вопрос о роли правоприменительной практики как источника коллизионного права и своеобразного способа преодоления юридических коллизий исключается. Однако даже исследователи проблем коллизионного права подчеркивают то обстоятельство, что коллизионное право только находится в стадии своего обоснования и формирования. Отсюда вакуум позитивного регулирования юридических коллизий может и должен быть восполнен правоприменительной практикой их преодоления. По мнению Н.А. Власенко и В.И. Леушина, в отсутствие специальных коллизионных норм возможно го-

---

<sup>1</sup> Конституция Российской Федерации: Науч.-практ. комментарий. С. 428.

<sup>2</sup> См.: Буяков А.Ю. Указ. соч. С. 11; Матузов Н.И. Юридические коллизии и способы их разрешения // Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. Саратов, 1995. С. 353.

<sup>3</sup> Тихомиров Ю.А. Указ. соч. С. 39.

ворить не об устранении коллизий, а об их преодолении с помощью толкования правовых норм и создания правоположений, в которых и концентрируется опыт юридической деятельности по преодолению коллизий<sup>1</sup>. На этой же позиции стоит и Н.И. Матузов, указывающий в перечне способов разрешения коллизий, во-первых, судебное, административное, арбитражное рассмотрение, а во-вторых, конституционное правосудие<sup>2</sup>.

Также, как нам представляется, несмотря на прямое упоминание коллизионного права в ст. 71 Конституции РФ и даже предпринимаемые правотворческой практикой попытки принятия нормативных актов о способах преодоления коллизий, возможность урегулирования такого рода общественных отношений является утопией. Не случайно поэтому сторонники создания «супер-отрасли» коллизионного права осознают, вероятно, невозможность урегулирования процесса разрешения (преодоления) коллизий с помощью норм традиционных юридических источников (нормативных актов). Это выражается, по нашему мнению, в предложениях включить в источники коллизионного права «правовые концепции, выражающие систематизированные научные взгляды в данной сфере», «переговорные правила», нормы «обычного права» и т. д.

Следовательно, в отсутствие нормативных актов, содержащих нормы коллизионного права, именно правоприменительная практика должна выработать универсальные инструменты преодоления (разрешения) юридических коллизий. И в этом последнем значении юридические коллизии являются одним из оснований правоприменительной практики.

---

<sup>1</sup> См.: Леушин В.И. Указ. соч. С. 98; Власенко Н.А. Коллизионные нормы в советском праве. Иркутск, 1984. С. 30.

<sup>2</sup> См.: Матузов Н.И. Указ. соч. С. 358.

## § 2. Основные элементы правоприменительной практики и их правотворческая роль

Вопрос об основных элементах правоприменительной практики — это фактически вопрос о ее структуре. В философской литературе структура определяется как «строение и внутренняя форма организации *системы*, выступающая как единство устойчивых взаимосвязей между ее элементами, а также законов данных взаимосвязей»<sup>1</sup>.

Структура правоприменительной практики рассматривается в литературе в нескольких аспектах: во-первых, как процесс и слабые юридической деятельности, во-вторых, в качестве системы правовых отношений, образующих содержание деятельности по применению права, в-третьих, как конкретные элементы правоприменительной практики, выступающие итогом, результатом развития тенденций и закономерностей правоприменения. Наиболее разработан в литературе именно первый названный нами аспект рассмотрения структуры правоприменительной практики, которому посвящены специальные работы В.Н. Карташова. Во втором аспекте, через призму составляющих ее правовых отношений, структура правоприменительной практики анализируется в литературе В.К. Бабаевым<sup>2</sup>, Н.Н. Вопленко<sup>3</sup> и В.И. Леушиным<sup>4</sup>.

Как нам представляется, третий аспект рассмотрения структуры правоприменительной практики является как наиболее интересным, так и плодотворным с точки зрения потребностей развития современной российской правовой системы. В последние годы правоприменительная практика через проблему судебного прецедента как возможного источника российского права и через проблему судейского усмотрения и правотворчества в научном плане рассматривается исключительно в третьем аспекте<sup>5</sup>. Но уди-

---

<sup>1</sup> Философский словарь / Под ред. И.Т. Фролова. С. 437.

<sup>2</sup> См., например: Бабаев В.К. Советское право как логическая система. М., 1978.

<sup>3</sup> Вопленко Н.Н., Еременко Ю.П. Указ. ст. С. 18—29.

<sup>4</sup> См.: Леушин В.И. Указ. соч.

<sup>5</sup> См., например: Судебная практика как источник права / Отв. ред. серии Б.Н. Топорнин. М., 1997; Судебная практика как источник права / Отв. ред. серии Б.Н. Топорнин. М., 2000.



вительно то, что при значительном объеме публикаций третий (назовем его — «правотворческий», или «нормативный») аспект рассмотрения структуры практики так и продолжает оставаться самым дискуссионным. В современных научных трудах так и не предложено сколько-нибудь внятной концепции структуры накапливаемого в ходе правоприменительной деятельности опыта, становящегося в своих элементах своеобразным юридическим источником права.

В нашем понимании *правоприменительная практика* — это опыт властного индивидуального регулирования общественных отношений, который дополнительно к нормативной системе правового регулирования в ряде случаев является основой разрешения юридического дела. Следовательно, вопрос о структуре правоприменительной практики и соответственно об основных элементах такой практики — это вопрос о структуре правоприменительного опыта. Причем и в этом случае можно использовать предложенный В.Н. Карташовым подход рассмотрения практики в диалектическом единстве своего содержания и формы<sup>1</sup>. Содержательный срез структуры практики — это элементы накопленного в ходе применения права опыта, степень его глубины, обобщенности, авторитетности, стабильности и возможность использования при разрешении юридических дел. Другими словами, содержательный срез практики — это своего рода «*правоприменительное богатство*». А форма правоприменительной практики — это способ объективизации и выражения во вне накопленного в ходе правоприменения опыта. Иначе говоря, содержание правоприменительной практики — это то, что накоплено в правоприменительной деятельности, а форма правоприменительной практики — это *как и где* закреплён практический опыт.

Но даже при рассмотрении практики в третьем, «узком», или «прагматическом», ее аспекте — как структуры только правоприменительного опыта — в науке отмечается ее неоднородность. Например, даже С.С. Алексеев, отождествляю-

---

<sup>1</sup> См., например: Общая теория государства и права: Акад. курс: В 2-х т. / Под ред. М.Н. Марченко. Т. 2: Теория права. С. 346—349; Карташов В.Н. Юридическая деятельность: понятие, структура, ценность. С. 52—79.

щий практику применения права только с опытом, выделяет все же в качестве ее видов практику текущую, прецедентную и руководящую<sup>1</sup>. По нашему мнению, практика в виде аккумулярованного в ней опыта правоприменения должна подразделяться на (1) текущую, (2) прецедентную, (2) обобщенную, или абстрактную — практику в «чистом» ее виде, а уже последний вид практики должен делиться на практику (а) руководящую, или нормативную, и (б) практику организационно-методического руководства судами и иными органами применения права.

В *текущем* виде правоприменительной практики будущий опыт применения права находится в «зачаточном» состоянии и только начинает формироваться в виде некоторых тенденций правоприменения<sup>2</sup>. В относительном «готовом виде» говорить об опыте применения права возможно только в «*прецедентном*» пласте практики — именно в нем опыт правоприменения определенным образом структурируется и выходит за грань нестабильных тенденций, получая ту или иную внешнюю устойчивую объективацию. Именно этот пласт практики выглядит наиболее сложным и многоструктурным явлением правоприменительного опыта, почему, вероятно, по вопросу об определении структурных элементов опыта в науке нет ни единства мнений, ни сколько-нибудь систематического комплексного исследования. В основном понятие правоприменительного опыта увязывается с понятием так называемых «*правоположений*».

Также в числе основных элементов правоприменительной практики указываются (1) *прецеденты толкования*<sup>3</sup>, (2) *пре-*

---

<sup>1</sup> См.: Алексеев С.С. Общая теория права. Т. I. С. 352. Аналогичные виды правоприменительной практики выделяет В.М. Лебедев (см.: Лебедев В.М. Судебная власть в современной России: проблемы становления и развития. СПб., 2001. С. 187).

<sup>2</sup> См.: Вепенко Н.Н. Правоприменительная политика: понятие и содержание // Тезисы докладов IX научной конференции профессорско-преподавательского состава и XII научной студенческой конференции (20—25 апреля 1992 г.). Волгоград, 1992. С. 96—97; Рудковский В.А. Правоприменительная политика: сущность и содержание: Учеб. пособие. Волгоград, 1999. С. 80—86.

<sup>3</sup> См.: Венгеров А.Б. О прецеденте толкования правовой нормы // Ученые записки ВНИИСЗ. М., 1966. С. 3—19.

цеденты применения права<sup>1</sup>, (3) деловые обыкновения<sup>2</sup>, (4) конкретизирующие суждения и подзаконные нормы<sup>3</sup>, (5) руководящие разъяснения и т. д.

Подобный плюрализм мнений о структурных элементах правоприменительного опыта, конечно же, обогащает научное творчество, привносит в него новизну и, вероятно, объективно обуславливается сложностью изучаемого объекта — правоприменительной практики. Между тем основной недостаток исследования структурных элементов правоприменительной практики состоит в невнимании к вопросу *о последовательности их формирования и внутренних связях между собой*. Показывая многообразие правоприменительного творчества, признавая множественность и неоднозначность рожденных им протонормативных явлений, правоведы, к сожалению, не ставят вопросы о том, что за чем следует, что из чего вытекает, какие генетические, координационные и субординационные отношения складываются между структурными элементами правоприменительной практики. Этот недостаток, как нам представляется, затрудняет становление общей концепции правоприменительной практики, несколько обезличивает ее структуру и в конечном счете препятствует познанию регулятивных возможностей каждого из ее элементов. Как представляется, без устранения названного недостатка все дискуссии о признании правоприменительной (в основном судебной) практики юридическим источником права в российской правовой системе, думается, никогда не выйдут за пределы исключительно умозрительной плоскости.

Поэтому в порядке авторской концепции предлагается следующая схема формирования правоприменительной практики, позволяющая учесть полиструктурность выражения и многоступенчатость процесса ее формирования: ***прецедент толкования > прецедент применения > правоположение > деловое***

---

<sup>1</sup> См.: Топорнин Б.Н. Система источников права: тенденции развития. С. 44; Нешатаева Т.Н. К вопросу об источниках права — судебном прецеденте и доктрине // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 93.

<sup>2</sup> См.: Попов В.В. Обыкновения правоприменительной деятельности: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2000.

<sup>3</sup> См.: Алексеев С.С. Проблемы теории права: Курс лекций: В 2 т. Т. 2. Свердловск, 1973. С. 91.

**обыкновение.** Названные явления спонтанно складывающейся правоприменительной практики не только раскрывают процесс ее многоступенчатого развития, но и выступают основными и реальными элементами содержания всего многообразия правоприменительного творчества. Рассмотрим общую модель формирования правоприменительной практики.

**Прецедент толкования** как особое понятие известен отечественному правоведению достаточно давно и получил свое обоснование в работах С.И. Вильнянского, В.И. Каминской и А.А. Пионтковского<sup>1</sup>. Однако впервые наиболее четко понятие прецедента толкования правовой нормы было сформулировано А.Б. Венгеровым. Далее в рамках изучения проблемы официального толкования права вообще и природы актов официального толкования в частности эта идея была подхвачена и творчески развита в работах Н.Н. Вопленко.

По мнению А.Б. Венгерова, прецеденты толкования правовой нормы содержатся в мотивировочной части постановлений и определений высших судебных органов, вынесенных по принципиальным конкретным делам; они связаны с разъяснением уже существующей нормы права и по сему, в отличие от судебного прецедента в странах англо-саксонской правовой семьи, не ведут к созданию новой нормы права, а связаны с «выработкой определенного, устоявшегося положения о применении нормы права по аналогичным делам»<sup>2</sup>. Включение прецедента толкования в процесс правового регулирования происходит из-за того, что единожды выработанное положение о толковании и применении нормы права «становится общеизвестным, учитывается судами при разрешении уголовных и гражданских дел, способствует улучшению судебной деятельности»<sup>3</sup>. А.Б. Венгеров особо подчеркивает, что прецедент толкования несводим к каждому случаю официального казуально-

---

<sup>1</sup> См.: Вильнянский С.И. К вопросу об источнике советского права // Проблемы социалистического права. М., 1939. № 4/5; Он же. Значение судебной практики в гражданском праве // Ученые труды ВИЮН. Вып. IX. 1947; Каминская В.И. Роль Верховного Суда СССР в развитии советского социалистического права // Советское государство и право. 1948. № 6; Пионтковский А.А. Вопросы Общей части уголовного права в практике судебно-прокурорских органов. М., 1954.

<sup>2</sup> Венгеров А.Б. Указ. соч. С. 3.

<sup>3</sup> Там же.

го толкования закона высшими судебными инстанциями страны, что в общем-то явление весьма распространенное. Возможность быть именно «прецедентом», примером, образцом и тем самым дополнительным регулятором общественных отношений ему придают следующие признаки: (1) соответствие смыслу толкуемой нормы и основным принципам права, (2) восприятие состоявшегося толкования судебной практикой, т. е. неоднократность применения единожды состоявшегося понимания закона по аналогичным делам, (3) выработка в акте толкования определенного положения по объяснению и применению нормы права — известного принципа, соображения общего характера, опосредующего повторяющиеся, существенные особенности общественных отношений, (4) придание прецеденту толкования внешнего выражения в форме его опубликования<sup>1</sup>. Как верно отметил Н.Н. Вопленко, именно «в силу информационного характера, который придается отдельным правоприменительным актам вышестоящих судов, авторитета суда и убедительности его решения подобные акты казуального толкования учитываются в судебной практике и оказывают общее влияние на процессы применения права»<sup>2</sup>.

При этом, в отличие от А.Б. Венгерова, возражавшего против возможности ссылки в судебном акте по конкретному правоприменительному делу на прежде состоявшийся акт казуального толкования закона прецедентного значения<sup>3</sup>, Н.Н. Вопленко заметил, что «по наиболее сложным юридическим делам вполне оправданно в мотивировочной части судебного решения делать ссылку не только на нормы закона, но и на акты казуального толкования»<sup>4</sup>. По нашему мнению, с учетом динамизма происходящих в России преобразований, отставания законодателя от потребностей социальной практики резко возрастает роль высших судебных инстанций страны в регулировании общественных отношений. Отсюда, думается, судам и арбитражным судам уместно не только законодательно

---

<sup>1</sup> Венгеров А.Б. Указ. соч. С. 6.

<sup>2</sup> Вопленко Н.Н. Официальное толкование норм права. М., 1976. С. 95.

<sup>3</sup> См.: Венгеров А.Б. Указ. соч. С. 5.

<sup>4</sup> Вопленко Н.Н. Указ. соч. С. 95.; см. также: Лазарев В.В. Применение советского права. С. 104.

предоставить право ссылаться на казуальные решения Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ в решениях по конкретным делам, но и наделить Пленумы и Президиумы Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ правом придавать силу руководящих разъяснений опубликованным в «Бюллетене Верховного Суда РФ» и «Вестнике Высшего Арбитражного Суда РФ» судебным постановлениям составов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ и нижестоящих звеньев судебной системы, которые должны быть обязательны для регулирования аналогичных правоприменительных ситуаций. Примечательно, что по данным А.В. Мадыаровой, 54 % опрошенных ею респондентов из числа преподавателей права, судей, прокурорско-следственных работников и адвокатов отметили одинаковое значение влияния руководящих разъяснений и решений по конкретным делам на формирование судебной практики<sup>1</sup>.

В современных исследованиях по праву проблема прецедента толкования освещается в основном через призму дискуссий о возможности легализации в России судебного прецедента как источника права, о соотношении судебного прецедента и судебной практики, через изучение судебного прецедента в его классическом виде в странах англо-саксонской системы права<sup>2</sup>.

Так, современный исследователь данной проблематики П.А. Гук определяет судебный прецедент вообще как «решение, принятое высшим судебным органом по конкретному делу, которое считается обязательным для других судов при рассмотрении аналогичных дел»<sup>3</sup>. Прецедент толкования, по его мнению, представляет собой разновидность судебного прецедента, который по правовому содержанию подразделяется на прецедент толкования, прецедент разъяснения и прецедент с правовой нормой. Таким образом, прецедент толкования — это «судебное решение высшего судебного органа, создавшее наи-

---

<sup>1</sup> См.: Мадыарова А.В. Разъяснения Верховного Суда Российской Федерации в механизме уголовно-правового регулирования. СПб., 2002. С. 384.

<sup>2</sup> См.: Гук П.А. Судебный прецедент как источник права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2002; Загайнова С.К. Судебный прецедент: проблемы правоприменения. М., 2002; Романов А.К. Правовая система Англии: Учеб. пособие. М., 2000.

<sup>3</sup> Гук П.А. Указ. соч. С. 17.

более точную формулировку смысла, содержащегося в законе (норме права) и имеющее обязательную силу»<sup>1</sup>.

Итак, обобщив все высказанные в науке мнения о природе прецедента толкования правовой нормы, можно выделить следующие его основные черты.

**(1) Прецедент толкования является, как правило, результатом казуального толкования подлежащей применению при разрешении конкретного правоприменительного дела правовой нормы** или норм, регулирующих сходные правоотношения, которое делается уполномоченным на разрешение управленческого дела правоприменительным (чаще судебным) органом. Таким образом, прецедент толкования — это продукт правоприменительного толкования, рожденный из него и обусловленный им <sup>2</sup>.

Подчеркнем, что прецедент толкования складывается побочно основной деятельности правоприменительного органа. Например, у суда при разрешении конкретного дела нет задачи создать прецедент толкования. Более того, данный прецедент создается, как правило, попутно, спонтанно и осознание «прецедентности» единожды состоявшегося казуального толкования закона правоприменительным органом происходит несколько позднее: во-первых, после одобрения (оставления в силе) вынесенного по делу решения вышестоящими кассационной и надзорной судебными инстанциями, если прецедент толкования первично содержался в решении суда первой инстанции; во-вторых, после обсуждения и закрепления прецедента толкования, доведения его до сведения и своего рода «популяризации» в ведомственных средствах массовой информации — отраслевых сборниках, инструктивных письмах, журналах, обзорах, справках и обобщениях и проч.

Классическим примером прецедента толкования может быть описанная в литературе А.В. Наумовым ситуация понимания момента окончания уголовно-наказуемого хищения <sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Гук П.А. Указ. соч. С. 22.

<sup>2</sup> См., например: Гаврилов Д.А. Указ. автореф. дис. С. 19—20.

<sup>3</sup> См.: Наумов А. Судебный прецедент как источник уголовного права. С. 8—11.; Он же. Российское уголовное право. Общая часть. С. 108—109.

До 1972 года доктрина и судебная практика Верховного Суда РФ стояли на позиции, что хищение считается оконченным с момента фактического завладения виновным чужим имуществом. Однако после рассмотрения конкретного дела момент окончания хищения стал пониматься иначе.

С. с целью хищения пряжи проник на территорию комбината по производству сукна, упаковал там шерстью девять мешков, которые выбросил на территорию заводского двора. Через двое суток С. вновь пришел на комбинат, чтобы вынести похищенное, и был задержан. Невский районный народный суд г. Ленинграда квалифицировал действия С. по ч. 3 ст. 89 УК РСФСР — как оконченную кражу государственного имущества в крупном размере. Судебная коллегия по уголовным делам Ленинградского городского суда приговор оставила без изменения. Однако далее Президиум Ленинградского городского суда удовлетворил надзорный протест заместителя Председателя Верховного Суда РСФСР, переквалифицировал действия С. на ст. 15 и ч. 3 ст. 89 УК РСФСР (покушение на кражу государственного имущества в крупном размере) и снизил назначенное по приговору суда наказание.

Таким образом, при рассмотрении конкретного дела в порядке надзора президиум Ленинградского городского суда дал новое толкование момента окончания хищения — хищение (применительно к такой его форме, как кража) считается оконченным в случаях, когда лицо не только завладело чужим имуществом, но и приобрело возможность использовать его по своему усмотрению. Одно же только завладение имуществом образует покушение на хищение, но квалифицироваться как оконченное преступление не может. После вынесения надзорного постановления по уголовному делу выдержки из него, содержащие новое понимание момента окончания хищения, были опубликованы в № 1 «Бюллетеня Верховного Суда РСФСР» за 1972 год. В № 2 того же журнала за 1972 год был опубликован научный комментарий указанного судебного акта, данный криминалистом Г.А. Кригером. Далее новое понимание оконченного хищения было отражено в п. 10 Постановления № 4 Пленума Верховного Суда СССР «О судебной практике по делам о хищении государственного и общественного имущества» от 11 июля 1972 года, в соответствии с которым «хище-



ние следует считать оконченным, если имущество изъято и виновный имеет реальную возможность им распоряжаться по своему усмотрению или пользоваться им»<sup>1</sup>. Тем самым единичный судебный акт, вынесенный надзорной инстанцией по конкретному делу, фактически приобрел официальное значение. В настоящее время и доктрина, и судебная практика, и действующее российское уголовное законодательство (применение 1 к ст. 158 Особенной части УК РФ) стоят на позиции понимания «оконченности» хищения с момента появления реальной возможности у виновного распорядиться этим имуществом как своим собственным или использовать его.

Здесь нужно сделать оговорку о том, что **прецедент толкования**, хотя и редко, но **иногда может быть и результатом официального нормативного толкования закона**<sup>2</sup>, которое дается высшими судебными инстанциями РФ. Это происходит из того, что в соответствии с ч. 1 ст. 56 Закона РСФСР «О судостроительстве РСФСР» (с последующими изменениями и дополнениями)<sup>3</sup> Верховный Суд РФ в числе прочего занимается изучением и обобщением судебной практики и дает руководящие разъяснения судам по вопросам применения законодательства РФ, возникающим при рассмотрении судебных дел. Руководящие разъяснения Пленума Верховного Суда РФ обязательны для судов, других органов и должностных лиц, применяющих закон, по которому дано разъяснение. Обязательность руководящих разъяснений, во-первых, следует из прямого указания ст. 56 Закона РСФСР «О судостроительстве РСФСР», а также из

---

<sup>1</sup> Сборник действующих постановлений Пленумов Верховных Судов СССР, РСФСР и Российской Федерации по уголовным делам с комментариями и пояснениями / Отв. ред. В.И. Радченко. М., 1999. С. 252—260.

<sup>2</sup> Отсюда не в полной мере можно согласиться с категоризмом Д.А. Гаврилова, утверждающего, что прецедент толкования, как особый продукт правоприменительного толкования, всегда возникает при рассмотрении и разрешении одного юридического дела (см.: Гаврилов Д.А. Указ. автореф. дис. С. 8.). Он несколько противоречит сам себе, замечая, что «*правоприменительным толкованием следует называть такую интерпретацию смысла правовых норм, которая осуществляется либо непосредственно в процессе правоприменения по конкретному делу, либо с целью обслуживания правоприменительных процессов*». (Там же. С. 13).

<sup>3</sup> См.: Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1981. № 28. Ст. 976; Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1992. № 27. Ст. 1560; Ведомости Съезда народных

закрепления в тексте данного Закона обязанности Верховного Суда РФ осуществлять контроль за выполнением судами РФ руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда РФ.

Казалось бы, Верховный Суд РФ должен давать обязательные для нижестоящих судов разъяснения только на основании обобщения данных судебной статистики и данных судебной практики по конкретной категории дел. Вместе с тем иногда Верховный Суд РФ «пытается» прогнозировать или направлять в то или иное русло судебную практику и тем самым менять сложившиеся линии, тенденции, направления судебной деятельности, давая руководящие разъяснения, содержащие прецеденты толкования закона, абсолютно не совместимые с реалиями конкретного казуального судебного правоприменения.

До принятия нового УПК РФ и введения его в действие в большей своей части с 1 июля 2002 г. действовал старый УПК РСФСР 1960 г., который предусматривал возможность направления судом уголовного дела для производства дополнительного расследования. Такое направление осуществлялось судами как в стадии судебного разбирательства, так и в стадии решения вопроса о назначении судебного заседания<sup>1</sup>. В связи с тем, что институт доследования существенно «подкорректировался» Постановлением № 7-П Конституционного Суда РФ от 20 апреля 1999 г.<sup>2</sup>, возникла необходимость в даче новых руководящих разъяснений Пленумом Верховного Суда РФ.

