



**КВАЛИФИКАЦИОННЫЙ
ЭКЗАМЕН
НА ДОЛЖНОСТЬ
СУДЬИ
СУДА ОБЩЕЙ ЮРИСДИКЦИИ**

ИЗДАНИЕ ПЯТОЕ.
ПЕРЕРАБОТАННОЕ И ДОПОЛНЕННОЕ

А.Н. Чашин



Юридическая библиотека России

Александр Чашин

**Квалификационный
экзамен на должность судьи
суда общей юрисдикции**

«ЭКСМО»

2021

УДК 347.962(075)
ББК 67.71я7

Чашин А. Н.

Квалификационный экзамен на должность судьи суда общей юрисдикции / А. Н. Чашин — «Эксмо», 2021 — (Юридическая библиотека России)

ISBN 978-5-04-126083-5

Данное издание не имеет аналогов в России! Предназначено для юристов, готовящихся к экзамену на приобретение статуса судьи, подготовлены подробные ответы на все вопросы, рекомендованные для экзамена на судейский статус Высшей квалификационной коллегией судей Российской Федерации. Книга также будет полезна студентам и преподавателям различных юридических специальностей, чтобы освежить знания или восполнить пробелы в короткий срок. В пятом издании: - обновленный перечень экзаменационных вопросов; - детальный разбор каждого вопроса и примерные ответы; - удобная структура и навигация; - схемы, определения, примеры из судебной практики; - советы по успешному прохождению психологических текстов. В формате PDF A4 сохранен издательский макет.

УДК 347.962(075)
ББК 67.71я7

ISBN 978-5-04-126083-5

© Чашин А. Н., 2021
© Эксмо, 2021

Содержание

Перечень сокращений:	6
Предисловие	7
Раздел I	9
1. Верховенство права и правовое государство	9
2. Правовое государство: общая характеристика, основные элементы	11
3. Источники и формы российского права	12
4. Источники и формы международного права, реализующегося в России	25
5. Взаимосвязь, взаимовлияние и соотношение международного и национального права	27
6. Сущность и функции принципов национального и международного права	29
7. Правовое и индивидуальное судебное регулирование общественных отношений	30
8. Пробелы в праве	32
9. Преодоление и устранение пробелов в российском праве	33
10. Коллизии в российском праве: понятие и виды	34
11. Преодоление и устранение коллизий в российском праве	35
12. Природа и назначение судебной власти в современном государстве	36
13. Природа позиций судов	39
14. Толкование права	42
15. Конкретизация права	45
16. Сущность и дифференциация толкования и конкретизации права	46
17. Нормативные правовые акты: природа и виды	47
18. Закон как вид нормативного правового акта: понятие, основные характеристики, применение судами, возможность судебной проверки действующего закона	48
19. Нормативные правовые договоры	49
20. Обычаи права	50
21. Система права в Российской Федерации: основные элементы и характеристика	52
22. Нормы права: понятие, структура и виды. Применение норм права. Особенности применения относительно-определенных норм права	56
Конец ознакомительного фрагмента.	61

Александр Николаевич Чашин

Квалификационный экзамен на должность судьи суда общей юрисдикции

© Чашин А.Н., текст, 2023

© Оформление. ООО «Издательство «Эксмо», 2023

* * *

Все права защищены. Книга или любая ее часть не может быть скопирована, воспроизведена в электронной или механической форме, в виде фотокопии, записи в память ЭВМ, репродукции или каким-либо иным способом, а также использована в любой информационной системе без получения разрешения от издателя. Копирование, воспроизведение и иное использование книги или ее части без согласия издателя является незаконным и влечет уголовную, административную и гражданскую ответственность.

Перечень сокращений:

АПК РФ – Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации;
ВС РФ – Верховный Суд Российской Федерации;
ГК РФ – Гражданский кодекс Российской Федерации;
ГПК РФ – Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации;
КАС РФ – Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации;
КоАП РФ – Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях;
КС РФ – Конституционный Суд Российской Федерации;
НК РФ – Налоговый кодекс Российской Федерации;
СК РФ – Семейный кодекс Российской Федерации;
ТК РФ – Трудовой кодекс Российской Федерации;
УИК РФ – Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации;
УК РФ – Уголовный кодекс Российской Федерации;
УПК РФ – Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации;
ФЗ – Федеральный закон;
ФКЗ – Федеральный конституционный закон.

