Д. Ю. Любитенко

ПРАВОВАЯ ДОКТРИНА В СИСТЕМЕ ИСТОЧНИКОВ РОССИЙСКОГО ПРАВА

В статье рассматривается правовая доктрина в контексте ее принадлежности к источникам российского права, нередко наделяется различными эпитетами: нетрадиционные, вторичные, вспомогательные источники права. Автор предлагает свое видение места правовых доктрин в системе источников российского права.

Ключевые слова: правовая доктрина, система источников права, социальные источники права.

D. U. Lubitenko

LEGAL DOCTRINE IN SYSTEM OF SOURCES OF THE RUSSIAN LAW

Legal doctrine in a context of its accessory to sources of the Russian law is quite often allocated with various epithets: nonconventional, secondary, auxiliary sources of the law. The author offers the vision of a place of legal doctrines in system of sources of the Russian law.

Keywords: doctrine, system of sources of the right, social sources of the right.

Для юридической науки и науки в целом свойственно стремление к воплощению полученного знания в практической сфере. В этой связи представляется не совсем верным утверждать, что вопрос о доктринальности права для юридической науки является абсолютно новым, поскольку сам посыл к доктринальности права вызван к жизни фактом зарождения и развития юридической науки (доктрины) как таковой.

Под понятием правовой доктрины в настоящей статье понимается система авторитетных и влияющих на законодателя представлений о должном образе права, отражающих сложившиеся в обществе культурные и, прежде всего, научные взгляды относительно надлежащего образа правового регулирования.

Исследование природы правовых доктрин через их соотношение с такими центральными понятиями для теории права, как форма и источник права, обнаруживает очевидную невозможность признания доктрины в качестве внешней формы права. Внешней формой права (а для сторонников нормативного подхода форма права может быть только внешней) в теории права принято называть то, из чего мы узнаем о праве, то, в чем право закрепляется — как правило, письменные источники. Исключением из

этого общего наблюдения являются доктрины, выступающие официальными программными документами, издаваемыми (принимаемыми) государственными органами [7].

В научной литературе существует дискуссия по поводу признания официальных доктрин нормативно-правовыми актами [3, 5], которая подкрепляется правовыми позициями Конституционного суда РФ, считающего, что подобные доктрины не содержат нормативных предписаний, а следовательно, не могут являться нормативно-правовыми актами [12].

Ряд исследователей считают выводы Конституционного суда РФ по данному вопросу спорными, как например, С. В. Бошно, которая справедливо отмечает, что «в подобных условиях принимать доктрины и концепции — значит засорять пространство неясными произведениями» [1, с. 72].

Несмотря на невозможность признания доктрин внешней формой права доктрину можно считать универсальной и всеобъемлющей формой права, которая проникает в содержание всех правовых явлений: в правосознание как целое и в особенности правовую идеологию как часть ее, находит свое отражение во всех формах позитивного права, но не ограничивается им. Являясь особой, внутренней формой права,

правовая доктрина пронизывает своим авторитетным знанием все остальные формы права: нормативный правовой акт, обычай, судебный прецедент, договор. Все эти формы права в той или иной степени воспринимают праводоктринальные элементы.

Принципиальную важность для постижения природы правовых доктрин имеет вопрос о возможности их отнесения к источникам права. Мнения отечественных ученых-юристов в этой области можно разделить на две основные группы.

Первая группа исследователей считает, что правовая доктрина является самостоятельным источником права. Именно в таком качестве правовую доктрину рассматривают И. Ю. Богдановская, А. В. Васильев, Н. Л. Гранат, К. А. Кононов, А. А. Малиновский, Т. Н. Нешатаева, Н. Н. Разумович, В. М. Сырых, В. В. Сорокин и другие исследователи.

Вторая группа исследователей исходит из того, что правовую доктрину источником права можно назвать лишь условно. Так, по мнению Н. Н. Вопленко, правовая доктрина является собой нетрадиционный источник права, при этом под нетрадиционными источниками права ученый понимает «не просто все формы права, которые санкционируются государством, а те из них, которые молчаливо признаются им в качестве возможных дополнительных регуляторов в сфере права» [5, с. 23]. Такая позиция разделяется и другими исследователями [13, с. 29].