В соответствии с п.5 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 8 декабря 1999 г. № 84 «О практике применения судами законодательства, регламентирующего направление уголовных дел для дополнительного расследования»<sup>3</sup> судам пред-

---

депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1992. № 30. Ст. 1794; Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1993. № 33. Ст. 1313; Собрание законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3300; Собрание законодательства РФ. 1999. № 1. Ст. 5; Собрание законодательства РФ. 2000. № 2. Ст. 158; Собрание законодательства РФ. 2002. № 30. Ст. 3033.

<sup>1</sup> Такое полномочие суда предусматривалось ст. 232 главы 20 УПК РСФСР, именовавшейся «Полномочия судьи до судебного разбирательства дела и подготовительные действия к судебному заседанию».

<sup>2</sup> Российская газета. 1993. 27 апр.

<sup>3</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2000. № 2. С. 2—4.

писывалось проводить судебные заседания и в тех случаях, когда ходатайство о возвращении дела для дополнительного расследования по основаниям п.п. 1, 3 и 4 ч. 1 ст. 232 УПК РСФСР<sup>1</sup> поступило на стадии назначения судебного заседания. При этом в п. 5 данного Постановления участники уголовного судопроизводства именовались «сторонами», а правовая возможность рассмотрения ходатайства о направлении дела для производства дополнительного расследования на данной стадии в форме судебного заседания, с участием «сторон» (т. е. на той стадии, где судья единолично в силу прямого указания ст.ст. 221—223<sup>1</sup>, 228—230, 232 УПК РСФСР разрешал все вопросы по поступившему в суд уголовному делу) обосновывалась *возможностью применения ст. 432 УПК РСФСР по аналогии*. Статья же 432 УПК РСФСР регулировала порядок предварительного слушания дела, подлежащего рассмотрению судом присяжных.

Надо отметить, что анкетирование 103 адвокатов и 67 судей районных судов г. Волгограда и Волгоградского областного суда, а также выборочное произвольное изучение 100 рассмотренных Волгоградским областным судом и районными судами Волгоградской области в период всего 2000 г. уголовных дел показало, что практика отторгла рекомендацию п. 5 Постановления № 84 Пленума Верховного Суда РФ от 8 декабря 1999 г. Более того, опрошенные судьи, квалификация которых достаточно высока и которые назначены на должность без ограничения срока полномочий, показали незнание п. 5 названного Постановления, хотя при этом они довольно свободно ориентировались по остальной части его текста.

(2) По мнению А.Б. Венгерова и П.А. Гука, прецедент толкования есть вынесенное по конкретному делу правоохрани-

---

<sup>1</sup> Имеются в виду такие основания направления дела для дополнительного расследования, как неполнота произведенного дознания или предварительного следствия, которая не может быть восполнена в судебном заседании (п. 1 ч. 1 ст. 232 УПК РСФСР), наличие оснований для предъявления обвиняемому другого обвинения, связанного с ранее предъявленными, либо для изменения обвинения на более тяжкое или существенно отличающееся по фактическим обстоятельствам от обвинения, содержащегося в обвинительном заключении (п. 3 ч. 1 ст. 232 УПК РСФСР), наличие оснований для привлечения к уголовной ответственности по данному делу других лиц при невозможности выделить о них материалы дела (п. 4 ч. 1 ст. 232 УПК РСФСР).

менительное (чаще судебное) решение, *создавшее наиболее точную формулировку смысла, содержащегося в законе* (норме права)<sup>1</sup>. Несколько более категоричен в определении «целевого назначения» прецедента толкования В.Н. Карташов. Он не отрицает за прецедентом толкования значения самостоятельного элемента правоприменительной практики, почему и предостерегает от смешения правоположений с прецедентами толкования правовой нормы. Если правоположения — это обобщенные образцы правильного и целесообразного применения, которые всегда вносят новизну в процесс правового регулирования общественных отношений, то прецеденты толкования служат только «образцом точного и единообразного разъяснения юридических актов»<sup>2</sup>.

Как нам представляется, если бы это действительно всегда было так, то прецедент толкования создавался бы на базе существующих в праве т.н. «оценочных понятий» или в связи с необходимостью исправления «огрехов» законодательной техники, которые объективно на момент принятия нормативного акта не могут быть определены с достаточной полнотой и точностью, почему законодатель фиксирует в тексте закона только наиболее общие признаки, свойства, качества, связи и отношения определяемого явления<sup>3</sup>. При создании прецедента толкования в таком случае, во-первых, действительно констатировалась бы неудачность имеющегося в распоряжении правоприменителя прежде сложившегося толкования оценочного понятия, выражающаяся в том, что ранее уполномоченному на нормативное толкование правоприменительному органу или же в ходе казуального толкования закона по одной категории дел, не удалось выявить действительную волю законодателя.

---

<sup>1</sup> См.: Венгеров А.Б. Указ. статья. С. 3; Гук П.А. Указ. автореф. дис. С. 20.

<sup>2</sup> См.: Карташов В.Н. Правоположения: природа, место и роль в правовосполнительном процессе // Актуальные проблемы юридического процесса в общенародном государстве. Ярославль, 1980. С. 44; Он же. Введение в общую теорию правовой системы общества. Ч. 4: Интерпретационная юридическая практика: Текст лекций. Ярославль, 1998. С. 38.

<sup>3</sup> См., например: Бормотова И.А. Оценочные понятия в праве // VI Межвузовская конференция студентов и молодых ученых г. Волгограда и Волгоградской области, г. Волгоград, 13—16 ноября 2001 г. Вып. 2: Право и юриспруденция: Тез. докл. / ВолГУ. Волгоград, 2002. С. 113.

Во-вторых, создание прецедента толкования не требовало бы сколько-нибудь значительных интеллектуально-волевых усилий со стороны органа или должностного лица, применяющего право. Отыскание точного смысла закона было бы вполне возможно путем использования простых приемов толкования, не требующих значительных усилий интерпретатора и мобилизации его творческих потенций. И, действительно, так оно чаще всего и происходит в «правоприменительной действительности».

Однако необходимо отметить, что реже, но все же **прецедент толкования содержит в себе и значительную долю новизны**, тем самым ему «становится тесно» только в рамках «буквального смысла закона», а тем более с учетом того, что этот точный смысл закона со временем превращается в тормоз развития юридической практики. В таких прецедентах толкования доля правотворческого элемента значительно повышается, а индивидуальное регулирование значительно совершенствуется. Рождаются такого рода прецеденты толкования в сложных правоприменительных ситуациях, в которых трудность их разрешения состоит не столько в конкретизации оценочных понятий, а сколько в адаптации устаревших норм традиционных юридических источников к динамике быстро меняющейся общественной жизни. Заметим также, что при конкретизации оценочных понятий, а равно исправлении явных ошибок и описок законодательного текста, иных дефектов законодательной техники, прецедент толкования создается в результате использования «обычных» приемов толкования права. Напротив, при толковании, когда фактически создается новая норма права, т. е. при толковании, обладающем большей долей нормативности, необходимо задействовать и в количественном, и в качественном отношении гораздо больший арсенал правовых средств создания «протонормы», или нетрадиционного источника.

В первом случае прецедент толкования — это действительно наиболее оригинальный вариант познания точного смысла законодательной воли, который по разным причинам (поспешность принятия, неквалифицированность вспомогательно-технического персонала аппарата органа представительной власти и т. д.) не получил адекватного закрепления в законодательном тексте. Как писал Е.В. Васьковский, «если в каком-либо случае доказано, что законодатель выразился неправильно»

но или неточно, то действительная его мысль должна иметь преимущество перед словами, которые передают ее неверно»<sup>1</sup>. Данная проблема, по мысли Е.В. Васьковского, преодолевается толкованием в тесном смысле слова, или изъяснением, с которой прекрасно может справиться и филолог. Однако существует и второй вид толкования, который вызывается к жизни ограниченностью количества юридических норм, которыми невозможно бывает охватить все многообразие реальной человеческой действительности. Отсюда для правового опосредствования значение регулятора приобретают и те логические выводы из норм, «если только ... они сделаны правильно»<sup>2</sup>. Е.В. Васьковский называет данный вид толкования *логическим развитием правовых норм* и, характеризуя его, пишет: «Интерпретатор-юрист, ... должен ... постоянно переходить за пределы того мира идей, под влиянием которого действовал законодатель, и распространять юридические нормы на такие явления, о которых тот не думал или даже не мог думать»<sup>3</sup>.

В первом виде создание прецедента толкования исчерпывается только простым филологическим толкованием одной или нескольких норм, т. е. уяснением семантики использованных при их написании речевых единиц и т. п. Нормативное значение такого толкования и тем самым такое же значение и рождаемых им прецедентов присутствует, но оно не так велико, значимо и принципиально для практики, как при т. н. «логическом толковании», оно сопоставимо с подзаконным право-конкретизирующим нормотворчеством, которое, конечно, упорядочивает, структурирует правовое регулирование, но не обновляет его.

Во втором же случае правовые нормы толкуются путем сопоставления их в системной взаимосвязи друг с другом, путем уяснения смысла содержащихся в них понятий, посредством уяснения воли законодателя на момент принятия нормы с помощью познания социально-экономической, политической, культурной ситуации, имевшей место на момент приня-

---

<sup>1</sup> Васьковский Е.В. Цивилистическая методология: Учение о толковании и применении гражданских законов. М., 2002. С. 87.

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> Там же. С. 88.

тия нормы, а равно с помощью выяснения запросов общественной практики и потребностей государственного строительства на момент применения нормы<sup>1</sup>. Тем самым во втором случае используется большее число известных юриспруденции приемов толкования права и значительное количество интеллектуально-волевых затрат юриста-интерпретатора<sup>2</sup>. Бесспорно, во втором случае прецедент толкования будет обладать абсолютным правотворческим значением не в силу оригинальности изложения познанной государственной воли, существовавшей на момент принятия нормы, а в силу оригинальности адекватного изложения в интерпретационном акте государственной воли, существующей на момент применения нормы.

З. и Е. принадлежало на праве общей (долевой) собственности частное домовладение с закреплением соответственно по ... 3/4 (у З.) и 1/4 (у Е.) доли в праве собственности. З. обратилась в суд с иском к Е. о принудительном отобрании принадлежащей ему доли в праве собственности на домовладение с заменой данной доли денежной компенсацией, указывая на низкую заинтересованность Е. в использовании данной доли, а также на невозможность ее выдела в натуре. Е. обратился в суд со встречным иском к З. о разделе спорного домовладения в натуре сообразно долям его сособственников. Решением суда в удовлетворении иска З. к Е. отказано; встречный иск Е. к З. удовлетворен и постановлено произвести раздел жилого дома и хозяйственных построек в натуре согласно долям сособственников и определить порядок пользования земельным участком. Сообразно сложившейся практике в основу решения положены выводы заключения эксперта-строителя, указавшего на принципиальную возможность раздела домовладения по долям его сособственников. Отменяя решение суда 1-ой инстанции, СК по гражданским делам Волгоградского облсуда в своем определении дала новое толкование ст. 252 ГК РФ<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> О способах толкования правовых норм подробнее см.: Вопленко Н.Н. Следственная деятельность и толкование права: Учеб. пособие. Волгоград, 1978. С. 15—32.

<sup>2</sup> Такое толкование «несет в себе элемент нестандартного умозаключения, нового в старом, логичного в нелогичном, предельного в кажущемся беспредельным» (Соцура Л.В. Неофициальное толкование норм права: Учеб. пособие. М., 2000. С. 67).

<sup>3</sup> Статья 252 ГК РФ «Раздел имущества, находящегося в долевой собственности, и выдел из него доли».

и указала, что сама возможность раздела должна поставляться в зависимость от соблюдения условия недопущения причинения несоразмерно ущерба имуществу. Наличие же технической возможности раздела еще не означает, что названное в ст. 252 ГК РФ условие будет соблюдено. Оно будет соблюдено, если, помимо технической возможности раздела дома, у заинтересованного собственника имеются достаточные для производства такого раздела денежные средства, соответствующая квалификация и навыки для производства связанных с разделом строительно-технических работ, если указанная в заключении эксперта возможность раздела не носит условный характер — например, не увязывается с предварительным проведением каких-либо иных работ (по укреплению дома, предупреждению его обрушения, порчи) и т. п.<sup>1</sup>

Думается, в данном случае 2-я инстанция адекватно отыскала и разъяснила государственную волю, содержащуюся в положениях ст. 252 ГК РФ. Тогда как прежде сложившаяся практика применения ст. 252 ГК РФ (ст. 121 ГК РСФСР) и, в частности, практика интерпретации условия «отсутствия несоразмерно ущерба хозяйственному назначению имущества», имеющего значение юридического факта при реальном разделе общего имущества (выдела из него доли), была неверной и несколько однобокой.

Вместе с тем едва ли можно говорить о действительном отыскании государственной воли, существовавшей на момент принятия правовой нормы, в следующем примере.

При буквальном истолковании ст. 117 УК РСФСР до 1 января 1997 г.<sup>2</sup> за насильственное удовлетворение половой страсти преступник мог понести уголовную ответственность только по фактически наступившим последствиям — за умышленное причинение тяжких (ч. 1 ст. 108 УК РСФСР), менее тяжких (ст. 109 УК РСФСР), легких телесных повреждений или побоев (ст. 112 УК РСФСР), за угрозу убийством, нанесения тяжких телесных повреждений (ст. 207 УК РСФСР) и т. д. В случае же совершения противоестественного полового контакта с использованием беспомощного состояния потерпевшей уголовная ответственность для

---

<sup>1</sup> Гражданское дело № 2-512/02. Архив Ворошиловского районного суда г. Волгограда.

<sup>2</sup> Введение в действие УК РФ 1996 г.



субъекта таких действий могла и вовсе не наступить. Именно поэтому в 1960-х г.г. XX в. наблюдался некоторый разнобой в судебно-следственной практике — встречались случаи квалификации такого рода насильственных «половых актов» по статьям УК РСФСР об ответственности за злостное хулиганство, сопряженное с особой дерзостью и исключительным цинизмом<sup>1</sup>, иногда по совокупности со статьями об ответственности за умышленное причинение телесных повреждений той или иной степени тяжести. В любом случае любая предложенная практикой квалификация не могла быть признана удовлетворительной, поскольку речь шла о применении по аналогии к ситуациям совершения насильственных половых актов не путем полового сношения существующих в УК РСФСР уголовно-правовых запретов (ст.ст. 117, 206 УК РСФСР и проч.), что недопустимо в сфере действия уголовно-правовых норм и противоречит принципу «нет преступления без указания на то в законе». Ущербность сложившейся ситуации обсуждалась на Пленуме Верховного Суда РСФСР в августе 1967 г., когда судьями Верховного Суда РСФСР предлагалось восполнить обнаруженный пробел в законодательном порядке. Однако данный пробел до принятия УК РФ 1996 г. восполнен не был, а практика была несколько унифицирована после рассмотрения Верховным Судом СССР и РСФСР в порядке надзора ряда уголовных дел. Так, в постановлении по делу М. Пленум Верховного Суда СССР отметил, что насильственный половой акт с женщиной в извращенной форме подлежит квалификации по ст. 117 УК РСФСР<sup>2</sup>. Иначе говоря, половое сношение в медицинском смысле стало несколько отлично от аналогичного понятия в юридическом смысле, что позволило несколько «расширить» сферу действия ст. 117 УК РСФСР.

---

<sup>1</sup> Рекомендации о таком варианте квалификации встречались вплоть до последних лет действия УК РСФСР 1960 г. Например, И.Я. Козаченко в соответствующем разделе Комментария к УК РСФСР писал в 1994 г., что «подобные действия следует рассматривать (в зависимости от конкретных обстоятельств) как оскорбление действием или хулиганство» (Уголовный кодекс Российской Федерации: Науч.-практ. коммент. / Под ред. Л.Л. Кругликова и Э.С. Тенчова. Ярославль, 1994. С. 345).

<sup>2</sup> См.: Даниэльбек Б.В. Половые извращения и уголовная ответственность: Учеб. пособие. Волгоград, 1972. С. 40; Комментарий к Уголовному кодексу РСФСР. М., 1992. С. 321.

Едва ли в приведенном примере Верховный Суд СССР отыскал по конкретному делу буквальный смысл установленного в ст. 117 УК РСФСР запрета. Более того, запрет на совершение изнасилования, само понятие изнасилования излагались в тексте закона достаточно четко, не вызывали каких-либо затруднений в правоприменительной практике и в принципе не требовали истолкования. В данном случае посредством создания ряда прецедентов толкования ст. 117 УК РСФСР был преодолен пробел криминализации ряда социально вредных деяний, посягающих на половую свободу личности, вызванный нерасторопностью высших представительных органов власти СССР и РСФСР. Причем данный пробел обнаружился уже после принятия и длительного срока применения УК РСФСР 1960 г., когда противоестественные половые акты получили значительное распространение. Тем самым их криминализация стала необходимой после принятия УК РСФСР, а на стадии его разработки и принятия потребность в такой криминализации отсутствовала. Вот почему не представляется возможным говорить в таком случае о том, что в результате создания прецедента толкования происходила наиболее адекватная, удачная и правильная «расшифровка» государственной воли на момент принятия уголовного закона. Напротив, при адекватном истолковании государственной воли, правильном филологическом (лингво-стилистическом) истолковании ст. 117 УК РСФСР во взаимосвязи с принципом «нет преступления без указания на то в законе» криминализация насильственного удовлетворения половой страсти в извращенной форме путем применения ст. 117 УК РСФСР по аналогии была бы просто невозможной.

Отсюда **прецедент толкования** — это как наиболее точное понимание правоприменителем государственной воли, не получившей буквального (правильного, адекватного) отражения в словесном изложении текста нормативного акта, так иногда и **наиболее правильная интерпретация государственной воли, ее приспособление к имеющимся в наличии у правоприменителя правовым нормам в традиционных юридических источниках права, на момент разрешения конкретной правоприменительной ситуации**. Поэтому неверно замыкать прецедент толкования «ориентацией на логические проблемы содержания того или иного

закона, на его отдельные аспекты, на процедуру запроса и т. д.»<sup>1</sup>. Как правильно замечено В.В. Кошелевой, «в процессе интерпретации должна учитываться воля законодателя и цели, которые им ставились, при этом *ее абсолютизация является недопустимой* (выделено нами. — *Н. В. и А. Р.*)... В процессе развития общества эти намерения могут утрачивать силу...»<sup>2</sup>, тогда как правоприменитель всегда связан конкретными условиями современного уровня социально-экономического, политического, исторического и духовного развития общества.

Следует сказать, что в литературе встречается заслуживающее внимания мнение, состоящее в том, что якобы познаваемая при интерпретации неясной нормы государственная воля на самом деле в большинстве случаев такой интерпретации есть не существующая в действительности абстракция. А.К. Соболева, например, в этой связи обращает внимание на следующие трудности с отысканием «действительной государственной воли»: невозможность определения субъекта, которого следует считать законодателем, так как к процессу создания нормы, помимо собственно представительных (законодательных) органов власти, также причастны и все субъекты законодательной инициативы, технический персонал (например, группа ученых, которым был заказан законопроект до внесения его в Парламент РФ) и т. д.; ситуации, когда истинные намерения законодателей расходятся с официально озвученными ими целями<sup>3</sup>. В связи с этим можно сказать, что **в некоторых случаях применяющие право органы и их должностные лица при интерпретации норм руководствуются «своими собственными представлениями о справедливости и равенстве, выдавая их за намерение законодателя»**<sup>4</sup>.

(3) Как справедливо указано А.Б. Венгеровым, П.А. Гуком и С.Н. Братусем, обязательным признаком прецедента толкования,

---

<sup>1</sup> Венгеров А.Б. Теория государства и права: Учебник для юридических вузов. С. 353.

<sup>2</sup> Кошелева В.В. Акты судебного толкования правовых норм: Вопросы теории и практики: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1999. С. 23.

<sup>3</sup> См.: Соболева А.К. Топическая юриспруденция. М., 2001. С. 127—130.

<sup>4</sup> Там же. С. 130. Отсюда мы не можем согласиться с безапелляционностью суждения А.Б. Венгерова о том, что необходимое условие для превращения решения по конкретному делу в прецедент толкования — это «толкование в рамках закона, соответствие такого толкования смыслу закона, его требованиям, учет

раскрывающим информационный характер прецедента, является его опубликование. Только таким способом, как считают данные авторы, прецедент толкования получает внешнее выражение<sup>1</sup>.

Действительно, **прецедент толкования только тогда становится нетрадиционным источником права и тем самым регулятором общественных отношений, когда ему придано свойство публичности.** И действительно, любой источник в рассматриваемом значении может быть таковым только после ознакомления с его содержанием. Вместе с тем данное ознакомление происходит не всегда в силу опубликования содержащего прецедент казуального судебного постановления в Бюллетене Верховного Суда РФ или же в материалах судебной практики. Существуют и иные формы «узнавания» о состоявшемся прецеденте толкования правовой нормы. Заметим только, что от формы распространения прецедента толкования зависит степень его регулятивных потенций в сфере правоприменительной деятельности. Авторы считают возможным выделить следующие формы распространения прецедента толкования:

а) рассылка казуальных решений кассационных и надзорных судебных инстанций в нижестоящие суды для использования сделанных в них суждений о смысле закона в сходных правовых ситуациях. Так, например, при рассмотрении в кассационном порядке уголовного дела по обвинению К. в совершении ряда особо тяжких преступлений, Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ при опровержении доводов стороны защиты пришла к выводу о возможности оглашения в судебном заседании полученных в стадии предварительного расследования показаний не явившихся в судебное заседание свидетелей<sup>2</sup>. Напротив, защитой в кассационной жалобе со ссылкой на ст. 281 УПК РФ утверждалось, что оглашение показаний потерпевшего и свидетеля, ранее данных при производстве предварительного расследования или судебного разбирательства, возможно во всех указанных в п.п. 1, 2 ч. 1 данной статьи случаях при безусловном согласии всех сторон

---

при толковании основных принципов права» (Венгеров А.Б. О прецеденте толкования правовой нормы. С. 6).

<sup>1</sup> См.: Венгеров А.Б. Указ. соч. С. 6; Судебная практика в советской правовой системе. С. 62; Гук П.А. Указ. автореф. дис. С. 18.

<sup>2</sup> Уголовное дело № 16-002-81. Архив Волгоградского областного суда.

уголовного судопроизводства. Отвергая данный довод защиты, Судебная коллегия указала, что условие о согласии всех сторон на оглашении показаний свидетелей и потерпевших должно выдерживаться в ситуации оглашения этих показаний по инициативе суда. В остальных случаях данное условие противоречит Конституции РФ, а именно принципу состязательности сторон уголовного правосудия, ибо стесняет право стороны (в рассматриваемом случае речь шла о стороне обвинения) на участие в процессе доказывания. Кассационное определение Судебной коллегии с препроводительным письмом заместителя председателя Волгоградского областного суда было разослано в районные и городские суды г. Волгограда и Волгоградской области с недвусмысленным указанием на непосредственное применение данного Верховным Судом РФ толкования ст. 281 УПК РФ в практике разрешения уголовных дел<sup>1</sup>;

б) познание прецедента толкования из межличностного общения судей, иных лиц, уполномоченных на применение права на совещаниях, семинарах, симпозиумах, а равно из личного знакомства.

Так, в деятельности судебно-следственных органов возникла трудность с пониманием того, будет ли лицо считаться ранее судимым, если оно совершило преступление в период течения испытательного срока при постановлении условного осуждения по первому приговору суда в ситуации, когда за второе преступление, совершенное в период испытательного срока, лицо осуждается уже по истечении названного срока. В п. 5 ст. 74 УК РФ указывается на необходимость отмены условного осуждения в случае совершения условно осужденным в течении испытательного срока умышленного преступления средней тяжести, а равно тяжкого или особо тяжкого преступления и назначения наказания за оба совершенных преступления по совокупности при-

---

<sup>1</sup> Данное кассационное определение, содержащаяся в нем весьма вольная интерпретация ст.281 УПК РФ вызвали возмущение научной и практикующей юридической общественности. Аккумулированный в кассационном определении по делу по обвинению К. прецедент толкования ст. 281 УПК РФ являлся лишь средством упрощения процедуры уголовно-процессуального доказывания вины обвиняемого в совершении уголовного преступления лица (для стороны обвинения) и средством адаптации нового УПК РФ к сложившейся в нашей стране годами репрессивной практике уголовного правосудия.