Предисловие

Настоящее пособие разработано в соответствии с Перечнем вопросов для включения в экзаменационные билеты при приеме квалификационного экзамена от лиц, претендующих на приобретение статуса судьи суда общей юрисдикции, размещенным на официальном сайте Высшей квалификационной коллегии судей РФ¹.

Необходимо отметить, что Перечень вопросов, предложенных ко включению в экзаменационные билеты для кандидатов в судьи судов общей юрисдикции, не лишен ряда существенных недостатков.

Во-первых, многие вопросы дублируются. Самый яркий пример – это вопросы № 3 и № 16 из раздела, посвященного гражданскому праву.

Во-вторых, ряд вопросов сформулированы некорректно. Так, в вопросе № 1 раздела IX экзаменуемый сталкивается с необходимостью раскрыть содержание правового и индивидуального регулирования административной ответственности. Однако если даже признать возможность подобного индивидуального регулирования (как это делают некоторые административисты), то оно не может находиться в дихотомии с правовым регулированием. Здесь речь может идти о нормативно-правовом и индивидуально-правовом характере регулирования, либо о двух вариантах правового: нормативном (общем) и индивидуальном.

Но все же в целом перечень вопросов, на которые даны ответы на страницах предлагаемого издания, следует признать вполне удачным. Очевидным его достоинством можно признать ряд вопросов общетеоретического характера, направленных на проверку уровня сформированности личности судьи, его правосознания, готовности и способности достойно выдержать нелегкое бремя судебной власти. Обращение к теории государства и права имеет большое педагогическое значение для формирования мировоззрения представителей судейского сообщества на современном этапе построения правового государства и гражданского общества.

Вызывает одобрение заметный акцент не столько на знании претендентами на замещение судейской должности норм закона, сколько на выявление уровня формирования профессионального видения вариантов их применения. Немалое количество вопросов предполагают знание Постановлений ВС РФ и умение их применять при вынесении судебного решения.

Материал изложен с учетом действующего законодательства по состоянию на 1 мая 2022 г., включая изменения, внесенные в национальное законодательство в связи с принятием поправки в Конституцию РФ (одобрены в ходе общероссийского голосования 1 июля 2020 г.).

Изменения, внесенные в Основной закон Законом РФ о поправке к Конституции РФ от 14.03.2020. № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти» можно классифицировать по нескольким основаниям. Первое основание – это предмет регулирования. По этому основанию конституционные изменения затронули:

- а) основы федеративного устройства (ч. 1 ст. ст. 67, 67.1, 68 и др.);
- б) институт президентства (ч. 2 ст. 80, ч. 2 ст. ст. 81, 83 и др.);
- в) регулирование парламентской деятельности на федеральном уровне (ст. ст. 95, 97, 98);
- г) конституционно-правовой статус Правительства РФ (ст. ст. 110–115, ст. 117);
- д) национальную судебную систему (ст. ст. 118, 119, 125 и др.);
- е) нормативно-правовое регулирование местного самоуправления (Глава 8).

Предметный критерий – наиболее очевидный для классификации в конституционном праве. Однако он не затеняет собой иные классификационные основания, среди которых нельзя обойти вниманием критерий законности. Несомненно, что изменения в Конституцию

¹ <http://www.vekrf.ru/publication/1714/> [Электронный ресурс]. (Дата обращения: 22.02.2021.)