Следует признать, что вышеизложенное разделение существующих мнений относительно возможности отнесения доктрин к источникам права является весьма условным. Множество исследователей занимают позицию, стоящую особняком и не вписывающуюся в столь однозначное деление или вообще не признают правовую доктрину в качестве источника российского права.

В частности, в предлагаемой М. Н. Марченко классификации источников права правовая доктрина относится к «вторичным» источникам ан-глосаксонского права [9, с. 606]. В качестве источника права романо-германской правовой семьи М. Н. Марченко правовую доктрину не называет [9, с. 460].

Столь неоднозначное восприятие доктрины как источника права в отечественной науке приводит к отсутствию полноты знаний о природе правовых доктрин, причина которого, в свою очередь, кроется в отсутствии единого понимания самого термина «источник права». Подчас полярные взгляды относительно принадлежности доктрин к источникам права, имеющие место в среде представителей научного сообщества, представляются не столь антагонистичными с учетом понимания того, что эти взгляды основаны на рассмотрении источников права совершенно под разным углом.

В отечественной и зарубежной юридической науке исторически сложилось двойное понимание источников права: с содержательной (материальной) точки зрения и с формальной точки зрения [8, с. 144]. Не акцентируя излишне внимание на этом вопросе, отметим лишь, что в формально-юридическом смысле под источниками права понимают внешние формы выражения права, придающие ему характер официальных правовых норм (нормативно-правовой акт, судебный прецедент, договор нормативного содержания, правовой обычай), в содержательном (материальном) смысле — причины и условия возникновения права, определяющие его содержание.

Обозначенный дуализм в понимании источников права неизбежно проецируется на постижении доктрин в качестве источников права. До настоящего времени с формально-юридических позиций, на наш взгляд, нет оснований считать правовую доктрину источником российского права. Однако утверждение о том, что доктрина в формально-юридическом смысле может быть признана источником российского права, не ставится под сомнение только лишь одним излюбленным нормативистами вопросом риторического содержания: «Как можно сослаться на доктрину?».

Как справедливо отмечает С. В. Бошно, в отдельных правоприменительных актах, включая судебные акты Верховного и Конституционного суда РФ, прямо цитируются конкретные научные работы, представляющие доктринальную ценность, однако в целом эффективные ссылки в

суде на них — достаточно «редкое явление» [2, с. 11].

Правовая доктрина, не будучи воспроизведенной в тексте «традиционного» источника права, в формально-юридическом плане не обладает необходимыми свойствами правового источника, среди которых, в частности, называют принятие нормативного акта нормотворческим органом, государственную обязательность и гарантированность, наличие особой юридической формы. Однако в содержательном (материальном) смысле есть все основания считать правовые доктрины источниками права.

Д. И. Мейеру (1819—1856), одному из основателей российского гражданского права как дисциплинарного курса, принадлежит замечательное высказывание, предваряющее всякие споры о том, что право имеет лишь единственный источник — государственную волю. Позволим себе привести это высказывание в наиболее полном виде: «...Люди, занимающиеся редакцией законов, вращаются в кругу народа, пропитаны его юридическими понятиями, и последние невольно отражаются в трудах редакции законов. С другой стороны, закон, без нужды противоречащий юридическому воззрению народа, может остаться без применения, и позволительно думать, что законодатель, считая господство законов в действительности залогом благоденствия народа, обратится к его юридическим воззрениям» [10].

То, что Д. И. Мейер называет «юридическими воззрениями народа», представляет собой источники права в содержательном (материальном) смысле, такие источники права могут представлять собой мифологические, религиозные, нравственные, идеологические представления общества о праве, а также доктринальные выводы и рекомендации, принадлежащие представителям научного сообщества и пользующиеся авторитетом как среди профессионального сообщества юристов, так и среди обывателей. Очевидное разнообразие названных источников права позволяет согласиться с Н. Н. Вопленко, который настаивает

на необходимости обозначения таких источников социальными источниками [5, с. 3].