говоров (ст. 70 УК РФ). Из буквального смысла п. 5 ст. 74 УК РФ напрашивается вывод, что условное осуждение отменяется, во-первых, тем судом, который рассматривает дело по обвинению лица в совершении второго преступления, а во-вторых, тогда, когда судебное разбирательство по «второму» уголовному делу осуществляется в период течения испытательного срока за первое преступление. Однако реалии уголовного правоприменения таковы, что почти никогда рассмотрение уголовного дела по обвинению лица в преступлении, совершенном в период испытательного срока за первое преступление, не происходит в период этого испытательного срока. Возникает вопрос о том, является ли лицо в таких случаях судимым при судебном разбирательстве уголовного дела за «второе» преступление, надо ли отменять условное осуждение и можно ли вообще о нем говорить (ст. 74 УК РФ), нужно ли назначать наказание по совокупности приговоров (ст. 70 УК РФ) и по правилам о рецидиве преступлений (ст. 68 УК РФ).

Выборочное изучение материалов 100 уголовных дел, находившихся в производстве судов общей юрисдикции Волгограда, г.Волжского Волгоградской области и Волгоградского областного суда, показало, что в период первого полугодия 1997 г. судебная практика по данному вопросу была нестабильна. Однако затем судебная практика унифицировалась и стала считать ранее судимыми тех лиц, которые совершили преступления в период испытательного срока, независимо от времени рассмотрения уголовного дела за последующие преступления. Между тем при проведении интервьюирования выявился следующий случай. При рассмотрении по первой инстанции уголовного дела по обвинению Н. в совершении ряда особо тяжких преступлений судебная коллегия по уголовным делам Волгоградского облсуда не согласилась с мнением государственного обвинителя о необходимости назначения Н. наказания по ч. 2 ст. 105 УК РФ с применением ст. 68 УК РФ (рецидив преступлений), мотивировавшего свою позицию тем, что убийство гражданина Л. было совершено Н. в период течения испытательного срока его прежнего условного осуждения за вымогательство по п.п. «а», «в» ч. 2 ст. 163 УК РФ. Отвергая данный довод стороны обвинения, суд в приговоре указал, что к моменту рассмотрения дела испытательный срок истек и Н. над-

лежит считать ранее не судимым. Позиция суда обосновывалась п.«а» ч. 3 ст. 86 УК РФ, в соответствии с которой судимость погашается в отношении лиц, условно осужденных, по истечении испытательного срока. В УК РФ в отличие от УК РСФСР отсутствует положение, в соответствии с которым течение судимости прерывается совершением нового преступления. Поэтому судимость Н. за ранее совершенное преступление погашена, почему нет оснований для применения ч. 5 ст. 74 УК РФ при вынесении приговора. С таким выводом суда согласилась Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ, оставившая постановленный по делу приговор без изменения<sup>1</sup>.

Подобная позиция суда, подкрепленная и авторитетным мнением судей Верховного Суда РФ, вызвала оживленную дискуссию среди членов судебной коллегии по уголовным делам Волгоградского облсуда и закончилась констатацией необходимости изменения существующей в регионе судебной практики;

в) производство местных обзоров судами и иными органами применения права сложившейся судебной (иной правоприменительной) практики с отражением результатов таких обзоров в справках, обобщениях, информационных письмах, доводимых до сведения должностных лиц путем их рассылок;

г) как установлено в ходе интервьюирования судей, следователей, работников прокуратуры, прецеденты толкования могут доводиться до их сведения в процессе повышения квалификации в вышестоящих звеньях той или иной системы органов государственной власти: например, при обучении судей районных судов судьями Волгоградского областного суда, а равно при обучении следователей районных и городских прокуратур в СУ прокуратуры Волгоградской области и т. п.

Заметим, однако, что наиболее авторитетными являются, во-первых, прецеденты толкования судебных органов, поскольку в соответствии со ст. 46 Конституции РФ только суд уполномочен разрешить любую конфликтную ситуацию в сфере правового регулирования, а во-вторых, авторитетны те из них, которые даны Верховным Судом РФ либо в постановлениях Пленума, либо при рассмотрении конкретных дел.

---

<sup>1</sup> Уголовное дело № 2-83/02. Архив Волгоградского областного суда.

(4) В литературе встречается мнение, что прецедент толкования содержится в судебных постановлениях по проверке уже вынесенных по первой инстанции решений, приговоров, определений и др. в кассационном и надзорном порядке. Едва ли такая точка зрения в полной мере отвечает потребностям правоприменительной практики.

Действительно, если судебный акт отменяется или изменяется вышестоящими судебными инстанциями и при этом причиной отмены (изменения) выступает, помимо процессуальных вопросов, также и неверное применение материального закона, включающее в себя неправильное его истолкование, то суд второй инстанции обязан дать свое собственное истолкование закона<sup>1</sup>. В этом случае прецедент толкования действительно рождается в результате кассационного или надзорного производства. Однако вынесенный по делу судом первой инстанции судебный акт может быть оставлен в силе кассационной или надзорной судебной инстанцией. Крайне редко в таких случаях вышестоящие судебные инстанции дают более развернутое и мотивированное толкование уже примененного материального закона. Как правило, ими констатируется согласие с толкованием, произведенным судом первой инстанции. Отсюда прецедент толкования аккумулируется в акте суда первой инстанции, а его последующее «утверждение» лишь придает ему свойства прецедентности, основанной на публичности, истинности, значимости, убедительности и авторитетности<sup>2</sup>.

Так, например, в районных судах г. Волгограда получила распространение практика признания права собственности на жилые дома, выстроенные после Великой Отечественной войны вернувшимися на места своего проживания гражданами. Данные дома строились без оформления земельной и строительнотехнической документации, поэтому у наследников жителей военного и послевоенного Сталинграда возникли в настоящее время трудности с узаконением своих прав на данные объекты недвижимости. Ситуация усугубляется и тем, что данные строе-

---

<sup>1</sup> См., например: Гражданский процесс: Учебник / Под ред. М.С. Шакарян. М., 1993. С. 392.

<sup>2</sup> См.: Рябко А.И. Правосудие и формы права // Юристь-Правоведь. 2000. № 1. С. 39.



ния не соответствуют современным требованиям строительных норм и правил, поскольку строились в 50-х гг. XX в., и, кроме того, выстроены в оползневых и приовражных зонах. При таких данных, с учетом современного регулирования самовольной постройки (ст. 222 ГК РФ), буквальное понимание закона ориентирует суды на отказ в удовлетворении исков о признании права собственности на эти строения. Однако выборочное изучение 100 гражданских дел, рассмотренных районными судами г. Волгограда, г. Волжского Волгоградской области, Волгоградским областным судом, выявило широкое истолкование ст. 222 ГК РФ. Суды первой инстанции при рассмотрении названной категории дел считают достаточным для удовлетворения иска установить факт уплаты налогов на строение и земельного налога, факт наличия домовой книги на строение с регистрацией в нем фактических владельцев, факт неизъятия данного строения в доход государства (ст. 106 ГК РСФСР). Данные решения на 100 % кассационной инстанцией областного суда остаются без изменения. Там же, где случаются «осечки» правоприменения в суде первой инстанции, решения об отказе в иске, напротив, отменяются в кассационном или надзорном порядке. Тем самым прецедент толкования в данном случае содержится именно в решениях районных судов, но свойство юридического источника ему придается именно фактом его оставления в силе вышестоящими судебными инстанциями.

Следует заметить, что даже самое оригинальное и правильное толкование закона, содержащееся только в вынесенном по первой инстанции судебном акте, не может быть прецедентом толкования, если данное решение не прошло проверку в ревизионном порядке по кассационным и надзорным жалобам или протестам. Такая ситуация подтверждает непринципиальность, нераспространенность, низкую значимость и малую массовидность соответствующего вида общественных отношений, что и объясняет некоторую пассивность «проигравшей» дело стороны в реализации права на дальнейшее обжалование судебного или иного правоприменительного акта. Прецедент толкования как нетрадиционный источник права, как и вообще любой другой юридический источник, направлен на регулирование именно широкого круга не безразличных для государства и общества отношений.

Л. обратился в суд с иском к Качинскому высшему военному авиационному училищу летчиков им.А.Ф.Мясникова о взыскании индексации за несвоевременную выплату ему при увольнении с военной службы видов довольствия.

Так, в конкретном случае спорным являлся вопрос о возможности начисления и взыскания индексации на несвоевременно выплаченные военнотружущим виды довольствия при прохождении военной службы по контракту. Такая неопределенность обуславливалась тем, что, согласно ст.ст. 2, 3 Закона РФ «Об индексации денежных доходов и сбережений граждан в РФ» объектом индексации является только заработная плата работников предприятий, учреждений и организаций, а выплачиваемые военнотружущим-контрактникам виды довольствия в качестве объектов индексации в данном Законе РФ не названы. Истолковав в решении п.п. 1, 3 ст. 10 Федерального закона «О статусе военнотружущих»<sup>1</sup> в их взаимосвязи со ст. 81<sup>1</sup> КЗоТ РФ и ст.ст. 2, 3 Закона РСФСР «Об индексации денежных доходов и сбережений граждан в РСФСР»<sup>2</sup>, суд пришел к выводу, что прохождение военной службы по контракту является разновидностью трудовых отношений, а потому к выплачиваемым военнотружущим видам довольствия применимы нормы трудового законодательства об индексации заработной платы<sup>3</sup>.

По делу было вынесено заочное решение об удовлетворении иска Л., которое ни в кассационном, ни в надзорном порядке не обжаловалось и не опротестовывалось. Тем самым, несмотря на всю оригинальность, справедливость и правильность изложенного в решении прецедента толкования, последний источником права не стал. Это объясняется не только его последующим нераспространением, но и тем, что прецедент касался только весьма узкой категории споров военнотружущих, инициированных закрытием в г. Волгограде Качинского училища.

Таким образом, прецедент толкования — это новое понимание правовой нормы, которое содержится во вступивших

---

<sup>1</sup> Российская газета. 1998. 2 июня.

<sup>2</sup> Российская газета. 1991. 12 нояб.

<sup>3</sup> Гражданское дело № 2-2624/98. Архив Ворошиловского районного суда г.Волгограда.

в законную силу, не отмененных и не измененных кассационных и надзорных постановлений судов, а также в принятых по первой инстанции судебных актах, также не отмененных впоследствии вышестоящими судебными инстанциями.

(5) А.Р. Хакимулин отмечает, что «влияние судебных решений на практику применения права осуществляется в силу 1) убедительности, 2) практической полезности...»<sup>1</sup>. По нашему мнению, регулятивные потенции прецедента толкования состоят не только в новизне и востребованности практикой содержащейся в правоприменительном акте интерпретации, но и в убедительности изложения данной интерпретации. Такая убедительность существует, если новая интерпретация правовой нормы: а) укладывается в рамки проводимой государством правоприменительной политики, б) отвечает устоявшимся представлениям общества о справедливости и общечеловеческих ценностях, в) соответствует профессиональному правосознанию судей и иных должностных лиц правоприменительных органов, г) соответствует общим началам и принципам конституционного и иного отраслевого законодательства, д) проста в применении и не требует сколь-нибудь значимых интеллектуально-волевых усилий для должностного лица правоприменительного органа, е) изложена в правоприменительном акте с соблюдением законов формальной логики, стройно, последовательно и в *профессиональном* смысле «красиво».

С учетом всех отмеченных выше признаков, **прецедент толкования есть состоявшийся в деятельности органов применения права случай нормативного или казуального толкования норм российского права, направленный на их конкретизацию или же их новое актуальное понимание и применение с учетом познанной на момент разрешения юридического дела государственной воли, привносящий элемент новизны в правовое регулирование однородных общественных отношений.**

---

<sup>1</sup> Хакимулин А.Р. К вопросу о судебном нормотворчестве // Юридические записки Ярославского государственного университета им. П.Г. Демидова / Под ред. В.Н. Карташова, Л.Л. Кругликова, В.В. Бутнева. Вып. 6. Ярославль, 2002. С. 125.

Вторым важным элементом правоприменительной практики является *прецедент применения правовой нормы*, который логически вытекает из ранее состоявшегося нового, нестандартного толкования нормы, имевшего место в связи с рассмотрением другого дела, совпадающего, однако, в своих существенных признаках (юридически значимые обстоятельства) с делом (делами), содержащим в себе прецедент применения. Иначе говоря, прецедент применения — это относительно распространённый в правоприменительной деятельности прецедент толкования, несколько оторвавшийся от своего творца и носителя. И действительно, если новое, оригинальное толкование закона уже воспринято практикой, вошло в сознание судей (иных должностных лиц, применяющих право), нет нужды всякий раз давать обоснование именно данному варианту толкования правовой нормы.

Так случилось, например, с пониманием изнасилования не только как полового сношения в медицинском смысле, но и как полового сношения в юридическом смысле, когда по ст. 117 УК РСФСР квалифицировались в т.ч. противоестественные половые акты (анальные, оральные и т. п.). Следователи в обвинительных заключениях и судьи в выносимых судебных актах, ограничивались только согласием с ранее данной квалификацией противоестественных вариантов удовлетворения половой страсти, совершенных мужчиной с женщиной по ст. 117 УК РСФСР, не приводя при этом обоснование именно такого понимания полового сношения.

**Итак, прецедент применения правовой нормы — это получившее широкое распространение и признание в практике работы правоприменительных органов (преимущественно судебных) использование ранее состоявшегося прецедента толкования.** Иначе говоря, прецедент применения — это критерий проверки жизнеспособности прецедента толкования и его регулятивных качеств, это вторая диалектическая ступень развития и претворения в «правоприменительной жизни» рожденного практикой прецедента толкования. На первый взгляд прецедент применения — это употребление правовой нормы в контексте ее ранее данного судом истолкования, но уже [употребление] другим

судом в условиях однородной правоприменительной ситуации, совпадающей фактической основы правоприменительного дела. Прецедент применения можно определить и как прецедент толкования, переведенный в разряд *«правотолковательных прецедумпций»*, т. е. предположений, не требующих повторного истолкования при разрешении сходной по фактической стороне правоприменительной ситуации.

Самый видимый показатель регулятивных возможностей прецедента применения правовой нормы — это отрыв от породившего его прецедента толкования, своеобразное «запамятование» его истоков и корней. Такое «забывание» прецедента толкования, из которого вырос прецедент применения, означает, что то или иное понимание закона постепенно становится необходимым элементом профессионального мастерства (реже — профессиональной деформации) должностного лица, уполномоченного на применение права, переходит в разряд правовых установок<sup>1</sup> и на уровне привычного автоматизма определяет готовность правоприменителя действовать определенным образом.

Следует вместе с тем заметить, что было бы упрощением с позиций системно-структурного анализа правоприменительного творчества утверждать, что прецедент применения всегда с необходимостью вырастает из прецедента толкования. По нашему мнению, прецедент применения несколько богаче по своему содержанию и в ряде случаев может выступать изначально первым элементом структуры правоприменительной практики.

Это возможно в следующих случаях.

(1) Согласно сложившемуся в науке мнению, толкование права в диалектическом единстве содержания и формы представляет собой «выражающуюся в особом акте интеллектуально-волевою деятельностью по уяснению и разъяснению смысла норм... права в целях их наиболее правильной реализации»<sup>2</sup>. В идеале правоприменитель-интерпретатор, всякий раз сталкиваясь с нестандартностью фактического состава конфликтного правоотношения, когда есть трудности с выбором и

---

<sup>1</sup> См. подробнее: Вопленко Н.Н. Правосознание и правовая культура. С. 22 и след.

<sup>2</sup> Вопленко Н.Н. Официальное толкование норм права. С. 11.

анализом подлежащего применению материального закона, должен в акте применения права обосновать свой вариант выбора нормы и изложить ее понимание в таком акте, тем самым доведя его до сведения заинтересованных лиц. Однако реально-стью современной юридической практики является чрезвычайная загруженность судей<sup>1</sup> и иных субъектов правоприменения. Отсюда крайне редко встречаются случаи, когда судьи подробно мотивируют свое понимание нормы в судебном акте. Так, выборочное исследование 100 гражданских дел показало, что только в 5 % случаев обосновалось применение материального закона. Интервьюирование вынесших такие решения судей выявило, что в 90 % случаев мотивированные, содержащие толкование закона решения изготовлялись адвокатами, выступившими представителями «победившей» по делу стороны. И все же нельзя и в таких случаях отрицать использование толкования как средства вынесения правосудного решения и разрешения юридического дела. Однако такое толкование является усеченным, ограничивается только уяснением нормы без его разъяснения и отражения в акте официального толкования нормы права, например, судебном решении.

Так, Л. обратился в Ворошиловский райсуд г. Волгограда с иском к К., где просил признать К. утратившей право на жилую площадь и аннулировать ее постоянную регистрацию в спорном домовладении.

В процессе производства по делу представитель Л. просил уточнить круг лиц, участвующих в деле, и привлечь в качестве третьего лица на стороне ответчицы паспортно-визовую службу (ПВС) района. Ходатайство мотивировалось тем, что данное государственное учреждение при положительном исходе дела должно будет испол-

---

<sup>1</sup> На это, в частности, обращает внимание В.Ф. Яковлев, указывая, что суды общей юрисдикции рассматривают за год около 5 миллионов гражданских дел, 2 миллиона административных и более 1 миллиона уголовных дел; арбитражные суды — около 600 тысяч заявлений в год (см.: Интервью с Председателем Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, Председателем совета Исследовательского центра частного права при Президенте Российской Федерации, заведующим кафедрой гражданского права Академии государственной службы при Президенте Российской Федерации, доктором юридических наук, заслуженным юристом России В.Ф. Яковлевым // Законодательство. 2001. № 2. С. 2—3).

нять решение суда в части аннулирования регистрации К. по данному месту жительства. Однако суд рассмотрел дело без участия ПВС и своим решением иск Л. удовлетворил. Судебной коллегией по гражданским делам Волгоградского областного суда решение суда первой инстанции оставлено без изменения. Непривлечение же ПВС к участию в деле второй судебной инстанцией не было использовано в качестве «кассационного повода» к отмене решения суда первой инстанции. Почему такое «непривлечение» не влечет за собой отмены судебного акта, в кассационном определении не объяснялось. Хотя, согласно п. 4 ч. 2 ст. 308 ГПК РСФСР и п. 4 ч. 2 ст. 364 ГПК РФ, непривлечение к участию в деле лица, права и обязанности которого затрагиваются вынесенным по делу решением, является безусловным основанием для отмены решения суда в кассационном и надзорном порядке <sup>1</sup>.

Получается, что на практике сложился своеобразный прецедент применения норм процессуального закона, устанавливающего, что решение подлежит отмене в случае, если суд разрешил вопрос о правах и обязанностях лиц, не привлеченных к участию в деле. Данный прецедент применения конкретизирует п. 4 ч. 2 ст. 308 ГПК РСФСР <sup>2</sup> и объективируется в виде следующего правила — решение подлежит отмене в случае, если суд разрешил вопрос о правах и обязанностях лиц, не привлеченных к участию в деле, за исключением ситуаций, когда к участию в деле не привлечен государственный или муниципальный орган, специально созданный для выполнения указанных в резолютивной части решения предписаний, с которыми связывается восстановление нарушенных прав истца.

(2) Прецедент применения может состоять и в выработке практикой т. н. «стандартов доказывания», или стандартов решения дел в суде.

---

<sup>1</sup> Гражданское дело № 2-1610/01. Архив Ворошиловского районного суда г.Волгограда. Данный случай единичным не является. Выборочное изучение 100 гражданских дел, анкетирование судей и адвокатов показало, что по делам о признании гражданина утратившим или не приобретшим право на жилую площадь, так или иначе связанным с последующим аннулированием его регистрации в спорном жилье, органы ПВС к участию в деле не привлекаются, с принятыми решениями соглашаются и исполняют их в целом безукоснительно.

<sup>2</sup> А теперь и п. 4 ч. 2 ст. 364 ГПК РФ, содержащий аналогичное регулирование.

Суть стандарта доказывания заключается в том, что **практика вырабатывает определенные унифицированные требования к доказыванию юридически значимых для разрешения сходных дел обстоятельств, устанавливает критерии достаточности доказательств для формулирования правоприменителем определенных выводов, которые выполняют роль юридического факта для вынесения по разрешаемому делу итогового решения**<sup>1</sup>. Составной частью стандарта доказывания является не только стандартизация минимально необходимого объема доказательств по однородным делам, но и одновременная выработка особых требований доброкачественности отдельных из них.

При этом интересно, что в сфере уголовной юрисдикции сформулированные практикой эталоны, стандарты, «штампы», образцы доказывания касаются именно совокупности доказательств, только при наличии которой делается вывод об установленности или неустановленности юридически значимого фактического обстоятельства. Например, получение взятки не может быть основано только на устных доказательствах (показания свидетелей, потерпевших и проч.); нарушение Правил дорожного движения в числе прочего обязательно должно подтверждаться и заключением эксперта-автотехника и т. д. Напротив, при разрешении гражданских дел акцент в стандарте доказывания обычно делается на каком-то одном доказательстве, а не на их совокупности. Так, по подавляющему большинству дел, где для правильного разрешения необходимо применение специальных познаний в области науки, искусства, техники или ремесла, роль «ведущего» доказательства, единственно необходимого и достаточного для суждения о фактической основе дела, приобретают заключения экспертов из государственных экспертных учреждений (лабораторий судебных экспертиз системы Минздрава, Минюста РФ и т. п.).

---

<sup>1</sup> Несколько более узкую трактовку стандарта доказывания дает Ю.В. Корневский, применительно к разрешению судами уголовных дел. Он полагает, что «стандарт доказанности» — это минимально допустимая совокупность доказательств, при отсутствии которых исключается признание обвинения доказанным и постановление обвинительного приговора (см.: Доказывание в уголовном процессе: традиции и современность / Под ред. В.А. Власихина. М., 2000. С. 163—164).



О том, сколь велика роль вырабатываемых юридической практикой стандартов доказывания, говорилось еще на заре судебной реформы в РФ в начале 90-х гг. XX в. Авторы судебной реформы, в частности, относили выработку таких стандартов к разновидности *косвенного судебного контроля* за несудебным (досудебным) производством. По мысли разработчиков судебной реформы, «стандарты доказывания и решения дел в суде будут служить на ранних стадиях процесса как эталон, несоблюдение которого при направлении суду материалов сводило бы на нет шансы выиграть дело»<sup>1</sup>.

Стандарты доказывания — это своего рода «визитная карточка» судебной системы страны, «лакмусовая бумажка» для проверки судебной ветви власти государства на ее реальную самостоятельность, независимость. Стандарты доказывания, складывающиеся в текущей деятельности «низовых» судов под влиянием текущей практики кассационного и надзорного пересмотра принятых по первой инстанции судебных решений, характеризуются как принципиальные при высокой требовательности судов к соблюдению процессуальной формы, безусловного выполнения конституционного и межотраслевого процессуального принципа «не допускается использование доказательств, полученных с нарушением закона»<sup>2</sup>.

Так, например, при разрешении судами дел по искам о признании недействительными сделок по тому основанию, что сторона не способна была понимать значение своих действий и руководить ими, сложился следующий стандарт доказывания и прецедент применения материальной нормы<sup>3</sup>: *суду надлежит отказывать в иске о признании недействительным завещания или любой другой сделки по мотиву непонимания стороной значения своих действий или невозможности стороной руководить ими, если в соответствии с заключением экспертов (врачей-психиатров)*

---

<sup>1</sup> Концепция судебной реформы в Российской Федерации / Сост. С.А. Пашин. М., 1992. С. 45.

<sup>2</sup> В общем виде он сформулирован в п. 2 ст. 50 Конституции РФ: «При осуществлении правосудия не допускается использование доказательств, полученных с нарушением федерального закона». Он же закреплен также в ч. 3 ст. 7, ст. 75 УПК РФ, ч. 2 ст. 55 ГПК РФ.

<sup>3</sup> Статья 177 ГК РФ — «Недействительность сделки, совершенной гражданином, не способным понимать значение своих действий или руководить ими».