РФ, внесенные ФКЗ от 14 марта 2020 г., с очевидностью распределяются на законные и незаконные. Например, формирование института федеральных территорий безусловно (ст. 67) законно. Вместе с тем ряд изменений внесены в текст Конституции РФ с явным, грубым и волюнтаристским попранием положений ее Главы 9. Как известно, все конституции делятся на жесткие, мягкие и полужесткие. Российская Конституция относится к третьему виду, т. е. является полужесткой – значит, изменения можно вносить только в некоторые из ее разделов. Так, согласно ст. 135 Конституции РФ положения ее глав 1, 2 и 9 могут быть пересмотрены только через созыв Конституционного собрания. При этом глава 2 Конституции РФ закрепляет права и свободы человека и гражданина. Институт индексации пенсий, ставший нынче конституционным, никоим образом не относится к федеративному устройству – это элемент гражданских прав. Поэтому он должен находиться в главе 2 Конституции РФ, а не в главе 3. Однако внести без созыва Конституционного собрания изменения во вторую главу нельзя, а в третью – можно, поэтому положения об индексации пенсий «втиснуты» не на свое место. Это ярчайший пример обхода закона – обойдены положения ст. 135 Конституции РФ.

Следующий критерий – целесообразность. По этому критерию изменения Конституции РФ можно разделить на следующие группы:

- а) продиктованные юридической целесообразностью (например, ликвидация конституционного правосудия на уровне субъектов РФ);
- б) продиктованные политической целесообразностью (в частности, пересмотр соотношения юридической силы международного и национального права);
- в) продиктованные научной целесообразностью (приведение соотношений государственной власти и местного самоуправления в соответствие с его классическим научным осмыслением);
- г) продиктованное эстетической целесообразностью (введение термина «сенатор Российской Федерации» и др.);
- д) популистские (положения об индексации пенсий, о семейных ценностях и т. п.).

Кроме примерных ответов на вопросы, в книге даются рекомендации по прохождению кандидатом в судьи психологического тестирования. Этих рекомендаций не было в первом издании, но автор решил включить их в дальнейшие издания книги (начиная со второго), считая, что этот материал будет полезен целевой группе претендентов на должность судьи, поскольку он учитывает особенности их будущих взаимоотношений с психологом.

Раздел I

Вопросы по теории права

1. Верховенство права и правовое государство

Под правовым государством понимается такое государство, которое в своей деятельности руководствуется требованиями именно правовых предписаний, а не действует в угоду политической власти преобладающей элите, финансово-экономическим олигархам и транснациональным корпорациям, лоббирующим свои интересы в процессе реализации государственными органами их функций, не под влиянием сложившейся в некоторый момент популистской конъюнктуры, особенно предвыборной, и тем более не под влиянием коррумпированных чиновников и преступных сообществ. При этом необходимо учитывать, что правила поведения, содержащиеся в законодательстве, должны быть именно правовыми. А одним из принципов права является принцип справедливости. Следовательно, в правовом государстве всё законодательство, включая подзаконные нормативные правовые, а также правоприменительные акты и акты толкования, должно быть справедливым. В истории нередки случаи, когда законодатель с соблюдением формальной законотворческой процедуры принимает закон, несправедливый по своему содержанию. Правоприменитель действует в соответствии с требованиями этого закона. При этом соблюдаются требования законодательства, но не требования права. Так, фашистский режим в Германии в середине XX в. был безупречно, с немецкой педантичностью оформлен законодательно, но Третий рейх не являлся правовым государством, хотя на его территории государственные органы действовали в соответствии с требованиями статей законов. Только правовые законы могут быть официальной основой правового государства. Правовые законы есть законы справедливые. Поэтому основа понимания изучаемого термина заключается в том, что правовое государство есть государство справедливое. Справедливое ко всем членам общества, без исключений. И эта справедливость оформлена в виде системы действующего и реально соблюдаемого законодательства. Конечно, невозможно представить себе, чтобы в каком-либо государстве все законы были абсолютно справедливы, а все государственные служащие и прочие граждане их беспрекословно соблюдали. Общественные отношения развиваются быстро, законодатель не всегда за ними поспевает. В периоды циклических спадов экономической активности снижается материальное подкрепление требований законов. Множество людей личностно формируются в условиях, деформирующих их психику, правопонимание, не получая качественного воспитания в духе высокой правовой культуры. Все эти факторы ведут к фактам нарушений требований законодательства, к возможности существования внеправовых законов. Однако целью построения правового государства является не его абсолютизация, а обеспечение принципа верховенства права в подавляющем большинстве случаев и борьбе с правонарушениями, фактами законодательного волюнтаризма.