В английском языке для обозначения источников права используется понятие «source of law». При этом «source» в английском языке — это тот же источник, одно это слово может употребляться как глагол, означающий «черпать, получать». Право в качестве истоков имеет не только государственную волю, но также и иные источники в широком понимании, которые являются своеобразным ресурсом права, то, из чего право черпает, получает необходимые ему свойства, которые не исчерпываются общеобязательностью.

Так, Дж. Ч. Грэй в качестве источников права в таком широком понимании этого слова понимает не только законодательные акты или, к примеру, как это следует ожидать от представителя американской юридической мысли, судебные прецеденты, но и мнения экспертов, юриспруденцию как науку, а также мораль и справедливость [14, с. 286]. Научные представления, морально-нравственные императивы, находясь в некотором системном единстве, кристаллизуясь в теориях, учениях, концепциях, понятиях и т. д., могущих выступать подобными источниками права.

В контексте исследования возможности отнесения доктрин к источникам права, на наш взгляд, следует признать обоснованной критику имеющего место в отечественной науке подхода к признанию источниками права только тех источников, которые ими являются в формально-юридическом плане. Ошибочной такую позицию считает Г. А. Гаджиев, подчеркивая, что в таком случае подменяются «атрибутивные, сущностные признаки, которыми обладают источники права, формально-юридическими признаками» [6, с. 23]. Такой подход, по мнению исследователя, ведет к необоснованному исключению из числа источников права ряда реальных источников, хотя они реально принимают участие в процессе правового регулирования.

Болезни, которыми страдает теория, поражают и практику. В настоящей работе мы уже указывали на то, что ни в ГПК РФ, ни в АПК РФ не содержится легальное определение понятия

«нормативный правовой акт». При разрешении вопроса о том, относится ли оспариваемый акт к категории нормативных актов, суды пользуются признаками нормативно-правовых актов, изложенных в разъяснениях высших судов. К признакам нормативных правовых актов такие разъяснения относят, в частности, то, что такой акт должен быть официально опубликован и зарегистрирован в установленном порядке. Следовательно, если податель заявления обращается с требованием о признании незаконным, к примеру, незарегистрированного акта, то, даже если он фактически регулирует общественные отношения и нарушил право, суды отказывают заявителю в проверке этого акта. Конституционный суд РФ, выявив конституционно-правовой смысл ст. 251 ГПК РФ, не согласился с Верховным судом РФ и определил, что ст. 251 не предполагает отказ Верховного суда РФ в принятии и рассмотрении заявления гражданина о признании незарегистрированного нормативного акта недействующим [11].

Каково же место доктрины в системе источников российского права? Можем ли мы назвать доктрину источником права, допуская при этом, что доктрине могут быть не присущи все его атрибуты? Как полагает А. А. Васильев, можем. По его мнению, правовая доктрина является первичным, ведущим источником права, которому должны соответствовать другие источники права, в том числе конституция и законы [4, с. 21].

Об общеобязательности доктрин с позиций российского права позволяют говорить содержащиеся в статье 1191 ГК РФ, статье 14 АПК РФ, статье 166 СК РФ положения, согласно которым при применении норм иностранного права судам надлежит устанавливать содержание этих норм в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве. Однако эта обязательность, как видно из закона, не распространяется на национальное право.

Распространенная в отечественной науке позиция, связанная с отождествлением правовой доктрины с категорией нетрадиционных, вспомогательных, дополнительных, косвенных источников права, не ведет к умалению

достоинств доктрины, отнесению ее к разряду «второсортных» источников права. Доктрина пронизывает законодательство, юридическую практику и правосознание.

Как уже упоминалось в настоящей работе, правовая доктрина не может самостоятельно выступать общеобязательным правилом поведения и регулирует общественные отношения опосредованно, формализуясь в юридических предписаниях. Указанное обстоятельство во многом объясняет находящую место в литературе оценку доктрины как условного источника права.