*не представилось возможным установить душевную неполноценность такой стороны сделки в момент ее совершения.*

Типичным примером разрешения дел такого рода является рассмотренное Дзержинским районным судом г.Волгограда гражданское дело по иску О. к М., где ставился вопрос о признании недействительным составленного мужем истицы завещания. Истицей указывалось, что ее муж страдал раком поджелудочной железы на 4-ой стадии. За 8 дней до своей смерти он обманным путем был увезен М. — дочерью от первого брака, к нотариусу, где и составил завещательное распоряжение на все свое имущество в пользу М. Обосновывая то, что наследодатель не понимал значения своих действий и не мог руководить ими, О. указывала на факт употребления им для обезбоживания по рецепту врача сильнодействующих наркотических средств. Допрошенные в качестве свидетелей соседи, знакомые и родственники семьи покойного обратили внимание на то, что он примерно за один месяц до своей смерти «заговаривался», не узнавал окружающих, плохо ориентировался в пространстве и во времени, собирался на войну в Афганистан, видел как наяву давно умерших родственников ит.д. Однако по заключению судебно-психиатрической экспертизы определить душевное здоровье умершего М. в момент составления оспариваемого завещания не представилось возможным. Поэтому решением суда, оставленным без изменения кассационной инстанцией, в удовлетворении исковых требований О. к М. было отказано<sup>1</sup>. Как видно из текста решения суда, единственным и достаточным основанием для отказа в иске О. к М. явились заключения ряда судебно-психиатрических экспертиз. Хотя по делу была собрана значительная совокупность и иных доказательств, доброкачественных, согласующихся между собой и подтверждающих доводы О. о душевной неполноценности наследодателя в момент составления завещания.

**Итак, в обобщенном виде прецедент применения правовой нормы — это выработанное в юридической практике стандартизированное правило понимания и применения определенных норм права,**

---

<sup>1</sup> Гражданское дело № 2-4326/98. Архив Дзержинского районного суда г. Волгограда.

состоящее в 1) стандартизированном типичном массовидном применении той или иной нормы по однородной категории дел в контексте ранее состоявшегося ее принципиального толкования;

или же 2) стихийно сложившееся и постепенно унифицировавшееся применение нормы при разрешении однородной категории дел без официального авторитетного ее толкования в индивидуальном акте применения права по конкретном делу;

или же 3) выработка по однородной категории дел требований к минимально допустимой совокупности доказательств, их доброкачественности и достаточности, для суждения о наличии или отсутствии юридически значимых для разрешения дела обстоятельств, а в конечном счете — для юридической квалификации фактической основы правоприменительного дела.

\* \* \*

Следующим звеном формирования правоприменительной практики выступает вырастающее из прецедентности *правоположение*. Природа правоприменительных и, в частности, судебных, правоположений неоднозначно определяется в науке как с точки зрения их «местонахождения», так и с точки зрения качества и содержания объективированного в них опыта. Дискуссионным является вопрос, следует ли включать в правоприменительную (судебную) практику руководящие разъяснения Пленума Верховного Суда России и какова природа этих разъяснений. Спорным остается и мнение о том, являются ли правоположения опытом обобщенной конкретизации закона, либо же его толкования, или же правоположения имеют и определенное правотворческое значение и тем самым не являются ни результатом конкретизации, ни результатом толкования закона, а выходят за рамки как первого, так и второго и представляют собой фактически созданную правоприменительным органом правовую норму.

По мнению, С.И. Вильнянского, судебная практика — это сложившиеся при разрешении судами однородных конкретных дел правовые положения, которые выработаны в результате единообразного и многократного применения норм к отношениям, не урегулированным с исчерпывающей полнотой и ясностью соответствующим законом. Отсюда, как считал ученый,

руководящие разъяснения Пленума Верховного Суда СССР и РСФСР не должны включаться в практику, поскольку они принимаются не по конкретным делам, а являются результатом анализа уже сложившейся практики рассмотрения однородной категории дел. Таким образом, руководящие разъяснения Пленумов Верховного Суда СССР и РСФСР есть ни что иное, как особая категория подзаконных нормативных актов. Тем самым С.И. Вильнянский признавал за руководящими разъяснениями Пленумов Верховного Суда СССР и РСФСР значение источника права<sup>1</sup>.

Своеобразную и интересную позицию по этому вопросу занимал и М.Д. Шаргородский, который писал, что руководящие указания Пленума Верховного Суда СССР не по конкретным делам, а по общим вопросам судебной практики, в том числе и по вопросу о квалификации конкретных деяний по определенным статьям Уголовного кодекса «имеют для судов обязательное значение и являются таким образом источником права»<sup>2</sup>.

По мнению С.Н. Братуся и А.Б. Венгерова, закон обычно формулирует общее, абстрактное правило поведения. Содержание таких правил раскрывается в процессе правоприменительной деятельности с помощью более конкретных положений, которые помогают понять смысл закона и применить его к спорному случаю. Они считают, что правоположения в ходе правоприменительной деятельности создаются не всегда, а исходят из понимания многостадийности процесса конкретизации права. Первая стадия этого процесса состоит в разъяснении содержания закона в процессе его применения к конкретному отношению. При этом никакое новое правило не создается. Когда же норма права несет в себе несколько больший объем абстрактности, необходима вторая стадия, более высокая форма конкретизации, которая как раз и состоит в создании детализирующих закон правоположений в рамках закона, т. е. в создании в процессе толкования и правоприменения положений

---

<sup>1</sup> См.: Судебная практика в советской правовой системе. С. 13.

<sup>2</sup> Шаргородский М.Д. Вопросы общей части уголовного права (законодательство и судебная практика). Л., 1955. С. 5.

своеобразного нормативного характера<sup>1</sup>. Данные положения могут содержаться как в наиболее авторитетных судебных постановлениях, принятых по конкретным делам высшими судебными инстанциями страны, так и в постановлениях пленумов Верховного Суда РФ обобщающего характера. Более того, правоположение может быть создано и народным судом при разрешении отдельного конкретного дела, но в случае, если оно «воспринято практикой и служит образцом для вынесения решений по однородным делам, своеобразным *прецедентом толкования* (выделено нами. — Н. В. и А. Р.)»<sup>2</sup>.

Обращая внимание на то, что конкретизация не поглощает толкование права, а напротив, является его результатом и следует после использования приемов толкования, Н.Н. Вопленко указывает на относительно-самостоятельный характер правоположений, созданных официальным толкованием<sup>3</sup>. «Соотношение толкования и конкретизации, — пишет он, — следует рассматривать в аспекте взаимосвязи средства и цели, общего и единичного. Конкретизация следует после использования приемов толкования, как его результат»<sup>4</sup>. По его мнению, правоположения представляют собой содержащиеся в актах официального толкования организационно-вспомогательные правила, которые являются средством правильного понимания и последующего применения действующего законодательства. Поскольку толкование вызывается к жизни необходимостью дать ответы на те вопросы, понимание которых на практике является затруднительным ввиду неясности, чрезмерной абстрактности нормы и т. п., процесс создания в актах официального толкования организационно-вспомогательных правил не сводится к простому компилятивному изложению нормы, а выполняет задачу ее творческого анализа. Данная задача достигается привлечением в процессе толкования новых понятий, определений, методов сравнения и т. д. «Поэтому, — как считает автор, — акт толкования всегда привносит элемент нового

---

<sup>1</sup> Судебная практика в советской правовой системе. С. 19—21.

<sup>2</sup> Там же. С. 16.

<sup>3</sup> См.: Вопленко Н.Н. Акты толкования норм советского социалистического права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1972. С. 11—12.

<sup>4</sup> Там же. С. 8.

в понимание действующего закона или другого нормативно-правового акта, или же понимание его применительно к конкретному факту, либо группе фактов, из которых складывается юридическая практика»<sup>1</sup>. Однако несмотря на привнесение актом официального толкования новизны в интерпретируемую норму, тем не менее Н.Н. Вопленко категорически отрицает понимание акта официального толкования нормы права в качестве источника права и соответственно отрицает возможность отождествления содержащихся в официальных разъяснениях правоположений, или организационно-вспомогательных интерпретационных правил, с разновидностью правовых норм<sup>2</sup>.

Г.Г. Шмелева приходит к выводу о тождественности понятий «правоположение» и «нормативное правоконкретизирующее положение», понимая под последним «сформулированные в юридических актах государственных органов, возглавляющих правоприменительную систему, общеобязательные правила поведения общего характера, конкретизирующие содержание правовой нормы»<sup>3</sup>. Иначе говоря, с ее точки зрения, правоположения могут быть объективированы только в постановлениях Пленумов высших судебных инстанций, принятых как итог обобщения практики применения закона по однородной категории дел. При этом, по мнению Г.Г. Шмелевой, конкретизация не сводима к цели толкования, а является, во-первых, самостоятельным правовым явлением в механизме правового регулирования, наряду с правотворчеством, применением права, его толкованием, дополнением, детализацией и т. п., и, во-вторых, явлением, имеющим место как в процессах правотворчества, так в процессе правоприменения, а потому выступающим объективным свойством правовой системы<sup>4</sup>. Сама же конкретизация нетождественна толкованию и суть ее состоит «в преобразовании, пере-

---

<sup>1</sup> Вопленко Н.Н. Указ. автореф. дис. С. 13.

<sup>2</sup> Вопленко Н.Н. Юридическая природа актов официального толкования норм советского права // Вопросы теории государства и права: Межвуз. науч. сб. Вып. 3. Саратов, 1974. С. 103—119; Он же. Акты официального толкования в юридической практике Пленума Верховного Суда СССР // Вопросы теории государства и права: Межвуз. науч. сб. Вып. 4. Саратов, 1976. С. 171—172.

<sup>3</sup> Шмелева Г.Г. Конкретизация юридических норм в правовом регулировании. Львов, 1988. С. 79.

<sup>4</sup> Там же. С. 11—12.

воде абстрактного содержания юридических норм на более конкретный уровень, осуществляемом путем операции ограничения понятия, содержащегося в норме»<sup>1</sup>. Она считает, что толкование не сопровождается преобразованием содержательной сферы юридической нормы. Итоги толкования, как это можно заключить, совпадают по объему и содержанию с толкуемой нормой. Иначе обстоит дело при конкретизации, ибо правоконкретизирующее положение с точки зрения категорий формальной логики будет меньше по объему, но богаче по содержанию. Таким образом, как полагает Г.Г. Шмелева, результатом конкретизации является «относительно новое правило поведения, содержание которого выражено в менее отвлеченных, абстрактных понятиях, и в силу этого имеющее более узкую область «приложимости», применимости, нежели конкретизировавшаяся норма. Результаты конкретизации (как правила поведения) всегда оказывают регулирующее воздействие на общественные отношения. Вследствие этого конкретизирующие акты должны являться самостоятельным основанием для решения конкретных юридических дел, действовать же — с момента их установления соответствующими органами»<sup>2</sup>. Отсюда она фактически приходит к выводу, что созданные в процессе правоприменения нормативные правоконкретизирующие положения по своим регулятивным свойствам и служебной роли являются разновидностью правовых норм, а именно той их части, которая создается в процессе правотворческой конкретизации. А по сему они объективно могут выступать в качестве самостоятельных оснований разрешения юридических дел.

В некотором смысле солидарен со Г.Г. Шмелевой и В.Н. Карташов, который при анализе специально-юридических функций юридической деятельности выделяет т.н. «правоконкретизирующую», суть которой, по его мнению, состоит «в преобразовании, переводе абстрактного содержания правового акта (нормативного, правоприменительного, интерпретационного, распорядительного и пр.) на более конкретный уровень, осуществляемом путем операции ограничения

---

<sup>1</sup> Шмелева Г.Г. Конкретизация юридических норм в правовом регулировании. С. 18.

<sup>2</sup> Там же. С. 61.

понятий, содержащихся в данных актах»<sup>1</sup>. Отсюда правоположения — это конкретизирующие норму права правила, которые богаче по содержанию по сравнению с конкретизируемой нормой, но уже по объему, а, следовательно, и имеют и более узкий круг ситуаций своей применимости в правореализационной деятельности.

Встречаются в науке и довольно нестандартные взгляды на понимание природы правоположений. Так, например, Н.А. Власенко феномен правоположения связывает с существованием в праве т. н. «конкуренции норм», или «коллизии норм» (что, по его мнению, одно и то же), т. е. ситуации, когда одно и то же общественное отношение подпадает в сферу действия различных правовых норм. Способами преодоления коллизий, или конкуренции, норм, являются, во-первых, толкование права, а во-вторых, правоположения. Последние как бы вбирают в себя обобщенный опыт юридической деятельности по преодолению коллизий<sup>2</sup>.

Интересно проследить эволюцию взглядов С.С. Алексеева по проблеме структурных элементов правоприменительной практики. В более ранних работах назначение вырабатываемых в ходе правоприменения правоположений он видел в необходимости «уточнить отдельные стороны и детали регулирования, его особенности в зависимости от конкретных фактических обстоятельств»<sup>3</sup>. Конкретизация права, по его мнению, — это проявление развития его специализации, которая заключается в том, что «регулятивные, правоохранительные, общие предписания обрастают конкретизирующими положениями, и, таким образом, на базе каждой из указанных разновидностей постепенно формируются самостоятельные правовые общности»<sup>4</sup>. Детализированное регулирование достигается изданием специальных конкретизирующих нормативных предписаний. Но этой же цели служит и индивидуальное регулирование, осуществляемое компетентными органами в процессе примене-

---

<sup>1</sup> Карташов В.Н. Юридическая деятельность: понятие, структура, ценность. С. 138.

<sup>2</sup> См.: Власенко Н.А. Указ. соч. С. 30—42.

<sup>3</sup> Алексеев С.С. Структура советского права. М., 1975. С. 111.

<sup>4</sup> Там же.



ния права, в частности судом. Правоприменительная конкретизация воплощается в создании «неписаных правоположений» и «правоприменительных норм, содержащихся в постановлениях Пленума Верховного Суда СССР»<sup>1</sup>. Таким образом, первоначально С.С. Алексеев, вероятно, разграничивал правоположения, созданные при разрешении единичных юридических дел, и конкретизацию, осуществляемую Пленумом Верховного Суда СССР в порядке общего руководства нижестоящими судами. Однако, не относя нормы постановлений Пленума ни к правоположениям, ни к правовым нормам, он выделил их в самостоятельную группу «правоприменительных норм» и тем самым показал их промежуточное положение между нормативным и индивидуальным регулированием, а также их двойственную природу.

Впоследствии С.С. Алексеев отказался от выделения «правоприменительных норм», но задачу правоприменительной практики и соответственно назначение вырабатываемых практикой правоположений уточнил. Так, по его мнению, юридическая, в частности правоприменительная, практика существует в связи с потребностью конкретизации правовых норм. Но конкретизация обусловлена не только высокой нормативностью и обобщенностью первичных клеточек права — нормативных предписаний, или правовых норм, но и наличием пробелов в праве. Задача юридической практики состоит в выработке механизма «восполнения пробелов в процессе реализации правовых норм». «При наличии пробелов суд или иной правоприменительный орган решает юридические дела в порядке индивидуального регулирования с помощью аналогии. Такого рода правовосполнительная деятельность приводит со временем к выработке типовых решений, входящих в состав практики»<sup>2</sup>.

В относительно современных работах по теории права С.С. Алексеев отказался от взгляда о том, что практика вырабатывает положения, конкретизирующие более общие правовые нормы. По его мнению, создаваемое в ходе юридической практики правоположение — это фактически массовидный, сложившийся в ходе правоприменительной деятельности образец

---

<sup>1</sup> Алексеев С.С. Структура советского права. С. 112.

<sup>2</sup> Алексеев С.С. Общая теория права. Т. I. С. 342.

применения права по аналогии. «Практика, — пишет С.С. Алексеев, — выполняет ту же функцию, что и аналогия в праве»<sup>1</sup>.

Довольно глубоко и системно исследовала правовую природу правоположений на примере судебной практики разрешения трудовых и тесно связанных с ними дел А.К. Безина. По ее мнению, ошибаются те ученые, которые под правоположением понимают мнение судов о применении закона или нормы права. Также неверно относить к правоположениям и устоявшееся в судебной деятельности правило применения нормы права судами. Как она считает, правоположением будет не любое, а «только устоявшееся правило применения норм права судами, вносящее новизну в правовое регулирование»<sup>2</sup>. В этом случае объективация правоположений ограничивается частью актов, закрепляющих единое мнение судов об определенной группе норм права, в котором и содержится новизна в правовом регулировании общественных отношений.

А.К. Безиной проводится различие между понятиями «правоположение» и «нормативное правоположение». Последние вырабатываются Пленумом Верховного Суда России и закрепляются в соответствующих руководящих постановлениях. Но «деятельность по выработке правоположений начинается в судах первой инстанции и завершается, как правило, выработкой нормативного правоположения, закрепленного в руководящих постановлениях Пленумов Верховных Судов»<sup>3</sup>. Значение правоположения сводится к «определению той части содержания общественных отношений..., которая осталась по различным причинам не определенной в самих нормах права»<sup>4</sup>. Подобно С.С. Алексееву, назначение правоположений и сущность приносимой ими новизны в правовое регулирование общественных отношений видится А.К. Безиной в конкретизации оценочных понятий, содержащихся в правовых нормах, и в преодолении пробелов в законодательстве. Деятельность Пленума Верховного Суда РФ по принятия руководящих разъяснений и

---

<sup>1</sup> Алексеев С.С. Теория права. С. 185.

<sup>2</sup> Безина А.К. Судебная практика в механизме правового регулирования трудовых отношений. С. 15.

<sup>3</sup> Там же. С. 16.

<sup>4</sup> Там же. С. 15.

соответственно по выработке нормативных правоположений рассматривается как особая стадия правового регулирования, которая не совпадает ни с правотворчеством, ни с индивидуальным правовым регулированием. Руководящие разъяснения определяются «как особый, дополнительный, вспомогательный элемент нормативного правового регулирования»<sup>1</sup>.

Очень добротной природа правоположений изучена в трудах В.И. Леушина. Данный автор совершенно справедливо определяет правоположения в качестве норм, имеющих юридическое содержание, или «предписаний», обладающих нормативными свойствами и конкретизированным содержанием<sup>2</sup>, которые, однако, «являются продуктом деятельности не законодателя, а правоисполнителя»<sup>3</sup>. Назначение правоположений видится им в нескольких аспектах:

- во-первых, в том, чтобы ограничить сферу усмотрения правоприменителя устойчивым поднормативным регулированием с помощью правоположений,
- во-вторых, в конкретизации слишком общих и абстрактных положений закона с помощью детализирующих (конкретизирующих) его и выработанных практикой правил (правоположений),
- в-третьих, в том, чтобы быть средством регулирования общественных отношений, не предусмотренных нормами права.

Как считает В.И. Леушин, практический опыт юридической деятельности, или правоположения, объективируются (1) в актах-документах правоприменительных органов, (2) в опубликованных (или иным способом широкого и публичного доведения до сведения) решениях высших инстанций одной из систем правоприменительных органов (суда, арбитражного суда и проч.), (3) в обобщениях практики, закрепляемых в актах судебных и иных юрисдикционных органов (по-

---

<sup>1</sup> Безина А.К. Судебная практика в механизме правового регулирования трудовых отношений рабочих и служащих на этапе развитого социализма: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. С. 8.

<sup>2</sup> Леушин В.И. Юридическая практика в системе социалистических общественных отношений. С. 109.

<sup>3</sup> Там же. С. 114.

становлениях Пленума Верховного Суда РФ, Высшего Арбитражного Суда РФ)<sup>1</sup>.

Итак, постараемся выделить общие черты, признаки правоположений, раскрывающие содержание данного понятия.

**1. Правоположения являются одним из элементов правоприменительной практики<sup>2</sup>, т. е. накопленного в ходе многократного правоприменения опыта**, который перерастает породившую его сферу индивидуального регулирования, «не уместается» в ней и ей одной не исчерпывается, а по своим задачам и назначению максимально приближается к нормативной сфере регулирования общественных отношений.

При этом **правоположения являются третьим элементом правоприменительной практики, их возникновение следует за прецедентом толкования и прецедентом применения правовой нормы**. Но если первые два элемента все еще сильно «привязаны» к индивидуальной сфере правового регулирования, абстрактное содержание будущего общего правила в них только зарождается, его формализация присутствует в них в зачаточном состоянии и лишь начинает примитивно «выкристаллизовываться»<sup>3</sup>, то ***правоположение представляет собой устоявшееся типовое решение по применению юридических норм, которое в реальности приобретает черты общего правила***<sup>4</sup>.

Хотя правоположения и создаются в процессах индивидуального регулирования конкретных общественных отношений, они в силу типичности правоприменительной ситуации, значимости сформулированных в процессе толкования и применения организационных правил для последующей юридической практики авторитета правоприменительного органа, приобретают зна-

---

<sup>1</sup> Леушин В.И. Юридическая практика в системе социалистических общественных отношений. С. 114—115.

<sup>2</sup> См.: Карташов В.Н. Правоположения: природа, место и роль в правоисполнительном процессе // Актуальные проблемы юридического процесса в общественном государстве: Сб. науч. тр. / Под ред. Э.А. Пушмина. Ярославль, 1980. С. 43—44.

<sup>3</sup> Обычно в виде удлинения мотивировочной части правоприменительного акта, содержащей обоснование выбора подлежащей применению нормы права, где собственно и дается ее прецедентное, нетипичное, оригинально-творческое, новое истолкование.

<sup>4</sup> См.: Алексеев С.С. Проблемы теории права. Т. 2. С. 93.

чение прецедента. Прецедент есть «случай, событие, стечение жизненных обстоятельств, имевшие место в прошлом и приводимые как свидетельство возможности, а иногда правомерности, оправданности аналогичных (подобных) фактов в настоящем»<sup>1</sup>. Отсюда прецедент заключает в себе своеобразный дуализм конкретики и абстракции, единичного казуса и массовидного шаблона. Но если в таких элементах практики, как прецедент толкования и прецедент применения, акцент делался именно на конкретике, единичности, то в правоположении ударение в его прецедентности смещается именно в сторону «примерности», шаблонности, «образцовости», типичности. Иначе говоря, правоположение — это «очищенный», «рафинированный», более формализованный прецедент толкования и прецедент применения.

Именно эта прецедентная значимость сообщает правоположениям «вторую жизнь», выходящую за рамки состоявшегося правоприменения. Прецедентность правоположений основывается на преюдициальности правоприменительных решений. В доктринальном и законодательном понимании преюдиция есть прием юридической техники, представляющий собой правило доказывания о том, что вступившее в законную силу правоприменительное решение уполномоченного органа, принятое в установленном законом процессуальном порядке, о наличии или отсутствии юридического факта обязательно для всех правоприменительных органов, разрешающих юридическое дело, связанное с ранее разрешенным по поводу этого факта<sup>2</sup>. В основе преюдиции — доказательственная значимость ранее сделанного вывода по юридическому делу, относительно его фактической основы. И хотя преюдиция связывается с воспроизведением преимущественно фактической стороны ранее рассмотренного дела, в котором участвовали те же лица, и в этом своем значении — основанием для освобождения от доказывания тех же самых обстоятельств, процесс доказыва-

---

<sup>1</sup> Большая советская энциклопедия. 2-е изд. / Гл. ред. Б.А. Введенский. Т. 34. М., 1955. С. 451.

<sup>2</sup> См.: Карданец А.В. Преюдиция в российском праве: Проблемы теории и практики: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2002. С. 12—13. Л.И. Петражицкий вообще объединял судебную практику и право отдельных преюдиций «общим именем преюдициального права» (Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000. С. 454).

ния всегда предполагает правовую квалификацию, а, следовательно, содержит в себе юридическую аргументацию правоприменительного решения.

Таким образом, правоположение возникает в результате использования перенесенной на процесс юридической квалификации сходных обстоятельств при разрешении аналогичных дел преюдиции как средства юридической техники, т. е. формализованной оценки составляющейся правоприменительной квалификации для последующих аналогичных дел.