Верховенство права (rule of law) представляет собой одну из системообразующих юридических доктрин, согласно которой в сфере государственной деятельности делается акцент на ограничении правом публичной власти, на связанности судов только правом. При этом с определенных теоретических позиций принцип верховенства права конкурирует с принципом законности в связи с отрицанием тождественности права и закона, понимания права всегда как справедливого и допущением возможности существования неправовых и несправедливых законов.

Будучи воспринятой в качестве принципа российского права, рассматриваемая доктрина оказывает заметное влияние на отечественную судебную практику. Это влияние наиболее

выпукло проявляется через деятельность Конституционного Суда РФ. Так, КС РФ в ряде своих решений² вывел из доктрины верховенства права такие положения, как:

- принцип правовой определенности;
- принцип публичной достоверности правовых норм;
- принцип соразмерности ограничений.

² См., например: Постановление Конституционного Суда РФ от 22.04.2011. № 5-П «По делу о проверке конституционности положения пункта 3 статьи 15 Федерального закона «О безопасности дорожного движения» в связи с жалобой гражданки Г. В. Шихуновой» // СЗ РФ. – 02.05.2011. – № 18. – Ст. 2697.

2. Правовое государство: общая характеристика, основные элементы

Понятие правового государства – см. вопрос № 1.

Элементы правового государства:

- разделение властей (на законодательную, исполнительную и судебную);
- верховенство права;
- гражданское общество;
- многопартийность;
- конституционная юстиция;
- признание прав и свобод личности высшей ценностью;
- рыночное хозяйство и т. п.

3. Источники и формы российского права

В современной научной литературе под источниками права подразумевают три различных феномена:

- в материальном смысле под источником права понимаются обуславливающие их общественные отношения;
- в идеологическом смысле под источником права понимается правосознание;
- в формально-юридическом смысле под источником права понимается его внешняя форма.

Каждый объект материального мира каким-либо образом оформлен, организован структурно и наполнен содержанием. Под содержанием объекта понимается единство всех его составных элементов, сущностных свойств, внутренних процессов, связей, тенденций и противоречий. Однако нельзя вести речь о каком-либо объекте, опираясь только на его содержание. Содержание любого объекта заключено в определенную форму. Форма есть способ выражения и существования содержания в объективной действительности. Содержание и форма связаны и едины, поэтому не может быть содержания без формы или формы без содержания.

Формой существования правовой нормы является ее источник, который традиционно понимается в материальном и формальном смыслах. В материальном смысле источником права является общество с определенной социально-экономической структурой, определяемой уровнем экономического и культурного развития. В формальном смысле источником права является внешняя форма выражения и закрепления нормы права.

Источник (форма) права (в узком, формальнологическом смысле) – возникший в специальном режиме, устойчивый, признанный субъектами права элемент правовой материи определенного содержания, способный исполнять функцию сосредоточения правовых норм.

В отечественной правовой системе выделяются следующие формы (источники) права.

Нормативный правовой акт – см. вопрос № 17.

Правовой обычай – см. вопрос № 20.

Судебный прецедент – нормативное положение, содержащееся в решении высшей судебной инстанции по конкретному делу.

Прецедент, как и любой другой источник права, имеет как преимущества, так и недостатки.

Прецедент как источник права обладает следующими основными преимуществами:

- определенность и единообразие в решениях судов;
- высокая восприимчивость к изменениям общественных условий. Прецедентная практика судов имеет возможность видоизменять и устанавливать новые необходимые нормы права.
- относительно более детальный учет конкретных обстоятельств дела;
- высокая практичность, которая выражается в формировании новых правовых норм с учетом реально существующих правоотношений и существующих в реальной действительности обстоятельств;
- высокая гибкость, обеспечивающая распространение общей нормы права на большое число различных ситуаций, возникающих на практике.