Использование прилагательных «вспомогательный», «неявный» или «нетрадиционный» в данном контексте характеризует сложившееся в отечественной юриспруденции допущение рассмотрения доктрины в качестве источника права. Доктрина, таким образом, приобретает свойства общеобязательности в неофициальном порядке среди ученых и юристов-практиков. Отсутствие же официального начала в доктрине обуславливает необходимость наделения ее названными титулами вспомогательного или нетрадиционного источника права.

Законодатель, как мы уже отмечали, не может полностью отказаться от воздействия со стороны доктрины. Например, законодатель не может позволить себе вольность в использовании юридических терминов, иначе правоприменитель просто не сможет считать «зашифрованный в таком законодательном акте код» и уяснить для себя правомерную модель поведения. В этом смысле доктрина может быть признана источником права только в широком плане.

Правовая доктрина может идти впереди законодателя, выступая инициатором и разработчиком перспективных моделей правового регулирования, но может и следовать за ним, исследуя и давая оценки действующему правовому регулированию или правоприменению *post factum*. Следует признать, что второй вариант взаимодействия доктрины и законодателя в России нельзя отнести к разряду редких явлений.

В частности, в последние годы особое распространение, главным образом среди

отечественных цивилистов и специалистов в области налогового права, получили судебные доктрины как особые обобщения результатов негативного правотворчества — судебной практики. В литературе нередко высказываются мнения о том, что значение судебной практики в будущем будет только возрастать. Это связывают с интенсивным развитием общественных отношений, за которым органы законодательной власти объективно не в силах успевать.

Представляется вполне возможным, что по мере накопления массива судебных решений потребность в систематизации и обобщении судебной практики будет только возрастать. Если этот процесс в дальнейшем будет сопровождаться усилением, как и сейчас, значения судебного прецедента в правовой системе России, то нельзя исключать, что в будущем в суде можно будет сослаться и на судебную доктрину. Судебные доктрины в таком случае будут такими же элементами правовой грамотности профессиональных юристов, как знание юридических терминов, правовых аксиом и т. д.

Список библиографических ссылок

1. Бошно С. В. Доктрина как форма и источник права // Журнал рос. права. 2003. № 12. С. 70—79.
2. Бошно С. В. Нормативный правовой акт: развитие признаков в правоприменительной практике // Арбитражный и гражданский процесс. 2009. № 5. С. 8—12.
3. Вавилин Е. В. Тенденции развития отечественной правовой доктрины: механизм осуществления гражданских прав // Гражданское право. 2008. № 1. С. 4—6.
4. Васильев А. А. Правовая доктрина как источник права: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. Барнаул, 2007.
5. Вопленко Н. Н. Источники и формы права: учеб. пособие. Волгоград, 2004.
6. Гаджиев Г. А. Правовые позиции Конституционного суда РФ как новый источник российского гражданского права // Закон. 2006. № 11. С. 22—32.
7. Доктрина информационной безопасности Российской Федерации [Электронный ресурс]: указ Пре-зидента РФ от 9 сентября 2000 г. № Пр-1895. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
8. Иванюк О. А. Источник права: проблема определения // Журнал рос. права. 2007. № 9. С. 142—150.
9. Марченко М. Н. Источники права: учеб. пособие. М., 2005.
10. Мейер Д. И. Русское гражданское право. Петроград, типография «Двигатель», 1914. [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».
11. Определение Конституционного суда РФ от 2 марта 2006 г. № 58-О // Вестник Конституционного Суда РФ. 2006. № 4.
12. Постановление Конституционного суда РФ от 31 июля 1995 г. № 10-П // СЗ РФ. 1995. № 33. Ст. 3424.
13. Рожнов А. П. Нетрадиционные источники права в правовой системе // Вестник ВолГУ. Сер. 5. Вып. 4. Волгоград, 2001. С. 22—31.
14. Gray J. Ch. The nature and sources of the law. New York, 2008. P. 334.