**2. Правоположения**, равно как и другие слагаемые правоприменительного творчества, **вызываются к жизни нестандартными ситуациями правоприменения**: а) неясностью, абстрактностью и чрезмерной обобщенностью норм действующего позитивного права; б) пробельностью права и закона; в) существованием в праве относительно-определенных диспозиций и санкций, где разрешение конкретной ситуации ставится в зависимость от усмотрения органа или должностного лица, применяющего правовую норму; г) наличием в тексте чрезмерно абстрактных правовых норм, излагаемых в формально-юридических традиционных источниках, т. н. «оценочных понятий»; д) наличием ситуации т. н. «правового вакуума», где для всех субъектов правоотношений является очевидным, интуитивно или определенно осознается, что та или иная ситуация, общественное отношение принципиально должно регулироваться правовыми нормами. Вместе с тем традиционный источник отсутствует в силу отставания законодателя от темпа и динамики государственно-правовой жизни; е) наличием ситуаций т. н. «квалифицированного молчания законодателя»<sup>1</sup>, когда последний специально в тексте закона не может или не же-

---

<sup>1</sup> Например, в силу ст. 61 УК РФ перечень смягчающих уголовное наказание обстоятельств является открытым. Как отмечается в уголовно-правовой литературе, «в ч. 2 ст. 61 УК закреплено, что при назначении наказания могут учитываться в качестве смягчающих и обстоятельства, не предусмотренные частью первой этой статьи. Проведенный ... анализ судебной практики свидетельствует о том, что суды достаточно часто используют предоставленное им право и признают в качестве смягчающих обстоятельства, не указанные в законе» (см.: Мясников О.А. Смягчающие иотягчающие наказание обстоятельства в теории, законодательстве и судебной практике. М., 2002. С. 78).

лает описывать элементы нормы с достаточной полнотой и тщательностью.

Однако заметим, что *при перерастании прецедента толкования в прецедент применения, а далее и в правоположение, в последнем «доля стандартности» является повышенной*. Об этом говорит само за себя уже то обстоятельство, что практике недостаточно иметь в своем арсенале по однородной категории дел только прецедент толкования или применения. Из-за того, что та или иная группа дел довольно распространена и крайне принципиальна, а традиционные источники не могут адекватно справиться с индивидуальным регулированием определенного сегмента общественных отношений, возникает потребность в повышенной формализации и обобщенности нетрадиционных источников, т. е. перерастании прецедента толкования и (или) применения в правоположение.

**3. С точки зрения структуры и значения в механизме правового регулирования аккумулированного в них правоприменительного (чаще судебного) опыта правоположения делятся на две большие группы.**

3.1. Правоположения, подобно материальному закону, вместе с подлежащей применению в конкретном деле нормой права являются непосредственной субсидиарной основой разрешения управленческого или юрисдикционного дела. И поскольку такой необходимой и достаточной основой является правовая норма, то **правоположение, подобно ей, также относится к группе норм как регуляторов общественных отношений, а потому содержит в себе правило поведения общего характера, но более конкретизированное по сравнению с правилами традиционных источников права. Но таково не каждое правоположение, а только то, которое вырабатывается в максимально сложных и нестандартных ситуациях правоприменения**<sup>1</sup>. Эти случаи характеризуются отсутствием адекватного традиционного нормативно-правового регулирования конф-

---

<sup>1</sup> При наличии пробела в праве или так называемого «правового вакуума», при коллидировании «одноуровневых» законов (например, федеральных), или подзаконных актов и закона, или федерального закона и Конституции и проч. Т. е. почти при совершенном отсутствии традиционных юридических источников (НПА) с исчерпывающим и четким регулированием.

ликтной<sup>1</sup> ситуации при одновременном отсутствии у правоприменительного органа выбора решить или же уклониться от разрешения сложной ситуации, ибо такое решение определенного рода ситуаций есть возложенная государством задача, составляющая целевое (как правило, конституционное) назначение органа правоприменения и определяющая характер его компетенции<sup>2</sup>.

3.2. Вместе с тем едва ли будет правильным отождествлять правоположение с нормой права тогда, когда оно направлено на конкретизацию права посредством уточнения элементов нормы традиционного юридического источника — гипотезы, диспозиции, санкции. В этом случае правоположение не приобретает характер относительно-самостоятельного предписания. Его регулятивные потенции реализуются через конкретизируемую им часть правовой нормы и в этом случае правоположение можно назвать частью юридической нормы, созданной в процессе властной правореализации.

**4. Правоположения есть правила поведения, обладающие юридической обязательностью.** При этом их обязательность покоится не на авторитете силы, а на силе авторитета создающих их органов и на авторитете традиции, возникающей в результате многократного массового использования правоположений в правоприменительной деятельности. Однако это верно лишь для правоположений, которые объективируются в казуальных актах применения права. Вместе с тем правоположения, содержащиеся в актах нормативного официального толкования пра-

---

<sup>1</sup> Чаше всего юрисдикционной, но не исключено (хотя и реже), что и разрешительно-распорядительной или контрольно-надзорной. Подробнее о видах правоприменения см.: Вопленко Н.Н. Основные способы применения советского права. С. 29—35.

<sup>2</sup> Применительно к судебной юрисдикции на данную проблему обращает внимание В.М. Жуйков: «Решать или не решать — у суда выбора нет, поскольку их разрешение (такого рода проблем. — *Н. В. и А. Р.*) — возложенная на суд Конституцией РФ обязанность, которую он с момента введения ее в действие должен выполнять по всем рассматриваемым делам, не дожидаясь, когда законодатель приведет в порядок законодательство, примет в строгом соответствии с Конституцией РФ все необходимые законы, устранив тем самым пробелы и противоречия в праве» (Жуйков В.М. К вопросу о судебной практике как источнике права // Судебная практика как источник права. М., 1997. С. 18).



ва и вырабатываемые не в связи с разрешением конкретного дела, а в связи с обобщением ранее накопленного казуального индивидуального опыта при разрешении однородной категории дел, обладают универсальной специфической формально-определенной санкцией. Природа этой общей санкции проистекает из ст.56 Закона РСФСР «О судостроительстве РСФСР», в соответствии с которой к компетенции Верховного Суда РФ в числе прочего относится дача руководящих разъяснений Пленумом Верховного Суда РФ, которые «обязательны для судов, других органов и должностных лиц, применяющих закон, по которому дано разъяснение». Невыполнение данных руководящих разъяснений конкретизируется в процессуальных кодексах как неправильное истолкование норм материального права, а последнее в свою очередь выступает разновидностью неправильного применения норм материального и процессуального права и тем самым основанием к отмене или изменению судебных постановлений в апелляционном, кассационном и надзорном порядке (п. 3 ч. 2 ст. 270, п. 3 ч. 2 ст. 288, п. 1 ст. 304 АПК РФ, п. 4 ч. 1 ст. 362, ст. 363, ст. 387 ГПК РФ, п. 3 ч. 1 ст. 369, ст. 382 УПК РФ).

Наконец, там, где правоположение выступает частью конкретизируемой правовой нормы традиционного юридического источника, оно охраняется вместе с нормой в целом санкцией данной нормы.

**5. Правоположения, думается, есть особый объективный элемент правовой системы.** Поэтому их появление и существование надлежит отнести к числу социально-правовых закономерностей в правовых системах стран континентального права.

**6. Правоположения составляют собой внутренне упорядоченную иерархическую систему.** «Статус» правоположения в этой системе определяется юридической силой правовой нормы, истолкование и применение которой им конкретизируется, а также компетенцией и авторитетом органа, его сформулировавшего <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Авторы не могут согласиться с С.А. Ивановым, который качество источника права признает только за постановлениями Верховного Суда РФ, так как «решения судов общей юрисдикции, находящихся ниже Верховного суда, вряд ли являются источниками права, поскольку касаются дел, имеющих частную значимость» (Иванов С.А. Трудовое право переходного периода: новые источники // Государство и право. 1996. № 1. С. 43).

Таким образом, *первый уровень* системы составляют правоположения, которые вырабатываются низшими звеньями конкретной системы органов применения права. Применительно к судам общей юрисдикции, это будут правоположения, которые вырабатываются районными в городе и области (и к ним приравненными) федеральными судами, судами субъектов Российской Федерации и закрепляются во вступивших в законную силу судебных решениях по конкретным делам, кассационных определениях и надзорных постановлениях. На данном этапе их иерархии правоположения существуют скорее в виде традиции действовать определенным образом, хотя это не исключает возможность их формализации и закрепления в издаваемых судами субъектов РФ обзорах судебной практики <sup>1</sup>.

Так, Президиум Волгоградского областного суда в своих надзорных постановлениях по гражданским делам закрепил и сформулировал правоположение о том, что надлежащим извещением ответчика о времени и месте судебного заседания как условия вынесения по делу судом первой инстанции заочного решения по смыслу ст. 213 <sup>1</sup> ГПК РСФСР (ст. 233 ГПК РФ) надлежит считать представление заинтересованной стороной не только квитанции об отправке по адресу ответчика заказного письма с судебной повесткой, но и почтового уведомления о вручении заказного письма <sup>2</sup>.

*Второй уровень* системы правоположений представлен уже правоположениями, содержащимися в решениях, определениях и постановлениях судебных коллегий и президиума Верховного Суда РФ, которые хотя и были приняты по конкретным делам, но в силу своей принципиальности для упорядочения и единообразия правоприменительной деятельности были опубликованы в отраслевом информационном журнале — «Бюллетене Верховного Суда РФ», и тем самым доведены до массового сведения.

---

<sup>1</sup> См., например: Справка по результатам обобщения судебной коллегией по гражданским делам Волгоградского областного суда судебной практики рассмотрения судами Волгоградской области дел по жалобам на неправомерные действия призывной комиссии. Архив Волгоградского областного суда.

<sup>2</sup> Данный вывод авторам позволило сделать проведенное интервьюирование судей — членов Волгоградского областного суда, составляющих так называемую «надзорную группу», занимающуюся проверкой гражданских дел в порядке надзора по надзорным жалобам участвующих в деле лиц.

Так, долгое время в практике применения уголовного закона спорным являлось понятие беспомощного состояния как квалифицирующего признака убийства (п. «в» ч. 2 ст. 105 УК РФ) и некоторых других составов преступлений против здоровья личности (п. «б» ч. 2 ст. 111, п. «в» ч. 2 ст. 112 УК РФ). Неясность данного понятия вытекала из того, что практика не могла найти ответ на вопрос — можно ли относить к беспомощному состоянию сон и состояние сильного алкогольного опьянения? Верховный Суд РФ, не разъяснив с достаточной полнотой понятие беспомощности какотягчающего убийство обстоятельства ни в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 27 января 1999 г. № 1 «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)», ни в ранее действовавшем Постановлении Пленума Верховного Суда РФ № 15 от 22 декабря 1992 г. «О судебной практике по делам об умышленных убийствах», тем не менее по ряду конкретных дел сформулировал определенное правовоположение. В соответствии с ним ни сон, ни состояние даже сильного алкогольного опьянения не свидетельствуют о том, что лицо находится в беспомощном состоянии.

Это правовоположение выражено, например, в кассационном определении Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ по уголовному делу по обвинению Быченкова. Данным определением был изменен приговор Мосгорсуда в отношении Быченкова, который первоначально был осужден по п. «в» ч. 2 ст. 105 УК РФ за убийство Топилина, находившегося заведомо для виновного в беспомощном состоянии, а также по п.п. «а», «в» ч. 2 ст. 105 и ч. 3 ст. 30 УК РФ за покушение на убийство Юдина, также заведомо для виновного находившегося в беспомощном состоянии. Определением кассационной инстанции осуждение Быченкова по п. «в» ч. 2 ст. 105 УК РФ из обоих эпизодов его преступной деятельности исключено, поскольку сон и алкогольное опьянение потерпевших не могут быть расценены в качестве их беспомощного состояния<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 17 ноября 1999 года (извлечение) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2000. № 8. С. 19.

*Третий уровень* системы правоположений представлен уже правоположениями, которые вырабатывались специально высшим звеном судебной системы — Пленумом Верховного Суда РФ, и не в связи с разрешением конкретных дел, а на основе анализа ранее разрешенных дел. Учет данных правоположений является обязательным при отправлении правосудия, что позволяет их относить в науке к т. н. «нормативным правоположениям».

**Итак, правоположения — это сложившиеся в наиболее сложных ситуациях текущего правоприменения на основе получивших признание в юридической практике прецедентах толкования и (или) прецедентах применения конкретизированные общие правила, выступающие вспомогательным источником права и тем самым дополнительной правовой основой разрешения юридического дела. Это реальное юридическое содержание сложившихся прецедентов.**

\*  
\*  
\*

Следующим и заключительным элементом правоприменительной практики выступает *деловое обыкновение* <sup>1</sup>.

Правоположение есть наиболее распространенный и часто встречающийся элемент правоприменительной практики. Преимущественно правоположения признаются фактором совершенствования законодательства <sup>2</sup>. Именно из них состоит большая часть текста руководящих разъяснений Пленумов Вер-

---

<sup>1</sup> Данный термин впервые в научный оборот ввел А.Ф. Шебанов, указавший, что деловые обыкновения есть «правила поведения в определенных областях общественных отношений» (Шебанов А.Ф. Значение обычаев, традиций, деловых обыкновений, судебной практики и правил общежития для советского правотворчества // Правотворчество в СССР / Под ред. А.В. Мицкевича. М., 1974. С. 133).

<sup>2</sup> Например, с принятием Закона РФ «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан» (Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1993. № 19. Ст. 685), возникла новая форма оформления обращения в суд — жалоба. При рассмотрении жалоб в практике работы судов стали возникать вопросы — как быть, если при подаче жалобы или уже при ее рассмотрении выясняется, что имеется спор о праве гражданском, который должен разрешаться по правилам искового производства. Обобщив практику, Пленум Верховного Суда РФ в своем Постановлении от 21 декабря 1993 г. № 10 (Сборник постановлений Пленумов Верховных

ховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ (помимо напоминаний о содержании закона, предостережений о недопустимости его нарушения и необходимости его единообразного понимания и применения и т. д.). Вместе с тем правоположения не являются заключительным элементом практики властной правореализации.

Помимо правоположений, в общей теории права встречается упоминание и такого явления правовой жизни, как обыкновения правоприменительной практики<sup>1</sup>. Примечательно то, что российский законодатель, весьма осторожный в вопросах легализации правоприменительного (в частности, судебного) правотворчества, признал в начале 1990-х гг. существование названных обыкновений, а вопрос о проверке их конституционной законности поставил на один уровень с проверкой федеральных законов. Так, например, в главе 3 ныне не действующего Закона РСФСР от 6 мая 1991 г. «О Конституционном Суде РСФСР» (с изменениями, внесенными Законом РФ от 25 февраля 1993 г. № 4549-1)<sup>2</sup> была впервые установлена возможность проверки Конституционным Судом РСФСР конституционности правоприменительной практики

---

Судов СССР и РСФСР (Российской Федерации) по гражданским делам. М., 1994. С. 361—366) сформулировал следующее правоположение: если при принятии жалобы будет установлено, что имеет место спор о праве, подведомственный суду, например, о праве собственности на домовладение, о праве на жилое помещение и т. п., судья, применительно к ст. 130 ГПК РСФСР, выносит определение об оставлении жалобы без движения, где разъясняет заявителю о необходимости оформления искового заявления с соблюдением требований ст. ст. 126, 127 ГПК РСФСР и оплаты этого заявления государственной пошлиной в установленном законом размере; если же указанное обстоятельство будет установлено при рассмотрении дела, суд, применительно к ст. 161 ГПК РСФСР, выносит определение об отложении разбирательства дела, в котором разъясняет заявителю необходимость оформления его жалобы как искового заявления, с соблюдением перечисленных выше требований и назначает день нового судебного заседания с учетом времени, необходимого для надлежащего оформления искового заявления, истребования доказательств и вызова участвующих в деле лиц (п. 9). С принятием нового ГПК РФ данное правоположение перешло в разряд нормативных предписаний в ст. 247.

<sup>1</sup> См., например: Пашин С. Конституционный Суд России: обращаться могут все // Советская юстиция. 1992. № 2. С. 11—12.

<sup>2</sup> Сборник законодательных актов, принятых Третьей сессией Верховного Совета РСФСР. М., 1991. С. 252—310; Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1993. № 12. Ст. 429.

по индивидуальным жалобам граждан РСФСР, СССР, иностранцев, лиц без гражданства, юридических лиц (п. 1 ст. 66 названного Закона). По мысли законодателя, правоприменительная практика должна была сосредотачиваться в решениях судов или иных государственных органов, а также должностных лиц, когда оспариваемые решения были приняты в соответствии с обыкновениями. Из п. 2 ст. 66 Закона РСФСР «О Конституционном Суде РСФСР» четко следовало, что принятие решения в соответствии с обыкновением является одним из условий допустимости жалобы гражданина или юридического лица на неконституционность правоприменительной практики.

Данный Закон в п. 2 ст. 66 также устанавливал, что «решение считается принятым в соответствии с обыкновением, когда с точки зрения существующей правоприменительной практики обстоятельства дела, установленные в том виде, как они установлены этим решением, должны получать такую же юридическую оценку и влечь за собой такие же юридические последствия, какие были определены этим решением».

Иначе говоря, по мысли российского законодателя начала 1990-х гг., обыкновение правоприменительной практики — это, во-первых, ее структурный элемент; во-вторых, нормативная основа для разрешения какого-либо имеющегося в производстве суда или иного органа юрисдикционного или управленческого дела; в-третьих, обыкновение — это сложившаяся, массовидная, стандартная (шаблонная) линия деятельности органов применения права при разрешении однородной категории дел. Однородность разрешаемых дел выступает условием и основанием применения обыкновения, своего рода гипотезой для действия заключенного в обыкновении правила. Типичность образа действия правоприменителя заключается: (1) в особом истолковании закона, (2) в неприменении закона, подлежащего применению или могущего быть примененным при разрешении дела, (3) в применении закона, не подлежащего применению (который с равной степенью может быть применен и не применен в данном деле). Распространение же этого образа действий на другие дела связывается с однородностью фактической основы правоприменительного дела.

Научную разработку проблематика обыкновения правоприменительной деятельности получила в последние годы в трудах молодых ученых, в основном в кандидатских диссертациях О.В. Маловой, В.В. Попова, А.В. Прохачева<sup>1</sup>. При этом проблематика обыкновения разрабатывалась в основном через проблему изучения обычая как источника права и соответственно через различение обычая и обыкновения, уяснения того, является ли обыкновение разновидностью обычая или же самостоятельным правовым явлением<sup>2</sup>. В.В. Поповым обыкновения правоприменительной деятельности определяются как «общий образ обычно совершаемой правомерной властной деятельности управомоченных субъектов, связанной с организацией реализации правовых норм»<sup>3</sup>. Он же предостерегает от смешения понятий «правовой обычай» и «обыкновение правоприменительной деятельности». Данное смешивание в науке происходит, как считает В.В. Попов, из-за двойственного понимания учеными нормы права: в узком, или собственном, значении норма права выступает как правило поведения, что в семантических единицах языка выглядит как информация предписывающего характера, задающее долженствование, повеление; в широком значении норма уже описывается как информация дескриптивного характера и в ней свое отражение находит информативная (описательная) функция языка<sup>4</sup>. Облекается это в суждениях, которые описывают некоторое фактическое положение вещей. Таким образом, норма существует в двух значениях: как долженствование, повелительное суждение о должном поведении и как собственно описание фактического поведения. Отсюда видно, что в праве норма употреб-

---

<sup>1</sup> См., например: Малова О.В. Правовой обычай как источник права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002; Попов В.В. Обыкновение правоприменительной деятельности: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2000; Прохачев А.В. Обычай в системе форм права: вопросы теории: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2001.

<sup>2</sup> См., например: Белкин А.А. Обычаи и обыкновения в государственном праве // Правоведение. 1998. № 1. С. 34—39.

<sup>3</sup> Попов В.В. Указ. автореф. дис. С. 12.

<sup>4</sup> См.: Попов В.В. О различии между обычаями и обыкновениями // Свобода, право, рынок: Межкаф. сб. науч. тр. / Редкол.: Филиппов П.М. (отв. ред.) и др. Волгоград, 1999. С. 100—101.

ляется именно в первом значении. Поэтому правовой обычай, по мнению В.В. Попова, это «правило поведения, которое сложилось в результате того, что в какой-либо области отношений между людьми, ... в течение достаточно продолжительного времени складывались относительно одинаковые способы поведения людей...»<sup>1</sup>. Само же поведение людей, типичные, устоявшиеся варианты этого поведения, которые явились источником формирования обычая как нормы в узком смысле слова, как правила поведения, по мнению В.В. Попова, можно именовать обыкновениями, т. е. «общим образом повторяющегося социально значимого поведения соответствующих субъектов в соответствующих социальных ситуациях»<sup>2</sup>. При этом автор считает, что обыкновения могут быть не только материальными источниками возникновения нормы, но и результатом реализации какой-либо уже существующей нормы как правила поведения. Совершенно справедливо он отмечает, что обыкновения при реализации нормы возникают не тогда, когда в фактическом поведении достигаются поставленные в норме права цели, а тогда, когда норма права имеет своего рода дефект или предусматривает как минимум два варианта поведения, возможность усмотрения для адресата нормы и т. д. Поэтому, как считает автор, «об обыкновениях допустимо говорить не только при рассмотрении вопросов возникновения, реализации норм, но и при рассмотрении вопросов о применении норм по аналогии, а также о нарушении нормативных предписаний»<sup>3</sup>.

Такой взгляд на различие обычая как источника права и обыкновения как «заведенного порядка», типично повторяющегося поведения, являлся в целом преобладающим в дореволюционной российской литературе по правоведению. «Обычным правом, — указывал Г.Ф. Шершеневич, — называются юридические нормы, которые сложились силою бытовых отношений, независимо от верховной власти, и приобрели в сознании общества обязательное значение»<sup>4</sup>. Сознанием его не-

---

<sup>1</sup> Попов В.В. О различии между обычаями и обыкновениями. С. 102.

<sup>2</sup> Там же. С. 103.

<sup>3</sup> Там же. С. 104.

<sup>4</sup> Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). С. 37.



обходимости обычай, как полагал Г.Ф. Шершеневич, отличается от т. н. «заведенного порядка», или обыкновения, «который представляет собой также однообразно повторяемое применение правила, но без сознания его необходимости»<sup>1</sup>.

Другой российский исследователь проблем частного права Д.И. Мейер определял обычное право «как *юридическое положение, раскрывающееся в неоднократном и однообразном применении*»<sup>2</sup>. В целом взгляд о необходимости различения обычая (обычного права) как нормы поведения и собственно многократно повторяющегося поведения, из которого «вышел» обычай, разделяется и современной российской правовой наукой. Так, А.В. Прохачев характеризует обычное право как «полиморфное явление, которое определяется как система прав преимущественно сложившихся во взаимоотношениях социальных субъектов в процессе их совместной жизнедеятельности, закрепленных в сознании и в нормах-требованиях, обязательность соблюдения которых признаются в силу общего убеждения субъектов правоотношений»<sup>3</sup>. Также и О.В. Малова определяет правовой обычай как «вошедшее в привычку и достаточно широко применяемое правило поведения, отражающее правовое содержание общественных отношений, которому придана форма позитивного права»<sup>4</sup>.

Из этих определений обычая видно стремление авторов четко разграничить обычай как норму должного поведения и собственно поведение, которое предшествует формированию обычая и из которого он и возникает. Однако мнения ученых расходятся по вопросу об определении понятия и природы обыкновений. В.В. Попов считает, что обыкновение и есть то самое типичное, многократно повторяющееся поведение, которое предшествует формированию обычая или другой социальной нормы, является их материальным источником. А.В. Прохачев же, напротив, говорит о невозможности дополнения такого элемента типологии форм права, как «обычное право»,

---

<sup>1</sup> Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула, 2001. С. 47.

<sup>2</sup> Мейер Д.И. Русское гражданское право: (В 2-х ч. Ч. 1). По испр. и доп. 8-му изд., 1902. М., 1997. С. 46.

<sup>3</sup> Прохачев А.В. Указ. автореф. дис. С. 14.

<sup>4</sup> Малова О.В. Указ. автореф. дис. С. 14.