Однако прецедент обладает и существенными недостатками:

- высокая строгость, которая выражается в том, что прецедент не допускает никаких отклонений, в том числе тогда, когда сам прецедент признается неверным;
- возможность непоследовательности, которая выражается в том, что в процессе правоприменения суд, не желая следовать одному прецеденту, имеет возможность применить иной прецедент за счет незначительных различий между ними;

– высокая сложность и запутанность правовой системы. Объем правовых норм настолько велик, что отдельный человек физически не может знать их все. По данным А. К. Романова, в настоящее время в английском праве насчитывается более 350 000 действующих прецедентов³, а такая отрасль, как уголовное право, насчитывает в общей сложности более 7000 преступлений⁴, так как продолжает обходиться без уголовного кодекса (для сравнения: Уголовный кодекс традиционно содержит не более 300 составов преступлений);

– недостаточно высокая скорость изменений, что выражается в том, что формирование новой нормы находится в зависимости от разрешения судом конкретного дела. Однако судебные процессы в результате затягивания сторонами могут длиться не один год.

Механизм действия прецедента как источника права проиллюстрируем на следующем примере, приведенном А. К. Романовым в учебном пособии по правовой системе Англии⁵.

В 1932 г. английским судом рассматривалось дело Донохью против Стивенсона (Donoghue v. Stevenson). Фабула дела следующая. Некая Донохью получила в подарок бутылку имбирного пива, заказанную для нее подругой в кафе. Бутылка была изготовлена из темного непрозрачного стекла, не позволявшего увидеть содержимое бутылки, а когда женщина выпила пиво, то увидела на дне разложившуюся улитку. На почве пережитого психического потрясения у нее наступило расстройство здоровья, в дальнейшем она проходила курс лечения в клинике. Донохью обратилась в суд с иском к производителю пива об оплате произведенных затрат на лечение и компенсации морального вреда.

Суд обязал ответчика (производителя пива) возместить истце причиненный вред, хотя между ними не было конкретных правоотношений.

До дела Донохью аналогичные вопросы в соответствии с нормами гражданского права Англии разрешались на основе принципов защиты личности, личных имущественных и неимущественных прав потерпевшего. Однако эти нормы сложились в тот период времени, когда между производителем товара и потребителем, как правило, не было посредников. При таких обстоятельствах производитель продукции был хорошо известен потребителю, был его «соседом», близким. А в отношении ближнего в английском праве по традиции признается обязанность проявлять должную осмотрительность и осторожность.

Отличие дела Донохью заключалось в том, что производитель пива не был близким для потребителя. Потерпевшая не состояла с ним в правоотношениях и являлась абсолютно посторонним человеком. В результате прогрессирующего разделения труда производитель стал отделен от потребителя. При таких обстоятельствах английский суд не мог сослаться на определенную норму права. Фактически истица заявила о существовании нового объективного права – права потребителя. Любому праву корреспондирует обязанность его соблюдения. Но не было очевидным, на кого данная обязанность должна быть возложена. Ответчик заявлял, что своими действиями никакого права не нарушил, так как такого права на момент происшествия не существовало.

Суд принял решение, которым определил, что на производителе пива лежала обязанность быть настолько осторожным и предусмотрительным, чтобы исключить возможность причинения вреда в результате своих действий. То есть ответчик должен был не только произвести пиво, но и принять меры к тому, чтобы бутылка не содержала никаких посторонних предметов, наличие которых вызвало бы возражения со стороны конечного потребителя.

Приведенное судебное дело интересно тем, что в нем английский суд сталкивается с новой, ранее никогда не встречавшейся ситуацией. Эта ситуация стала возможной в процессе формирования новой области прав и обязанностей, а именно прав потребителя и обязанностей

³ Романов А. К. Указ. соч. – С. 178.

⁴ Там же. – С. 211.

⁵ Там же. – С. 45–48.

производителя. Однако суд в данном случае не изобрел новой нормы права. При рассмотрении дела и принятии решения английский суд обратился к уже известным правилам и принципам ответственности за причинение вреда. Но в деле Донохью суду пришлось обновить нормы действующего права таким образом, чтобы их можно было эффективно применить в новых социально-экономических обстоятельствах.