категорией обыкновения. По его мнению, обыкновение есть сложившееся правило, заведенный порядок в сфере частного права, которому юридическая сила придается самими участниками правоотношения, взаимно согласившимися «руководствоваться в конкретной правовой связи сложившимся правилом (обыкновением, заведенным порядком и т. п.)»<sup>1</sup>. Невозможность же отнесения обыкновения к категории формы (источника) права обусловлена тем, что обыкновения «не обладают существенными признаками, характерными для понятия “правовая форма”»<sup>2</sup>. Аналогичной точки зрения придерживается и О.Н. Василенко, исследовавшая проблематику онтологии и эволюции форм российского права<sup>3</sup>. Касаясь вопросов освящения природы правосудия, С.С. Алексеев заметил, что «в ряде случаев юридическая практика имеет характер *судебных обыкновений*, т. е. складывающихся на практике линий, направлений применения закона»<sup>4</sup>. Иначе говоря, по мнению С.С. Алексеева, судебное обыкновение является не одним из элементов судебной практики, а формой ее проявления, существования и объективирования.

Из приведенных мнений видно, что проблематика обыкновений не получила сколько-нибудь удовлетворительной разработки в научной литературе. Не удивительно, что этой теме напрямую была посвящена только одна кандидатская диссертация В.В. Попова. Все же иные авторы исследовали природу обыкновений «походя», вскользь, попутно с разработкой проблемы определения и эволюции обычного права России или в связи с рассмотрением традиционной для российской юриспруденции проблемы судебной (юридической) практики.

Обобщив все вышеописанные позиции возможно прийти к следующим выводам.

(1) Думается, в литературе излишне категорично производится противопоставление обычая и обыкновения правоприменительной практики. По нашему мнению, **обыкновение** —

---

<sup>1</sup> Прохачев А.В. Указ. автореф. дис. С. 24.

<sup>2</sup> Там же. С. 15.

<sup>3</sup> См., например: Василенко О.Н. Указ. автореф. дис. С. 10.

<sup>4</sup> Алексеев С.С. Государство и право: Начальный курс. 2-е изд., перераб. и доп. М., 1994. С. 150.

**это частное проявление обычая в той или иной сфере юридической деятельности.** Это хорошо видно, например, из того, что при освещении темы об источниках права в курсе гражданского права, т. н. «торговые обыкновения» рассматриваются именно как специальный вид обычая. Само же название «обыкновение» употребляется для того, чтобы оттенить его специфику как разновидности обычая, сузить «сферу приложимости» обычая конкретно очерченными границами определенного сегмента правового регулирования: торговой сферой, договорной практикой крупных корпораций, правоприменением вообще и юрисдикционным правоприменением в частности и т. п. Фактически о судебном (правоприменительном) обыкновении говорит Н.С. Таганцев в теме о юридических источниках уголовного права России конца XIX в., хотя и называет его *судебно-обычным правом*. Данное право проистекает от представителей государства, которые с одной стороны являются провозгласителями живущих в народе правовоззрений, но «в силу исполняемых ими функций проявляют и самостоятельное творчество в разрешении подлежащих их ведению споров о праве»<sup>1</sup>. Данным дуализмом судебно-обычного права Н.С. Таганцевым «перекидывается» своеобразный «мостик» от народно-обычного права к его частному проявлению в виде правотворчества судьи. С Н.С. Таганцевым солидарен и Б.Н. Топорнин, указывающий, что судебная практика пробивает себе дорогу в системе источников права «не сразу, не прямо, не официально, а постепенно, иной раз по аналогии с выработкой правового обычая». А в тех случаях, когда действующее право или доктрина отторгают судебные решения как источник права, по мнению Б.Н. Топорнина, «он появляется в качестве правового обычая»<sup>2</sup>.

Таким образом, **правоприменительное обыкновение — это сплав обыденного и профессионального (судейского, правоприменительного) мировоззрения в специфической разновидности обычая, получившего фактическое признание нетрадиционного источника права во властной правореализационной деятельности уполномоченных компетентных органов и должностных лиц.**

---

<sup>1</sup> Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Т. 1. Тула, 2001. С. 128.

<sup>2</sup> Топорнин Б.Н. Система источников права: тенденции развития. С. 35.

(2) Обыкновение правоприменительной деятельности представляет собой **типичное, стереотипное, многократно повторяющееся поведение суда (судьи), иного органа применения права или должностного лица**, связанное с реализацией правовых норм для разрешения типичных, совпадающих в своих существенных признаках правоприменительных ситуаций. Причем это общепринятое поведение правоприменителей **основывается на заключенном в обыкновении сложившемся истолковании правовых норм или восполнении их пробелов и неясностей**<sup>1</sup>, **получившем статус правоположения.**

Типичность, длительность и многократность позволяют «отшлифовать» то или иное правило, правоположение, очистить его содержание, наполнить его смыслом и авторитетом. Не случайно, что форму обыкновений приобретают зачастую те или иные правовые позиции авторитетных судей высших звеньев судебной системы<sup>2</sup>, а также ученых в области права, которые базируются на реалиях и тенденциях текущего правоприменения и достижениях правовой науки. Поэтому обыкновение — это не только «окостеневшее» правоположение, но это уже и традиция, обычай поступать так-то, действовать определенным образом. Именно в силу отмеченной нами кристаллизации и очистки **обыкновения** в ходе многократного правоприменения таковые **формулируются в казуальных решениях, как правило, высших звеньев судебной системы, а также в руководящих разъяснениях Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда России. Как бы вторичное свое выра-**

---

<sup>1</sup> См.: Пашин С. Указ. соч. С. 11.

<sup>2</sup> Долгое время спорным оставался в практике уголовного судопроизводства вопрос: будут ли обладать качеством допустимости показания свидетеля — близкого родственника обвиняемого, который давал показания в стадии предварительного расследования, но отказался давать показания в силу ст. 51 Конституции РФ в стадии судебного разбирательства. В целом постепенно сложилось правоположение, сообразно которому судьи стали оглашать в стадии судебного разбирательства ранее данные на предварительном расследовании показания таких свидетелей и полагать их в основу приговора. Такое правоположение постепенно «переросло» в устойчивое правоприменительное обыкновение — оно, например, получило поддержку в статье председателя Кассационной палаты Верховного Суда РФ А. Шурыгина (см.: Шурыгин А. Защита в судопроизводстве с участием коллегии присяжных заседателей // Российская юстиция. 1997. № 9. С. 5), а затем было закреплено и в п. 2 Постановления № 1

**жение обыкновения получают в постановлениях Конституционного Суда РФ**, когда им проверяется конституционную законность положений того или иного федерального закона в разрезе смысла, придаваемого ему правоприменительной практикой. Именно в высших звеньях всех судебных систем (общей юрисдикции, арбитражной, конституционной) страны работают судьи, которые являются еще и учеными. Именно при этих звеньях действуют научно-консультативные советы. Наибольшим авторитетом обладают обыкновения, сформулированные в судебных актах Конституционного Суда РФ<sup>1</sup>. Как нам представляется, именно об обыкновении идет речь в Определении Конституционного Суда РФ № 300-О от 27 декабря 2002 года<sup>2</sup>, которым устанавливается возможность обжалования постановлений следственных органов об отказе в возбуждении уголовного дела, а равно постановлений об отмене ранее вынесенных постановлений о прекращении уголовного преследования.

Ранее уже отмечалось, что правовая наука в известном смысле также является нетрадиционным источником российского права. Данная черта науки хорошо прослеживается на примере создания обыкновений, ведь последние — симбиоз, во-первых, полезного опыта, во-вторых, такого же предметного опыта правоприменительного органа и, в-третьих, юридической мысли. Так, многие уголовно-правовые вопросы регулируются на основе обыкновений, которые в свою очередь стали продуктами судебной деятельности и науки. К примеру, в УК РФ никак не урегулирован вопрос о квалификации деяний лиц, действовавших в состоянии т. н. «фактической ошибки». Отсут-

---

Пленума Верховного Суда РФ «О судебном приговоре» от 29 апреля 1996 г. (Российская газета. 1996. 22 мая).

<sup>1</sup> Думается, именно поэтому некоторые авторы отмечают, что доктринальное толкование Конституции, впоследствии вошедшее в решение Конституционного Суда, придает последнему качество источника права (см., например: Хабриева Т.Я. Доктринальное и компетентное толкование Конституции // Правоведение. 1998. № 1. С. 33).

<sup>2</sup> Определение Конституционного Суда РФ от 27 декабря 2002 г. № 300-О «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 116, 211, 218, 219 и 220 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с запросом Президиума Верховного Суда Российской Федерации и жалобами ряда граждан» // Собрание законодательства РФ. 2003. № 3. Ст. 267.

ствуется такое регулирование и в каком-либо Постановлении Пленума Верховного Суда РФ. Вместе с тем, давая толкование норм о вине в ситуациях фактической ошибки, судьи данное толкование основывают на уголовно-правовой доктрине<sup>1</sup>. Таким образом, **обыкновение — это «очистка» правоположения и его организационная оформленность в виде некоей формулы.** Именно в обыкновении сливаются воедино и окостеневают, кристаллизуются правоположения и прецеденты применения права. Поэтому можно утверждать, что **обыкновение — это ясно и конкретно выраженные правовые позиции правоприменителей, соединяющие в себе доктрину, обычай и практику.**

Не совсем прав Г.Ф. Шершеневич, жестко «разводящий» обычаи и обыкновения, которые, по его мнению, в отличие от обычая, не объективируются и не осознаются. Напротив, Н.С. Таганцев указывал, что имеющее субсидиарное значение обычное правознание является источником права независимо от того, «проявляется ли оно конклюдентными действиями, свидетельствуясь постоянным соблюдением, или получает определенное письменное выражение, являясь прецедентом»<sup>2</sup>. Иногда неосознание обыкновения происходит как раз в силу того, что обыкновение вошло в привычку, применяется на уровне автоматизма, стало элементом массового профессионального правосознания и как бы элементом минимально необходимого набора качеств для лица, уполномоченного на применение права, необходимым элементом профессионального мастерства юриста-правоприменителя.

Вместе с тем данное неосознание является относительным и обыкновение обычно довольно хорошо формулируется, когда законодатель по тем или иным причинам пытается провести «правоприменительную революцию», т. е. изменить ту или иную укоренившуюся тенденцию текущего правоприменения.

Изложенное выше применимо в большей своей части к т. н. *материальным обыкновениям*. Данные обыкновения получают в той или иной степени свою внешнюю объективацию. Однако существуют и процедурно-процессуальные обыкновения, ко-

---

<sup>1</sup> См., например: Якушин В.А. Ошибка и ее уголовно-правовое значение. Казань, 1988.

<sup>2</sup> Таганцев Н.С. Указ. соч. С. 128.

которые как раз не осознаются, ясно не формулируются и существуют в виде традиций правоприменительной деятельности. На наличие таких обыкновений обращалось внимание и в российской дореволюционной литературе. Так, известный российский цивилист Д.И. Мейер считал источниками гражданского права России обычаи и законы. При этом среди юридических обычаев им выделялась подгруппа т. н. «судебных обычаев»: «Особый вид обычного права составляют обычаи судебные. Лица, занимающиеся отправлением суда, состоят на службе в судебных местах более или менее продолжительное время; между делами, поступающими на рассмотрение, много однородных: потому естественно, что в каждом судебном месте устанавливаются известные обычаи относительно производства дел»<sup>1</sup>. В качестве примера судебного обычая Д.И. Мейер указывал на установившееся в окружных судах обыкновение, состоящее в том, что член окружного суда, принимающий прошение, при установлении в нем каких-либо формальных недостатков (непредставление всех документов, копий, пошлин и т. д.) не постановляет определения об оставлении прошения без движения, а предоставляет истцу время немедленно устранить формальные недостатки поданного им иска (прошения)<sup>2</sup>. Поразительно то, что с момента написания книги Д.И. Мейера прошло более 100 лет, а такого рода процедурно-процессуальное обыкновение, несмотря на смену общественно-экономических формаций, политического строя России, многократные кодификации гражданского процессуального права, существует и поныне! Отсюда не исключено, что обыкновения являются и средством сохранения известной преемственности и правовых традиций<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Мейер Д.И. Указ. соч. С. 48—49.

<sup>2</sup> Там же. С. 49.

<sup>3</sup> В зарубежной юридической литературе дружественных стран в прошлые годы назывался, например, такой фактор преемственности в праве, как сохранение постоянства в некоторых элементах нормативного содержания права (предписания, регламентации, юридические права как конкретные возможности (см.: Неновски Нено. Преемственность в праве: (Пер. с болг.). М., 1977. С. 25 и след.). Думается, условием существования правоприменительных обыкновений также является известная объективно существующая преемственность, выражающаяся в стабильности и устойчивости правовых средств в рамках одной правовой системы на относительно длинном временном отрезке.

Таким образом, процедурно-процессуальные обыкновения возникают для упрощения и ускорения развития правоприменительного процесса, даже вопреки его имеющейся регламентации процессуальными нормами но, как правило, там и тогда, где такое упрощение не влечет нарушения прав и законных интересов субъектов правоприменительных отношений.

В качестве примера рассматриваемого нами вида обыкновений можно привести следующие случаи.

В соответствии со ст. 203 ГПК РСФСР решение по гражданскому делу должно выноситься судом (судьей) немедленно после его разбирательства. В случае особой сложности дела суд (судья) немедленно после разбирательства дела обязан объявить резолютивную часть решения, а составление мотивированного решения суд (судья) вправе отложить на срок не более 3-х дней.

Как показало выборочное изучение 100 гражданских дел, рассмотренных в период с 1998 по 2001 г. судами общей юрисдикции г. Волгограда, г. Волжского Волгоградской области и Волгоградского областного суда, судьи никогда не объявляют полный текст решения немедленно после разбирательства дела, также никогда мотивированное решение в виде его полного текста не составлялось в установленные ст. 203 ГПК РСФСР сроки. Таким образом, не согласная с постановленным решением сторона оказывается всегда пропустившей 10-дневный срок его обжалования в кассационном порядке. Поэтому при подаче кассационной жалобы во всех изученных авторами случаях подавалось и заявление о восстановлении срока на кассационное обжалование со ссылкой на то, что 10-дневный срок был пропущен вследствие несвоевременного изготовления председательствующим по делу судьей полного, мотивированного текста судебного решения.

В соответствии со ст. 105 ГПК РСФСР заявление о восстановлении пропущенного процессуального срока подается в суд, в котором надлежало совершить процессуальное действие, и рассматривается в судебном заседании. Лица, участвующие в деле, извещаются о времени и месте заседания, однако их неявка не является препятствием для разрешения поставленного перед судом вопроса.

На практике же ввиду 100 % случаев несвоевременности изготовления судьей мотивированного текста судебного реше-



ния сложилось два обыкновения, направленных с одной стороны на соблюдение права лица, участвующего в деле, на обжалование постановленного по делу судебного акта, с другой стороны — на ускорение реализации этого права. Первое обыкновение состоит в том, что судьи просят кассатора не писать заявление о восстановлении срока на кассационное обжалование и принимают кассационную жалобу «задним числом», т. е. так, чтобы подача жалобы укладывалась в 10-дневный срок с момента оглашения резолютивной части решения. Второе обыкновение состоит в том, что судьи в судебное заседание для восстановления срока на кассационное обжалование лиц, участвующих в деле, не вызывают, хотя для соблюдения гражданской процессуальной формы в материалах дела имеется протокол судебного заседания с указанием на факт выхода судьи в судебное заседание, участие в нем также и секретаря судебного заседания, доклад материалов дела, факт неявки в судебное заседание участвующих в деле лиц, далее на факт удаления судьи в совещательную комнату, затем его выхода из совещательной комнаты и оглашения соответствующего, всегда положительного в смысле удовлетворения адресованной суду просьбы о восстановлении процессуального срока, определения.

Систематическое толкование процессуальных норм, регламентирующих порядок конституционного, арбитражного и гражданского судопроизводства, позволяет заключить, что после принятия 24 июля 2002 г. АПК РФ и 14 ноября 2002 г. ГПК РФ высшие звенья судебной системы судов общей и арбитражной юрисдикции уполномочены проверять в порядке надзора соответствие ранее вынесенных судебных решений на предмет их соответствия правоприменительным обыкновениям.

Так, в соответствии с ч. 3 ст. 377 ГПК РФ «жалобы, представления прокурора на определения Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации и Военной коллегии Верховного Суда Российской Федерации, вынесенные ими в надзорном порядке, подаются в Президиум Верховного Суда Российской Федерации при условии, что такие определения нарушают единство судебной практики».

Также в соответствии с п. 1 ст. 304 АПК РФ одним из оснований к изменению или отмене судебных актов арбитражных судов, вступивших в законную силу, Президиумом Выс-

шего Арбитражного Суда РФ, является допущенное нарушение единообразия в толковании и применении арбитражными судами норм права.

Наконец, по большинству дел, в рамках которых признавались неконституционными федеральные законы, Конституционный Суд РФ в описательно-мотивировочной части своих постановлений оценивал на предмет соответствия Конституции РФ не буквальное содержание тех или иных оспариваемых положений закона, а тот смысл, который придается им обычными правоприменительной практики.

Постановлением Конституционного Суда РФ от 25 октября 2001 г. № 14-П «По делу о проверке конституционности положений, содержащихся в статьях 47 и 51 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР и пункта 15 части второй статьи 16 Федерального закона «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений»<sup>1</sup> были признаны не соответствующими Конституции РФ положение пункта 15 части второй статьи 16 Федерального закона «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений», допускающее регулирование конституционного права на помощь адвоката (защитника) ведомственными нормативными актами, поскольку это положение *по смыслу, придаваемому ему правоприменительной практикой*, служит основанием неправомерных ограничений данного права, ставя реализацию возможности свиданий обвиняемого (подозреваемого) с адвокатом (защитником) в зависимость от наличия специального разрешения лица или органа, в производстве которого находится уголовное дело.

Постановлением Конституционного Суда РФ от 18 февраля 2000 г. № 3-П «По делу о проверке конституционности пункта 2 статьи 5 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» были признаны не соответствующим Конституции Российской Федерации пункт 2 статьи 5 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации»<sup>2</sup>, поскольку *по смыслу, придаваемому ему правоприменительной практикой*, он во всех случаях приводит к отказу органами прокурату-

---

<sup>1</sup> Собрание законодательства Российской Федерации. 2001. № 48. Ст. 4551.

<sup>2</sup> Собрание законодательства Российской Федерации. 2000. № 9. Ст. 1066.

ры в предоставлении гражданину для ознакомления материалов, непосредственно затрагивающих его права и свободы, без предусмотренных законом надлежащих оснований, связанных с содержанием указанных материалов, и препятствует тем самым судебной проверке обоснованности такого отказа.

Хотя Конституционный Суд РФ и не называет обыкновения в своих постановлениях в качестве объекта конституционной проверки, думается, речь в них идет именно о правоприменительных обыкновениях. Следует это из того, что, во-первых, как указывалось, выше прежняя редакция Закона РСФСР «О Конституционном Суде РСФСР» содержала ссылку на обыкновения, через призму которых проверяется конституционное содержание того или иного принятого Верховным Советом РФ закона. Во-вторых, почти все решения Конституционного Суда РФ (о чем речь пойдет в третьем параграфе настоящей главы) являются источником права, обладают максимальным авторитетом. Поэтому основанием для «вмешательства» Конституционного Суда РФ являются не любые элементы правоприменительной практики, а лишь те, в которых скапливается максимально широкий, выходящий за пределы только одного региона, всероссийский опыт, причем опыт наиболее статичный, образующий собой своеобразную, укоренившуюся правоприменительную тенденцию, традицию. Только такой опыт может быть и «опасен» постольку, поскольку он изменяет буквальное конституционное содержание закона. Именно его надо обобщить и зафиксировать в постановлении и дать ему при необходимости критическую оценку.

Думается, из такого понимания единообразия практики применения и толкования закона, из понимания необходимости аккумулярования такого единообразия в форме обыкновений, исходил российский законодатель, предоставляя Президиумам Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ право проверять в порядке надзора казуальные решения судов на предмет их соответствия судебной практике.

В заключении скажем, что нам представляется наиболее правильным назвать данный итоговый элемент правоприменительной практики **деловым обыкновением**, поскольку такое название позволит подчеркнуть с одной стороны сферу его появления и приложимости, с другой стороны подчеркнуть его

форму как особую разновидность обычая, являющего собой сплав повседневного, профессионального и теоретического правосознания.

Итак, *деловое обыкновение* — это получившее широкое распространение и общее признание массовидное, длительно используемое в текущем правоприменении организационное правило, содержащее в себе в статическом виде апробированное и усвоенное органами правоприменения правоположение.

\*  
\*  
\*

Третий пласт правоприменительной практики представлен практикой «в чистом ее виде», что выражается в издании интерпретационных актов не в связи с потребностями конкретного правоприменительного дела, а на основе анализа множества дел однородной категории, со сходной фактической основой. Данный пласт практики объективируется во вне достаточно многообразно — в виде различного рода **руководящих разъяснений, методических указаний, писем, справок, обобщений, постановлений** и т.п., издаваемых Верховным Судом РФ, Высшим Арбитражным Судом РФ, Конституционным Судом РФ, Генеральной прокуратурой и МВД РФ, иными (обычно центральными федеральными) органами исполнительной власти. Прежде всего данные акты издаются в связи с внутренними потребностями нижестоящих структурных подразделений того или иного федерального органа государственной власти в плане организационно-методического руководства, касающегося как налаживания четкого «вертикального» взаимоотношения той или иной системы органов между собой, так и унификации правовой квалификации юридических дел, подведомственных данной системе органов применения права. Вместе с тем аккумулированная в специальных актах практика обобщения ранее накопленного прецедентного опыта по своему значению для потребностей властной правореализации является различной. Акты некоторых органов применения права являются нормативно-обязательными не только для системы нижестоящих органов, но и для всех адресатов подвергшейся интерпретации нормы, а некоторые акты обязательны только для нижестоящих структурных подразделений той или иной системы органов государственной власти и тем самым не выходят за рамки организационно-методического руководства. Отсюда практику обобщаю-

щую предлагается подразделить на практику (а) руководящую и (б) практику организационно-методического руководства.

В системе руководящей практики особое место занимают постановления Пленумов Верховного Суда РФ, Высшего Арбитражного Суда РФ и Конституционного Суда РФ. Именно в них наиболее рельефно выразился вопрос о сложной природе данного пласта правоприменительного опыта, вылившийся в длительную дискуссию о том, являются ли прежде всего руководящие разъяснения Пленума Верховного Суда РФ источниками права.

Согласно первому подходу к решению данного вопроса, разделяемому В.С. Нерсисянцем и Т.Г. Морщаковой<sup>1</sup>, постановления Пленума Верховного Суда РФ, как и казуальные акты его Президиума и коллегий не имеют значения источников права, а являются лишь высококвалифицированными доктринальными рекомендациями. Данный взгляд базируется на буквальном понимании принципа разделения властей и, тем самым, на буквальном толковании конституционного текста (ст. 10 Конституции РФ). Аналогичного взгляда придерживаются и представители отраслевых наук, в частности, уголовного права. По мнению А.Н. Красикова, А.И. Рарога, Ю.М. Ткачевского<sup>2</sup>, роль руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда РФ с принятием ныне действующей Конституции РФ изменилась, так как в ст. 126 Конституции РФ не подчеркивается то обстоятельство, что даваемые Верховным Судом РФ разъяснения являются руководящими; кроме того, в силу ч. 1 ст. 120 Конституции РФ «судьи независимы и подчиняются только Конституции РФ и федеральному закону».

Второй взгляд довольно неоднороден и основывается на положении не отмененной вплоть до настоящего времени ст. 56 За-

---

<sup>1</sup> См.: Нерсисянец В.С. Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право // Судебная практика как источник права. М., 1997. С. 34—41; Он же. У российских судов нет правотворческих полномочий // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 107—112; Интервью с заместителем Председателя Конституционного Суда РФ Т.Г. Морщаковой // Законодательство. 1999. № 5. С. 2—7.

<sup>2</sup> См.: Красиков А.Н. Указ. соч. С. 76; Рарог А.И. Правовое значение разъяснений Пленума Верховного Суда РФ // Государство и право. 2001. № 2. С. 53; Курс уголовного права. Общая часть. Т. 1: Учение о преступлении: Учебник для вузов / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой и И.М. Тяжковой. М., 2002. С. 111.

кона РСФСР «О судоустройстве РСФСР», в соответствии с которой Верховный Суд РФ в числе прочего *«дает руководящие разъяснения судам по вопросам применения законодательства РСФСР, возникающим при рассмотрении судебных дел. Руководящие разъяснения Пленума Верховного Суда РСФСР обязательны для судов, других органов и должностных лиц, применяющих закон, по которому дано разъяснение»*. Сам же по себе тот факт, что ст. 126 Конституции РФ указала на возможность дачи Верховным Судом РФ разъяснений по вопросам применения закона, но не подчеркнула их руководящий характер, не свидетельствует еще о том, что такие разъяснения не являются обязательными как для судов, так и всех других адресатов интерпретируемых Верховным Судом РФ норм. И на самом деле, если такие разъяснения не были бы обязательными для всех субъектов властной правореализации, то, вероятно, не было бы смысла «перегружать» текст Основного закона страны излишней информацией, не несущей практически никакой смысловой нагрузки<sup>1</sup>.

Между тем, указывая на безусловно важную роль разъяснений Пленума Верховного Суда РФ, специалисты данной проблематики различно оценивают природу руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда РФ. Например, С.С. Алексеев, Н.В. Михалева, Л.В. Смирнов<sup>2</sup> рассматривают постановления Пленума Верховного Суда РФ в качестве подзаконных нормативных актов конкретизирующего характера. Нормативный характер разъяснений пленумов Верховного Суда СССР и РСФСР не в связи с конкретным делом отмечали в середине XX в. С.Н. Братусь, М.М. Исаев и В.И. Каминская<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: Демидов В.В. О роли и значении Пленума Верховного Суда Российской Федерации // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 1998. № 3. С. 22; Жуйков В.М. К вопросу о судебной практике как источнике права // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 82—83; Лившиц Р.З. Судебная практика как источник права // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 89.

<sup>2</sup> См.: Алексеев С.С. Общая теория права: Т. I. С. 354—355; Михалева Н.В. Судебная практика судов общей юрисдикции как источник права // Судебная практика как источник права / Отв. ред. серии Б.Н. Топорнин. М., 2000. С. 138; Смирнов Л.В. Деятельность судов Российской Федерации как источник права // Журнал российского права. 2001. № 3. С. 51.

<sup>3</sup> См.: Братусь С.Н. О юридической природе постановлений пленума Верховного Суда СССР и инструктивных указаний Государственного арбитража при Совете Министров СССР // Тезисы докладов на Межвузовской научной конференции «Социалистическая законность, толкование и приме-

О.П. Темушкин и В.В. Тарасова<sup>1</sup>, не умаляя обязательности постановлений Пленума Верховного Суда, видят в них все же только акты официального толкования норм права. Аналогичного мнения придерживался М.С. Строгович и А.С. Шляпочников<sup>2</sup>.

Думается, что второй взгляд на природу руководящих разъяснений ближе к истине и отвечает реалиям текущего правоприменения и потребностям юридической практики. Действительно, чаще всего постановления Пленума Верховного Суда РФ издаются именно для обслуживания интересов казуального судебного применения права по однородной категории дел, когда применяемые нормы неясны, неконкретны, имеют какие-либо «внутренние» структурные дефекты. И отсюда постановления Пленума Верховного Суда РФ, действительно, относятся к разновидности актов официального нормативного толкования права. Это видно и из того, что, будучи обязательными, они тем не менее существуют либо до их изменения или отмены издавшим их органом — например, Пленумом Верховного Суда РФ, либо же до отмены или изменения норм, в связи с разъяснением которых «родились» те или иные акты официального толкования. Однако в ряде случаев постановления Пленума Верховного Суда РФ обладают большим зарядом общей правотолковательной «регулятивности», а данные Пленумом разъяснения уже не умещаются в стереотипы сложившегося в науке понимания основных видов толкования правовых норм, что позволяет некоторым авторам видеть в официальном толковании Верховного Суда РФ «продолжение зако-

---

нение советских законов». Киев, 1961. С. 8—12; Исаев М.М. Судебная практика пленума Верховного Суда СССР как источник советского уголовного права // Ученые записки ВИЮН. Вып. V. М., 1947. С. 75—88; Каминская В.И. О юридической природе руководящих указаний пленума Верховного суда СССР // Советское государство и право. 1956. № 8. С. 13—21.

<sup>1</sup> См.: Темушкин О.П. Толкование закона пленумом Верховного суда СССР // Советское государство и право. 1976. № 12. С. 34—40; Тарасова В.В. Акты судебного толкования норм права: понятие, юридическая природа, виды // Вопросы теории государства и права. Вып. 1(10). Саратов, 1998. С. 116; Она же. Акты судебного толкования правовых норм: Юридическая природа и классификация / Под ред. М.И. Байтина. Саратов, 2002. С. 15—16.

<sup>2</sup> См.: Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. Т. I: Основные положения науки советского уголовного процесса. М., 1968. С. 73—74; Шляпочников А.С. Толкование советского уголовного закона. М., 1960. С. 33—34.

нотворческой деятельности»<sup>1</sup>. Это происходит, например, в случаях указания в постановлении Пленума Верховного Суда РФ на использование приема аналогии права или аналогии закона<sup>2</sup>, а равно в случаях толкования Конституции РФ и наполнения ее абстрактных положений более предметно-практическим содержанием<sup>3</sup>, что аккумулируется в прецедентах толкования и применения, правоположениях, деловых обыкновениях как основных элементах правоприменительного творчества. Наконец, почти каждое постановление Пленума Верховного Суда РФ содержит в себе и напоминание о необходимости соблюдения действующего законодательства и его правильного применения. Таким образом, постановления Пленума Верховного Суда — это сложный симбиоз конкретизированных суждений о смысле правовых норм, напоминаний об их содержании и указаний на те нормы, которыми следует руководствоваться при разрешении типичных правоприменительных ситуаций, правоположений, обыкновений, прецедентов толкования, собственно толкования законодательства по однородной категории дел, типизаций фактических обстоятельств в рассматриваемых юридических делах и т. д. Сформулированные в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ организационно-вспомогательные правила сами по себе не преследуют цель создания нормы или ее подмены и призваны обслуживать прак-

---

<sup>1</sup> Дроздов Г.В. Правовая природа разъяснений закона высшими органами судебной власти // Советское государство и право. 1992. № 1. С. 71.

<sup>2</sup> Например, Верховный Суд РФ в п. 10 постановления № 2 от 20 января 2003 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с принятием и введением в действие Гражданского процессуального кодекса РФ» (Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 3. С. 1—5) разъяснил, что если при рассмотрении дела в порядке производства по делам, возникшим из публичных правоотношений, обнаружится спор о праве, то суд на основании ч. 4 ст. 1 ГПК РФ (условия применения в гражданском процессе аналогии закона или аналогии права. — *Н. В. и А. Р.*), применительно к сходным ситуациям по делам особого производства (ч. 3 ст. 263 ГПК РФ), выносит определение об оставлении заявления без рассмотрения, в котором разъясняет заявителю и другим заинтересованным лицам их право разрешить спор в порядке искового производства.

<sup>3</sup> См., например: Тихомиров Ю.А., Котелевская И.В. Правовые акты: Учеб.-практ. и справ. пособие. М., 1999. С. 229.

Задолго до принятия УПК РФ в 2002 г., Пленум Верховного Суда РФ в п. 2 своего постановления № 1 «О судебном приговоре» от 29 апреля 1996 г. (Российс-



тическое применение преимущественно уже имеющихся норм или, в крайнем случае, заполнять на время пустоты системы права посредством аналогии закона или права. Все это свидетельствует, на наш взгляд, о том, что руководящие разъяснения Пленума Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ являются дополнительным, **вспомогательным источником права**, нетрадиционным по своему происхождению и юридической силе <sup>1</sup>.

Отсюда, по нашему мнению, для снятия всех неопределенностей в вопросе о юридической силе постановлений Пленума Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ редакция п. 5 ст. 19 и п. 5 ст. 23 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации»<sup>2</sup> должна быть дополнена указанием на то, что даваемые Пленумами Верховного Суда РФ и высшего Арбитражного Суда РФ разъяснения по вопросам судебной практики являются нормативно-обязательными для всех нижестоящих звеньев соответствующей судебной системы, а равно для всех иных субъектов, являющихся адресатами данного разъяснения и на регулирование деятельности которых оно направлено. Поскольку фактически юридическая сила таких разъяснений производна от юридической силы разъясняемых ими норм, которые обычно содержатся в федеральных законах, неправильным выглядит исключение из сферы конституционного правосудия возможности проверки на предмет соответствия Конституции РФ руководящих разъяснений высших судебных инстанций РФ<sup>3</sup>, поче-

---

кая газета. 1996. 22 мая) разъяснил, что «при отказе от дачи показаний потерпевшего, свидетеля, являющегося супругом или близким родственником подсудимого, а равно при отказе от дачи показаний самого подсудимого суд вправе сослаться в приговоре на показания, данные этими лицами ранее, лишь в том случае, если при производстве дознания, предварительного следствия им были разъяснены положения ст. 51 Конституции РФ, согласно которой никто не обязан свидетельствовать против себя самого, своего супруга и близких родственников».

<sup>1</sup> См.: Пудовочкин Ю.Е., Пирвагидов С.С. Понятие, принципы и источники уголовного права: сравнительно-правовой анализ законодательства России и стран Содружества Независимых Государств. СПб., 2003. С. 219.

<sup>2</sup> Собрание законодательства РФ. 1997. № 1. Ст. 1; 2001. № 51. Ст. 4825.

<sup>3</sup> Ущербность этой ситуации критикуется в литературе М. Митюковым (см.: Митюков М. Исполнение актов Конституционного Суда РФ и конститу-

му в п. ч. 1 ст. 3 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде РФ»<sup>1</sup>, его главу XII «Рассмотрение дел о конституционности законов по жалобам на нарушение конституционности права и свобод граждан» и главу XIII «Рассмотрение дел о конституционности законов по запросам судов» должны быть внесены соответствующие дополнения в плане расширения сферы его подведомственности, предусматривающие возможность обжалования в порядке конституционного судопроизводства руководящих разъяснений Пленумов Верховного суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ.

Методические письма<sup>2</sup>, обзоры юридической практики<sup>3</sup>, информационные справки высших и центральных правоприменительных органов занимают, по мнению авторов, промежуточное положение между актами судебного казуального толкования и руководящими разъяснениями Верховного Суда РФ. Их обязательность распространяется только на работников определенной системы органов, центральное или высшее звено которой инициировало обобщение практики в той или иной названной форме, поэтому данный массив юридической практики с успехом можно было бы назвать *«правом для служебного пользования»*, или *«служебным правом»*. Примечательно, что обычно сами работники определенной системы органов применения права, кроме судебной вертикали, данное обстоятельство осознают и потому, например, в судах обычно не ссылаются на какие-либо собственные внутриведомственные обобщения: так, например, только 8,74 % опрошенных авторами адвокатов и 7,46 % судей отметили когда-либо имевшую место ссылку работников прокуратуры, принимавших участие в гражданских и уголовных делах, на внутриведомственные приказы, инструкции, обзоры, справки и обоб-

---

ционных (уставных) судов субъектов Федерации // Российская юстиция. 2001. № 6. С. 14).

<sup>1</sup> Собрание законодательства РФ. 1994. № 13. Ст. 1447.

<sup>2</sup> См., например: Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 17 марта 2003 г. № 71 «Обзор практики разрешения арбитражными судами дел, связанных с применением отдельных положений части первой Налогового кодекса РФ» // Хозяйство и право. 2003. № 4. С. 110—125.

<sup>3</sup> См., например: Обобщение практики рассмотрения судами г. Волгограда и Волгоградской области дел о восстановлении на работе. Архив Волгоградского областного суда.

щения; при этом в 100 % исследованных авторами правоприменительных актов (судебных приговорах, решениях, определениях, постановлениях судебно-следственных органов) отсутствовала ссылка на ведомственные обобщения в обоснование того или иного решения по делу. Однако само себе это обстоятельство еще не свидетельствует о том, что в имеющемся массиве «служебного права» не могут находиться противоположения, деловые обыкновения и другие элементы правоприменительного творчества. Другое дело, что они, в отличие от руководящих разъяснений, занимают обычно малый удельный вес и растворены в огромном массиве напоминаний о содержании норм действующего права <sup>1</sup>.

Следует отметить, что авторитет служебных обобщений произведен и от того, насколько они отвечают требованиям закона и реалиям текущего судебного правоприменения, т. е. от того, насколько они согласуются с практикой судебной во всех ее многообразных проявлениях.

Отмеченное предопределяет и трудности разрешения вопроса, связанного с юридической природой внутриведомственных актов организационно-методического руководства. Думается, ***признавать их вспомогательными источниками права можно лишь в той мере, в какой они не противоречат действующему законодательству и руководящим разъяснениям Пленума Верховного Суда РФ.***

Дискуссионной остается в науке и юридическая природа огромного массива актов Конституционного Суда РФ, уполномоченного Конституцией РФ (ст. 125) и Федеральным конституционным законом «О Конституционном Суде РФ» признавать неконституционными нормы федеральных законов, нормативных указов Президента, нормативных актов Совета Федерации, Государственной Думы, Правительства РФ, конституций, уставов и нормативных актов субъектов РФ по вопросам компетенции РФ и совместному с РФ ведению, договоров между органами государственной власти РФ и органами власти субъектов РФ, договоров между органами государственной власти, не вступивших в

---

<sup>1</sup> Как отмечает В.Н. Карташов, ведомственные обобщения, справки, обзоры нередко перегружены цифровым и фактическим материалом, малопоучительными примерами (см.: Карташов В.Н. Обобщение юридической практики: Учеб. пособие. 2-е изд., перераб. и доп. Ярославль, 1991. С. 3).

силу международных договоров РФ. К специфической компетенции Конституционного Суда РФ относится и даваемое им в силу п. 5 ст. 125 Конституции РФ толкование Основного закона по запросам Президента РФ, палат Федерального Собрания РФ, Правительства РФ, органов законодательной власти субъектов РФ.

Трудности уяснения правовой природы актов Конституционного Суда РФ проистекает из того, что Конституционный Суд РФ входит в систему органов правосудия (глава 7 Конституции), т. е. судебных органов, и поэтому формально лишен правотворческих полномочий в силу провозглашенного ст. 10 Конституции принципа разделения властей и в силу прямого отнесения к его компетенции функции конституционного контроля. Но почти общепризнанно в науке и практике (за очень редким исключением — О.Е. Кутафин<sup>1</sup>, Т.Г. Морщакова, В.С. Нерсисянц), что акты Конституционного Суда, в которых устанавливается неконституционность проверяемых правовых норм, имеют бесспорно правотворческое значение<sup>2</sup>. Это значение проистекает из того, что Конституционный Суд, признав неконституционной ту или иную правовую норму, фактически отменяет ее, лишает ее юридической силы. Именно поэтому бывший председатель Конституционного Суда В.А. Туманов назвал данный орган судебной власти «негативным законодателем»<sup>3</sup>. Большинство специалистов общетеоретической и государственно-правовой проблематики (Р.З. Лившиц, Б.Н. Топорнин, В.М. Жуйков, Т.Н. Нешатаева, С.А. Иванов, Ю.А. Тихомиров<sup>4</sup> и др.) видят специфику актов Конститу-

---

<sup>1</sup> См.: Кутафин О.Е. Источники конституционного права Российской Федерации. М., 2002. С. 147.

<sup>2</sup> См., например: Эбзеев Б.С. Выступление на научно-практическом семинаре «Органы конституционного контроля субъектов Российской Федерации: проблемы организации и деятельности» // Государство и право. 1995. № 9. С. 126; Комментарий к постановлениям Конституционного Суда Российской Федерации / Отв. ред. Б.С. Эбзеев: В 2 т. М., 2001. Т. 1: Государственная власть. Местное самоуправление. С. 16—17; Гаджиев Г.А. Конституционный принцип самостоятельности судебной власти в Российской Федерации (на основе решений Конституционного Суда РФ 2000—2002 годов) // Журнал российского права. 2003. № 1. С. 10.

<sup>3</sup> См.: Туманов В.А. Предисловие к книге «Конституционный Суд РФ: Постановления. Определения. 1992—1996» / Сост. и отв. ред. Т.Г. Морщакова. М., 1997. С. 5.

<sup>4</sup> См.: Лившиц Р.З. Указ. соч. С. 11; Топорнин Б.Н. Указ. соч. С. 43—44; Жуйков В.М. К вопросу о судебной практике как источнике права

ционного Суда РФ в создании прецедентов, которые упрямо «вторгаются» в традиционную систему источников права России<sup>1</sup>. На прецедентный характер судебных решений, выносимы в ходе конституционного правосудия, обращает внимание и бывший председатель Конституционного Суда РФ М.В. Баглай, прямо относя их к числу источников права<sup>2</sup>. Как считает Г.А. Гаджиев, применительно к решениям Конституционного Суда, вообще неприлично говорить, что нет прецедента<sup>3</sup>.

По нашему мнению, положительным является то, что авторы обращают внимание на правотворческую природу деятельности Конституционного Суда РФ и по сути нормативный характер его решений<sup>4</sup>. Но едва ли верным будет отождествление судебных актов этого Суда с судебным прецедентом. Последний в классическом его понимании есть почти абсолютно новое рождение и формулирование нормы в мотивировочной части правоприменительного акта. Вместе с тем Конституционный Суд не «рождает» норму, а творит ее на основании текста Основного Закона. Таким образом, следует признать, что в системе актов официального толкования права появилась особая разновидность толкования, которую следует именовать **правотворческим**<sup>5</sup>. Это несколько противоречит традиционному взгляду на институт официального толкования, которое «по определению» является правоприменительным, а потому не может создавать новых пра-

---

// Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 88; Нешатаева Т.Н. Указ. соч. С. 92—96; Иванов С.А. Еще раз по поводу судебных постановлений как источника трудового права // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 124; Тихомиров Ю.А. Способы устранения пробелов в законодательстве // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 129—130.

<sup>1</sup> См., например: Лазарев В. Исполнение решений Конституционного Суда РФ // Российская юстиция. 2002. № 9. С. 17.

<sup>2</sup> См.: Баглай М.В. Вступительная статья к книге А. Барака «Судейское усмотрение». М., 1999. С. X; Он же. Конституционное право Российской Федерации: Учебник для вузов. М., 1998. С. 27.

<sup>3</sup> См.: Гаджиев Г.А. Феномен судебного прецедента в России // Судебная практика как источник права / Отв. ред. серии Б.Н. Топорнин. М., 2000. С. 100.

<sup>4</sup> См., например: Конституционный судебный процесс: Учебник для вузов / Отв. ред. М.С. Саликов. М., 2003. С. 167—175.

<sup>5</sup> См.: Вопленко Н.Н. О понятии и функциях правотворческого толкования // Правовая политика и правовая жизнь. 2003. № 1. С. 72—80. Не употребляя

вовых норм. Его результат — это формулирование особых организационно-вспомогательных правил понимания и применения толкуемых норм права<sup>1</sup>. Однако правотворческое толкование не укладывается только в рамки организационно-вспомогательных правил, потому что, помимо признания недействующей проверяемой в процессе конституционного судопроизводства нормы, создает и новые нормы путем выведения их из абстрактных положений конституционного текста. Выделим основные признаки правотворческого толкования.

1. Думается, бесспорным субъектом этого вида толкования выступает Конституционный Суд РФ и конституционные (уставные) суды субъектов РФ<sup>2</sup>. Однако субъектами такого толкования могут быть Верховный Суд и Высший Арбитражный Суд РФ в составе своих пленумов, когда они дают руководящие разъяснения по актуальным вопросам текущей юридической практики на предмет понимания и применения текста Основного Закона<sup>3</sup>.

2. Правотворческое толкование является результатом осуществления высшими судебными инстанциями России функции судебно-конституционного нормоконтро-

---

термина «правотворческое», фактически о таком же характере интерпретационной деятельности Конституционного Суда РФ говорил и В.А. Туманов (см.: Интервью Председателя Конституционного Суда Российской Федерации В.А. Туманова журналу «Государство и право» // Государство и право. 1995. № 9. С. 6—7; см. также: Лукьянова Е.А. Конституция в судебном переплете // Законодательство. 2000. № 12. С. 52).

<sup>1</sup> См.: Вопленко Н.Н. Официальное толкование норм права. С. 34; Хабриева Т.Я. Процессуальные вопросы толкования Конституции в деятельности Конституционного Суда РФ // Государство и право. 1996. № 10. С. 21.

<sup>2</sup> Например, по данным В. Бобровой, в 2001 году конституционными (уставными) судами признаны неконституционными 27 законов субъектов РФ и иных нормативных актов; в 10 случаях подтверждена неконституционность нормативных актов, которые ранее были признаны неконституционными (см.: Боброва В. Деятельность конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации // Российская юстиция. 2002. № 6. С. 68).

<sup>3</sup> Например, Постановление Пленума Верховного Суда РФ «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» от 31 октября 1995 г. № 8 // Сборник постановлений Пленумов Верховных судов СССР и РСФСР (Российской Федерации) по уголовным делам. 4-е изд. М., 1996. С. 558—565.

ля<sup>1</sup>. В литературе выделяются следующие признаки данного вида судебного контроля: а) он основывается на принципе верховенства Конституции РФ и служит обеспечению ее приоритета; б) в зависимости от субъекта правотворческого толкования, оно может носить как контрольный, с правом объявления недействующим нормативного (Конституционный Суд РФ), так и надзорный, т. е. консультативно-наблюдательный характер (Верховный и Высший Арбитражный Суд РФ); в) прежде всего влияет на правотворческий процесс, т. е. является именно нормоконтролем, ибо объектом проверки выступает правовая норма безотносительно к фактической основе юридического дела, инициировавшего данный контроль; г) обеспечивает конституционную законность; д) непосредственно связан с толкованием правовых норм.

3. Правотворческое толкование, объективируемое в правоприменительном акте, есть диалектическое единство собственно толкования и создания «протонормы». И, действительно, в процессе проверки конституционной законности нормативного материала судебный орган по существу занимается юридической аргументацией, призванной убедить заинтересованные стороны в законности и справедливости правовой позиции Суда, объяснить юридические мотивы принятого решения по делу. Судебные органы при этом не создают правовые нормы и не отменяют их, потому что у них отсутствуют такие полномочия, а путем уяснения и разъяснения смысла права проверяют их законность. Отсюда их деятельность по преимуществу является интерпретационной. Вместе с тем, не создавая правовую норму, субъект правотворческого толкования не остается безучастным к созданному им пробелу (при признании проверяемой нормы неконституционной), а, напротив, путем толкования создает своеобразную «протонорму». Ее прообраз обычно помещается в мотивировочной части правоприменительного акта, что и роднит ее по структуре с англо-саксонским образцом судебного прецедента, что, вероятно, дает основание сравнивать акты высших судебных органов с данным видом источников права.

---

<sup>1</sup> См.: Лазарев В. Проблемы судебного нормоконтроля в решениях Конституционного Суда РФ // Российская юстиция. 2001. № 2. С. 11.

Таким образом, **правотворческое толкование** — это осуществляемое высшими судебными инстанциями РФ в порядке судебного-конституционного нормоконтроля официальное толкование правовых норм, в результате которого лишаются юридической силы нормы права, признанные не соответствующими конституционному законодательству. А вынесенный по его результатам акт в своей мотивировочной части становится источником права в той мере, в которой он сопровождает уяснение и разъяснение абстрактных положений конституционного текста.

### **§ 3. Функции правоприменительной практики**

Вопрос о функциях правоприменительной практики — это фактически вопрос о ее роли и целевом назначении в механизме правового регулирования социальных отношений. Думается, именно поэтому данный вопрос освещается в работах ученых, специально посвященных проблемам юридической, правотворческой, правоприменительной, судебной и другим видам практики.

По нашему мнению, познание функций правоприменительной практики надо связывать с понятием функции права вообще и функций правоприменения.

Применительно к праву, М.И. Байтин определил функции права как «наиболее существенные направления и стороны его воздействия на общественные отношения, в которых раскрываются общечеловеческая природа, а также социальное назначение права»<sup>1</sup>. Фактически из такого же определения функции права как «обусловливаемого социальным назначением права основного направления его воздействия на общественные отношения..., в котором выражены классовая сущность, служебная роль, цели и задачи права», исходит и Т.Н. Радько<sup>2</sup>. В.Н. Карташов функции юридической практики определяет как «относительно обособленные направления гомогенного (однородного) ее воздействия на субъек-

---

<sup>1</sup> Байтин М.И. Сущность права: (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). С. 138.