Следует согласиться с тем, что «роль прецедента... сегодня такова, что если практикующий юрист игнорирует его, он рискует, ни больше ни меньше, оказаться вне игры»⁶.

Многими авторами судебный прецедент признаётся в качестве источника российского права⁷, хотя ни в каком законе не указан в подобном качестве. В наибольшей степени приблизил положения законодательства к реальной судебной практике Федеральный закон от 28 ноября 2018 г. № 451-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ»⁸, внесший изменения в ч. 4 ст. 170 АПК РФ, ч. 4 ст. 198 ГПК РФ, согласно которым в мотивировочной части решения могут содержаться ссылки на постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ, постановления Президиумов ВС РФ и ВАС РФ, а также на обзоры судебной практики, утвержденные Президиумом ВС РФ. Эти новеллы все же не могут считаться полноценным восприятием прецедента в отечественной правовой системе, так как оставляют вне использования те прецедентные по своей сути решения, которые прошли через судебные коллегии ВС РФ, но процессуально не подлежат пересмотру на уровне его Президиума.

Еще яснее выразился в своем постановлении № 50 от 25.12.18 Пленум ВС РФ⁹, приравнивая к нормативным правовым акты, содержащие разъяснение законодательства и обладающие нормативными свойствами. Здесь Пленум ВС РФ, хотя все еще не использует термин «прецедент», признаёт наличие у некоторых актов толкования единственного признака, необходимого им для перехода в систему источников российского права – нормативности. При этом вес признака переносится от адресанта к адресату: нормативность, по мнению ВС РФ, есть в тех актах толкования, которые используются в качестве общеобязательных в правоприменительной деятельности, а не в тех, которые таковыми признавались в момент их принятия (издания). Это согласуется с точкой зрения, согласно которой толкование требует одобрения дестинаторов в том смысле, что они должны признать его разумным, а не произвольным¹⁰. Здесь проявляется правило признания, согласно которому «подтверждение того, что определенное правило является действительным, подразумевает признание того, что это правило системы»¹¹. Таким образом, через признание правоприменителем в акте толкования наличия нормативной составляющей дополняет систему права новой нормой. Кроме того, существенна оговорка именно о применении, а не об использовании результатов толкования

⁶ Barberis M. Da che parte sta il formalismo? Fra ermeneutica e realismo giuridico // Rivista di filosofia del diritto IV, 1/2015, P. 109.

⁷ См.: Абдрашитов В. М. Прецедент как новый источник российского права и современная практика Европейского суда по правам человека [текст] // Право и политика. – 2012. – № 1. – С. 4448; Фурсова О. А. Являются ли решения Конституционного Суда РФ судебными прецедентами? [текст] // Актуальные проблемы юридической науки и практики: Гатчинские чтения – 2016. Трибуна молодого ученого: в 2 т.: сборник научных трудов по материалам Ежегодной международной научно-практической конференции (Гатчина, 19–20 мая 2016 г.) – Том 2. – Гатчина: Изд-во ГИЭФПТ, 2016. – С. 7579; Сидоров В. П., Грицкевич Ю. Н. К вопросу о признании судебного решения судебным прецедентом и источником права [текст] // Вестник Псковского государственного университета. – Серия: Экономика. Право. Управление. – 2015. – № 2. – С. 160–165; Корнев А. В. Свобода судебного усмотрения: от прошлого к современности [текст] // Юридическая техника. – 2011 – № 5. – С. 263.

⁸ Российская газета. – 04.12.2018. – № 7735.

⁹ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 25.12.2018. № 50 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов и актов, содержащих разъяснения законодательства и обладающих нормативными свойствами» [текст] // Российская газета. – 15.01.2019. – № 7764.

¹⁰ Muniz J. R.-T. Aspectos de la interpretac[^] jurldica (un mapa conceptual) [texto] // Anuario de filosofia del derecho. – 2014. – XXX. – PP. 313.