<sup>2</sup> Радько Т.Н. Методологические вопросы познания функций права. Волгоград, 1974. С. 13; см. также: Вопленко Н.Н. Сущность, принципы и функции права: Учеб. пособие. Волгоград, 1998. С. 45—46.



тивную и объективную реальность, в которых конкретизируется ее природа, проявляются динамизм, творчески преобразующий характер, социально-правовое назначение, место и роль в правовой системе (жизни) общества»<sup>1</sup>. Раскрывая природу правотворческого толкования, Н.Н. Вопленко определил его функции как основные направления воздействия на правовую систему, в которых раскрывается практическая роль и социальное своеобразие данного нового для РФ правового явления<sup>2</sup>. Итак, все авторы подчеркивают, что функция — это всегда наиболее значимая «деятельностная сторона» того или иного явления, оказывающая воздействие на правовую систему. Таким образом, *функции правоприменительной практики — это специфические, только ей присущие, основные, наиболее существенные направления ее влияния, воздействия на состояние правовой системы конкретного общества.*

Вопрос о количестве, наименовании и содержании функций юридической вообще и правоприменительной практики, в частности, не получил основательной научной разработки. В.Н. Карташов, например, предлагает выделить две группы функций: экономическую, политическую, социальную, экологическую и воспитательную в качестве *общесоциальных* функций и регистрационно-удостоверительную (закрепительную), правоконкретизирующую и правоохранительную в виде *специально-юридических* функций<sup>3</sup>. В.И. Леушин прямо называет в качестве ведущей и главной *регулятивную функцию* юридической практики<sup>4</sup>. По мнению Н.Н. Вопленко, основными функциями практики правотворческого толкования являются: познавательная-интерпретационная, правосозидательная, контрольно-надзорная, или функция обеспечения законности<sup>5</sup>. Применительно к судебной практике, С.Н. Братусь и А.Б. Венгеров выделили функцию детализации, или конкретизации, общих и абст-

---

<sup>1</sup> Общая теория государства и права: Акад. курс: В 3-х т. 2-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. М.Н. Марченко. Т. 3. М., 2001. С. 146; см. также: Карташов В.Н. Юридическая деятельность: понятие, структура, ценность. С. 124.

<sup>2</sup> См.: Вопленко Н.Н. О понятии и функциях правотворческого толкования. С. 78.

<sup>3</sup> См.: Карташов В.Н. Указ. соч. С. 128—141; Палагина Е.Н. Указ. автореф. дис. С. 18.

<sup>4</sup> См.: Леушин В.И. Юридическая практика в системе социалистических общественных отношений. С. 115.

<sup>5</sup> См.: Вопленко Н.Н. Указ. соч. С. 78—80.

рактных правовых норм, функцию единообразного применения судами законов и функцию совершенствования законодательства<sup>1</sup>. С.С. Алексеев в своих ранних работах по общей теории права выделил только две функции юридической практики — правоконкретизирующую и сигнально-информационную<sup>2</sup>, а несколько позже обосновал наличие у практики и т. н. «*правонаправляющей (ориентирующей)*» функции<sup>3</sup>.

Как нам представляется, любое правовое явление может быть рассмотрено в двух аспектах — с онтологической точки зрения, т. е. с точки зрения его бытия в системе всех остальных общественных явлений, а также с собственно-юридических позиций. Отсюда весьма плодотворен подход В.Н. Карташова, разделившего все функции юридической практики на *общесоциальные и специально-юридические*.

1. С точки зрения философии право представляет собой особое надстроечное явление, особую форму общественного сознания, наряду с моралью<sup>4</sup>. Поэтому, как замечает А.В. Малько, право и все его проявления в реальной действительности, охватываемые категорией «правовая жизнь», тесно переплетены с экономической и политической жизнью и в большей мере составляют их своеобразную форму<sup>5</sup>. Таким образом, право в своих нормах призвано отражать те или иные явления общественной жизни, которые выступают для права содержанием, а право по отношению к ним специфической формой<sup>6</sup>. Задача «адекватного отражения» запросов социальной практики, динамики социума, действующих в обществе в историческом масштабе социальных закономерностей, тем самым всего многообразия общественной жизни возложена на субъектов право-

---

<sup>1</sup> См.: Судебная практика в советской правовой системе. С. 6, 15, 24.

<sup>2</sup> См.: Алексеев С.С. Проблемы теории права. Т. 2. С. 89.

<sup>3</sup> См.: Алексеев С.С. Общая теория права. Т. I. С. 348.

<sup>4</sup> См.: Соловьев Э.Ю. Личность и право // Соловьев Э.Ю. Прошлое толкует нас: (Очерки по истории философии и культуры). М., 1991. С. 405; Марченко М.Н. Форма права: проблемы понятия и значение. С. 14.

<sup>5</sup> См.: Малько А.В. Правовая жизнь // Общественные науки и современность. 1999. № 6. С. 67.

<sup>6</sup> Примечательно, что вопрос о том, какие феномены социума отражает право, однозначного разрешения в философских науках не получил. Так, видный российский религиозный мыслитель В.М. Соловьев указывал в XIX в., что «право есть низший предел или определенный минимум нравственности»

творчества через издаваемые ими правовые нормы<sup>1</sup>. Соответственно в зависимости от того, насколько адекватно и правильно отражены в нормах социальные закономерности, будет зависеть в какой-то степени и успешное развитие конкретного общества. Характеризуя правовую жизнь, А.В. Малько, в частности, указывает, что она, будучи отражением иных форм общественной жизни, может оказывать на экономику и политику и обратное воздействие, в т. ч. и сдерживающего плана<sup>2</sup>.

Отсюда, как нам представляется, при несоответствии норм права социальной практике, ее потребностям, при неадекватном отражении в праве социальных закономерностей правоприменительная практика призвана несколько сгладить данные противоречия, заполнить своими «протонормами» пустоты правового регулирования, исправить огрехи законодательной техники, приспособить имеющиеся в наличии нормы и иные правовые средства к потребностям общества, тем самым адаптировать право к другим подсистемам общества и, следовательно, выполнить свою *адаптационную, или приспособительную, функцию, а именно функцию сглаживания (снятия) противоречий между общественной жизнью и имеющимися в наличии правовыми нормами в традиционных юридических источниках права как принятых в данном обществе и государстве официальных форм выражения и закрепления права*.

Например, в связи с реформированием Российского государства изменились и ценностные ориентиры общества о месте и роли человека в системе государственно-правового механизма. Признание неотчуждаемых естественных прав и

---

(Соловьев В.С. Оправдание добра // Соловьев В.С. Чтения о богочеловечестве. Духовные основы жизни. Оправдание добра. Минск, 1999. С. 783). Напротив, К. Маркс и Ф. Энгельс видели в буржуазном праве возведенную в закон волю господствующего класса буржуазии, содержание которой «определяется материальными условиями жизни вашего класса» (Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 1—50. М., 1929—1958. Т. 4. С. 443).

<sup>1</sup> См.: Леушин В.И. Правотворческая практика как форма познания социальных закономерностей // Ученые записки Тартусского университета. Вып. 909: Теоретические проблемы юридической практики. Studia juridica VI: Труды по правоведению. На рус. и англ. яз. / Тартуский университет; Отв. ред. И.Н. Грязин, П.М. Ярвелейд. Тарту, 1990. С. 5—17.

<sup>2</sup> См.: Малько А.В. Указ. соч. С. 67.

свобод человеческой личности, а равно и самой личности высшей ценностью, нашли свое формальное закрепление в ст. 2 Конституции России от 12 декабря 1993 г. и в целом в ее главе 1 об основах конституционного строя. Между тем имеющееся законодательство начала 90-х гг. XX в. не отвечало новым ожиданиям общества прежде всего в той их части, которая касалась всемерного гарантирования судебного способа защиты прав и свобод человека и гражданина. С принятием 12 декабря 1993 г. Конституции РФ именно новые запросы социальной практики вызвали необходимость адекватного изменения основ судоустройства и судопроизводства. Отсюда именно практикой был выработан ряд правил, которые или шли вразрез с законом, или же органично дополняли его. К числу таковых можно отнести установление практикой возможности обжалования в суд не только действий и решений должностных лиц, нарушающих права и свободы граждан, но и бездействия властных субъектов публичных правоотношений. Данный вопрос возник в связи с тем, что статья 2 Закона РФ «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан» в его первоначальной редакции от 27 апреля 1993 г. не относила бездействие субъектов публичной власти к объектам судебного обжалования. И только после ряда прецедентных решений судов, положительно разрешивших данный вопрос, были внесены соответствующие изменения в названный Закон Федеральным законом РФ от 14 декабря 1995 г.<sup>1</sup>

Также еще до обновления процессуального законодательства стало непосредственно применяться судами положение ст. 46 Конституции РФ, а ранее и ст. 63 Конституции РСФСР 1978 г., гарантирующей каждому судебную защиту его прав и свобод. Это «свело на нет» отдельные рудименты командно-административной системы, обязывавшие судью отказать в принятии заявления по гражданскому делу, если таковое не подлежит рассмотрению в судах (п. 1 ч. 2 ст. 129 ГПК РСФСР), а равно прекратить производство по

---

<sup>1</sup> Собрание законодательства РФ. 1995. № 51. Ст. 4970. См. подробнее: Загайнова С.К. Указ. соч. С. 78—79.

делу, если заявление уже было принято (п. 1 ст. 219 ГПК РСФСР)<sup>1</sup>.

2. В § 1 главы 1 настоящей работы были рассмотрены различные виды источников права, которые представляют собой своего рода «цепочку» создания права, процесс воплощения содержания социальных источников в положениях юридических источников, которое, пройдя через легальные источники, различные правотворческие процедуры, должно в идеале адекватно отразиться в юридических нормах. Таким образом, юридические нормы — это в идеале отражение объективных закономерностей, учет их действия в конкретных условиях места и времени, оптимальное выражение потребностей общественного развития, избрание наиболее оптимального метода правового воздействия на общественные отношения и прогнозирование эффективности его действия<sup>2</sup>. Получается, что, родившись вследствие потребностей общественной жизни и отделившись от нее посредством диалектики познания, деятельности и результата, составляющего законченный цикл установления или санкционирования государством процесса создания права, норма опять возвращается к общественной жизни. Тем самым от того, насколько адекватно в норме отражены реально происходящие в обществе процессы, будут зависеть ее регулятивные потенции. В этом залог эффективности действия нормы, который обнаруживается в ходе организованной правореализации.

Отсюда ***правоприменительная практика выполняет функцию ценностно-ориентационного критерия, является критерием истинности, применимости и своеобразной легитимности***

---

<sup>1</sup> В частности, Президиумом Верховного Суда РФ было отменено определение Санкт-Петербургского горсуда, которым было прекращено производство по делу по иску Корпачева о защите авторских прав с мотивацией неподведомственности спора суду в принципе. Президиум же в своем постановлении привел ст.32 Декларации прав и свобод человека и гражданина и ст.63 Конституции РФ (1978 года), которые гарантировали каждому судебную защиту его прав и свобод и возможность судебного обжалования решений должностных лиц, государственных органов и общественных организаций, повлекших за собой нарушение закона или превышение полномочий, а также ущемляющих права граждан (Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 2 марта 1994 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1995. № 2. С. 3—4).

<sup>2</sup> См.: Керимов Д.А. Законодательная техника. Науч.-метод. и учеб. пособие. М., 1998. С. 15—16.

*действующего позитивного права, составляющих его норм, их соответствия объективным закономерностям развития общества и его подсистем.*

Однако было бы явным упрощением видеть в практике только положительное. Как пишет В.И. Леушин, «в какой-то период может распространиться даже противозаконная практика, получившая поддержку заинтересованных в ней органов и должностных лиц»<sup>1</sup>. Определенной почвой для этого являются профессиональные деформации субъектов властной право-реализации, порожденные особой остротой и важностью поставленных перед ними задач, их чрезвычайной загруженностью, плохим материально-ресурсным обеспечением и т. п. Разумеется, такая практика не представляет собой ценности сама по себе и потому не может быть критерием истинности права, правильности отражения воли государства и народа в юридических источниках. Но и в этом случае вовремя замеченная тенденция практики является ценностным ориентиром для институтов гражданского общества, так как сигнализирует о необходимости устранения дефектов профессионального правосознания субъектов властной правореализации, неблагополучия отдельных элементов правовой системы.

3. Как представляется, специально-юридические функции правоприменительной практики делятся на две группы. *Первую группу составляют те его функции, которые производны от правоприменительной деятельности вообще.* Это вполне оправданно, так как правоприменительная практика объективируется именно в правоприменительной деятельности, обуславливается прежде всего потребностями правоприменения, а поэтому повторяет его основные черты. Видный разработчик проблематики правоприменения И.Я. Дюрягин выделяет следующие функции правоприменительной деятельности: во-первых, правообеспечительную, во-вторых, индивидуального (казуального) регулирования, которые, по его мнению, «подчинены функциям права в целом»<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Леушин В.И. Юридическая практика в системе социалистических общественных отношений. С. 112.

<sup>2</sup> Дюрягин И.Я. Применение норм советского права. Теоретические вопросы. Свердловск, 1973. С.38; см. также: Алексеев С.С., Дюрягин И.Я. Функции применения права // Правоведение. 1972. № 2. С. 25.

Индивидуальное регулирование, как считает И.Я. Дюрягин, проявляется через конкретизационную и правовосполнительную задачи<sup>1</sup>. Едва ли, однако, последнее замечание можно признать верным. Как замечено Р.З. Лившицом, «существо правового регулирования заключается в определенном воздействии на общественные отношения», которое обычно проходит по схеме «идея — норма — отношения»<sup>2</sup>. Правоприменение, таким образом, вызывается к жизни на последнем этапе правового регулирования в наиболее важных сферах жизнедеятельности, где социальные связи не могут быть охвачены правом без вмешательства представителей государства в лице определенных государственных органов и должностных лиц. На данном этапе в идеале задача правоприменения состоит в простом «наложении» нормы как общей модели поведения на фактически возникшее конкретное отношение по принципу простого категорического силлогизма. Именно в этом и заключается суть индивидуального правоприменительного регулирования общественных отношений — в государственно-властном и организованном переводе абстракции юридической нормы на язык реальной жизни. В свою очередь правоприменительная конкретизация, толкование нормы или восполнение «пустот» нормативного звена механизма правового регулирования в процессе индивидуально-властной правоприменения — это не основная задача индивидуального регулирования, а «неизбежное зло» и «побочный продукт», с которым иногда приходится сталкиваться в процессе отыскания адекватного правового материала для его приложения к действительности. Отсюда, думается, ***функцией правоприменительной практики, производной от общей функцией правоприменения вообще, будет функция индивидуального регулирования общественных отношений.***

*Вторую группу специально-юридических функций практики должны составить уже те ее функции, которые характеризуют качественное своеобразие данного явления. Приступая к их рассмотрению, хотелось бы заметить следующее.*

---

<sup>1</sup> Дюрягин И.Я. Применение норм советского права. С. 42—43.

<sup>2</sup> Лившиц Р.З. Теория права. С. 95.

С.С. Алексеев, С.Н. Братусь, А.Б. Венгеров, выделяя те или иные функции практики, все же, вероятно, были связаны определенными условиями места и времени, в котором писались их труды. Видимо поэтому, никем из авторов советского периода развития правовой науки не была в качестве функции правоприменительной практик названа ее правотворческая функция. Данная функция называется Н.Н. Вопленко в современных трудах, но только в отношении практики правотворческого толкования. При этом, может быть, из-за того, что именование главной функции практики как правотворческой «режет слух», она именуется правосозидательной<sup>1</sup>.

Как нам представляется, **правотворческая функция практики является именно главной** и основной ее функцией, так как лучше всего отражает целевое предназначение правоприменительной практики и ее уникальную роль в регулировании общественных связей. Как было показано выше, правоприменительная практика в качестве источника права вызывает к жизни двумя группами противоречий — между правом и обществом и противоречиями внутри системы права. Но в любом случае потребность в регулирующем эффекте практики возникает тогда, когда нормы традиционных источников «не справляются» в части или полностью с поставленной перед ними задачей регулирования общественных отношений.

Уникальность правоприменительной практики в романо-германской правовой семье как источника права следует из того, что так или иначе любой юридический источник рассматривается «как результат правотворческой деятельности государства, создающего или санкционирующего правило поведения и тем самым сообщаящего такому правилу качество правовой нормы»<sup>2</sup>. Правоприменительная практика не относится к установленным государством источникам и не может быть отнесена в полной мере и к группе источников, санкционируемых им. Ее правотворческая роль возникает часто помимо воли и сознания участников государственного механиз-

---

<sup>1</sup> См.: Вопленко Н.Н. Указ. ст. С. 79.

<sup>2</sup> Марксистско-ленинская общая теория государства и права. С. 583.



ма, складывается спонтанно, но тем не менее властно вторгается в регулирование общественной жизни. Таким образом, проистекая от государства, она между тем специально им в качестве источника права не устанавливается и не санкционируется. Порой те или иные элементы прецедентной практики властной правореализации, особенно некоторые деловые обыкновения, существуют на уровне привычного автоматизма и передаются от одного поколения юристов-правоприменителей к другому как необходимый элемент профессионального мастерства.

Следует признать правильным подход В.Н. Карташова, который, помимо выделения основных функций, выделяет также и подфункции практики. Думается, что правотворческая функция правоприменительной практики реализует себя через две особые подфункции:

а) *подфункцию косвенного, или опосредованного, влияния на позитивное право, когда правоприменительная практика выступает фактором совершенствования законодательства*. Эту функцию также справедливо именуют сигнально-информационной. В этом своем значении правоприменительная практика, заполняя на время «пустоты» позитивного права, сглаживая «шероховатости» и несогласованности внутри системы права и т. п., настойчиво сообщает законодателя и правоприменителю о необходимости дополнения традиционных юридических источников теми или иными правовыми нормами либо же о необходимости изменения, уточнения уже имеющихся норм. Например, ГК РСФСР 1964 г. при регламентации вопроса в главе 12 о разделе имущества, находящегося в общей долевой собственности, или же о выделе доли из общего имущества не предусматривал для собственника, имеющего большую долю, права требовать в судебном порядке передачи ему доли меньшего сособственника тогда, когда последний не заинтересован в использовании общего имущества, его доля является незначительной и ее выдел в натуре невозможен. Так как данный вопрос был особенно значимым при разделе жилых помещений, он был решен в п. 13 Постановления Пленума Верховного Суда СССР от 31 июля 1981 г. № 4 «О судебной практике по разрешению споров, связанных с правом собственно-

сти на жилой дом»<sup>1</sup>, а далее его регламентация нашла свое отражение в п. 4 ст. 252 действующего ГК РФ 1995 г.

б) Особо следует выделить и *подфункцию прямого, или непосредственного, влияния, практики на правовое регулирование общественных отношений*. В этом своем значении практика выступает именно нетрадиционным источником права. Особенно это относится к прецедентному виду практики. *Ее элементы, представляющие собой своеобразную диалектическую цепочку поступательного развития регулятивных возможностей практики*<sup>2</sup>, *существуют параллельно с правовыми нормами и дополняют нормативное звено механизма правового регулирования*, являются своеобразными «протонормами», своего рода «протоправом», правом «второго сорта», «служебным правом» и т. д.

Эта подфункция может проявить себя через правореализационную конкретизацию тех или иных элементов нормы. Она же может проявить себя и через толкование норм права. Но в обоих этих случаях правотворческий элемент является дополнительным, поскольку прослеживается тесная связь созданной практикой «протонормы» с действующей официальной нормой позитивного права. Однако практика может проявить себя и через правотворческое толкование права, где наблюдается толкование более высокого порядка — общих начал, принципов Основного закона, который гораздо абстрактнее и статичнее, чем конкретные нормативные предписания, поэтому здесь нельзя уже говорить об однозначно служебном, вспомогательном характере созданных практикой правил.

Отсюда с учетом сказанного в рамках подфункции прямого регулятивного влияния правоприменительной практики на динамику общественных связей можно выделить в свою очередь по критерию способа объективации практики а) право-конкретизирующую подфункцию, б) интерпретационную подфункцию, в) непосредственно-нормативную подфункцию практики, или подфункцию правотворческого толкования.

Наконец, также в рамках подфункции прямого регулятивного влияния практики на общественные отношения по

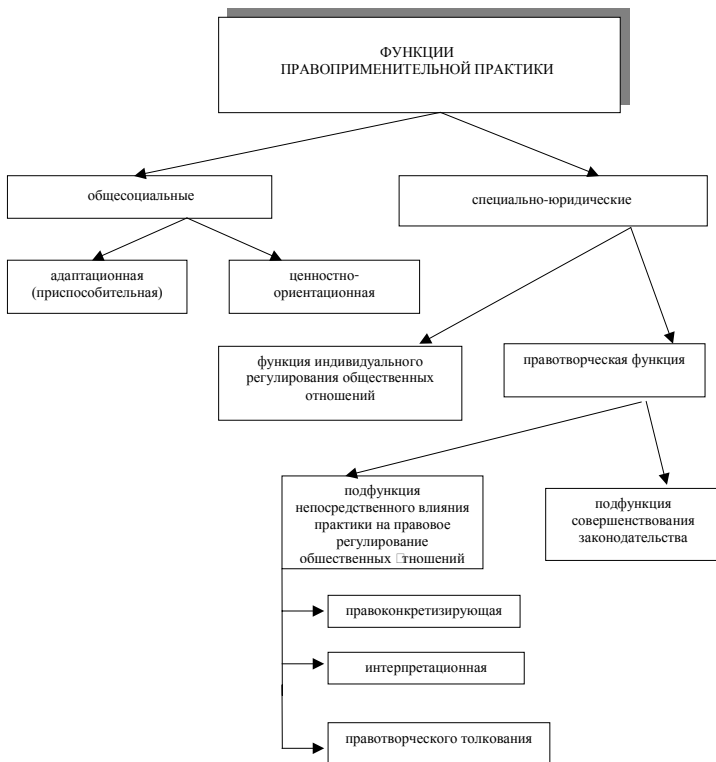
---

<sup>1</sup> См.: Сборник постановлений Пленумов Верховных Судов СССР и РСФСР (Российской Федерации) по гражданским делам. М., 1994. С. 91—96.

<sup>2</sup> Прецедент толкования > прецедент применения > правоположение > деловое обыкновение.

критерию повода, обуславливающего вызов практики «к жизни», можно выделить подфункцию восполнения и преодоления пробелов, подфункцию преодоления коллизий, подфункцию заполнения правового вакуума, подфункцию формализации «квалифицированного молчания законодателя», подфункцию формализации и конкретизации оценочных понятий.

Графически функции и подфункции правоприменительной практики могут быть представлены на нижеприлагаемой схеме.



# Содержание

|   |     |
|---|-----|
| Введение .....  | 3   |
| ГЛАВА I. Теоретические основы понятия<br>и классификации источников<br>российского права .....            | 9   |
| § 1. Понятие, система и классификация<br>источников российского права .....                               | 9   |
| § 2. Теоретические предпосылки определения<br>традиционности и нетрадиционности<br>источников права ..... | 22  |
| § 3. Система нетрадиционных источников<br>права .....   | 38  |
| ГЛАВА II. Сущность правоприменительной практики<br>и ее роль в правовой системе России .....              | 60  |
| § 1. Дискуссионные вопросы понятия<br>правоприменительной практики<br>и ее социальные истоки .....        | 60  |
| § 2. Основные элементы правоприменительной<br>практики и их правотворческая роль .....                    | 112 |
| § 3. Функции правоприменительной практики ....  | 192 |

Научное издание

**Вопленко Н.Н., Рожнов А.П.**

Правоприменительная практика:  
понятие, основные черты  
и функции

МОНОГРАФИЯ

Главный редактор *А.В. Шестакова*  
Технический редактор *Е.М. Надёжкина*  
Художник *Н.Н. Захарова*

Подписано в печать 17.08 2004 г. Формат 60×84/16.  
Бумага офсетная. Гарнитура Таймс. Усл. печ. л. 11,97.  
Уч.-изд. л. 13,88. Тираж 200 экз. (1-й завод 121 экз.).  
Заказ . «С» 94.

Издательство Волгоградского государственного университета.  
400062, г. Волгоград, просп. Университетский, 100.



**Удалить**

**Удалить**