¹¹ Dominguez A. G. El sistema de normas e interconexiyn de sistemasjurfdicos: la incidencia del Derecho Comunitario en el sistema de fuentes interno [texto] // Anuario de filosofia del derecho. – 2013. – XXIX. – PP. 341366.

в качестве правил поведения. Это значит, что ввести в оборот тот или иной акт толкования в качестве источника права может только юридическое сообщество должностных лиц, уполномоченных применять право, прочие же участники правоотношений исключаются из этого процесса. Одновременно п. 3 постановления Пленума ВС РФ от 25.12.2018 № 50 признает не только судебный, но и административный прецедент.

Теперь, после принятия федерального закона от 28.11.2018 № 451-ФЗ, с прецедентом все сильно упрощается. Фактически законодатель в тексте этого закона не только поставил точку в теоретических спорах и практических трениях относительно использования прецедента в качестве источника (формы) российского права, но и определил критерии того, что именно следует признавать правовым прецедентом в отечественной правовой системе. Таковым с опорой на текст Федерального закона от 28.11.2018 № 451-ФЗ после вступления его в силу следует признавать только позиции судов, прошедшие через горнило Президиума Верховного Суда РФ. Такое прохождение для судебных актов возможно двумя путями:

- посредством обжалования в надзорную инстанцию то есть;
- через включение в обзоры судебной практики.

В обзоры могут включаться судебные позиции по таким делам, которые в процедуре обжалования не имеют надзорной инстанции, т. е. все дела, рассматриваемые судами общей юрисдикции ниже областных (и равных им), а также гарнизонными военными судами по первой инстанции. Для судов процедура применения таких правовых прецедентов не должна представлять сложностей ввиду двух аспектов:

- во-первых, правовые позиции Президиума Верховного Суда РФ представляются вполне обозримыми, что снимает доводы тех ученых, которые опасались утопления российского судьи в море разнообразных судебных актов;
- во-вторых, правовые позиции Президиума Верховного Суда РФ отражаются в открытых письменных источниках: судебных актах и обзорах судебной практики, чем снимаются проблемы поиска аутентичного текста правовой нормы.

После формального признания со стороны федерального законодателя судебного прецедента в качестве источника (формы) российского права, его (прецедента) противники могут продолжать свою интеллектуальную борьбу только из желания сохранить свою теоретическую девственность.

Принципы права – общепризнанные универсальные правовые идеи. Г. А. Василевич отмечает, что «тенденции развития правовых систем государств свидетельствуют о том, что источником права являются... общие принципы права. Последние рассматриваются в качестве источников права в таких странах, как Австрия, Германия, Греция, Испания»¹².

Действующее российское законодательство предусматривает использование принципов в качестве источника права. Например, согласно с. 4 ст. 1 ГПК РФ в случае отсутствия нормы процессуального права, регулирующей отношения, возникшие в ходе гражданского судопроизводства, федеральные суды общей юрисдикции и мировые судьи (далее также – суд) применяют норму, регулирующую сходные отношения (аналогия закона), а при отсутствии такой нормы действуют исходя из принципов осуществления правосудия в Российской Федерации (аналогия права).

Прикладное использование правовых принципов в качестве источника права проиллюстрируем на следующем примере.

Открытое акционерное общество «Брянскспиртпром» обратилось в Арбитражный суд Брянской области с заявлением о признании недействительным Решения Межрайонной инспекции МНС РФ № 7 по Брянской области от 13.01.2003 № 5. Как следует из материа-

¹² Василевич Г. А. Конституционные аспекты субординации источников права // Конституционное и муниципальное право. – 2006. – № 2. – С. 2.

лов дела, Межрайонной инспекцией МНС России № 7 по Брянской области проведена камеральная проверка по вопросу правильности исчисления и своевременности уплаты в бюджет акцизов на денатурированный этиловый спирт филиалом «Хинельский» ОАО «Брянскспирт-пром», в ходе которой установлен факт неуплаты акцизов за отгруженный в октябре-ноябре 2002 г. денатурированный спирт. По результатам проверки принято Решение от 13.01.2003 № 5, в соответствии с которым акционерному обществу предложено уплатить в бюджет 6 154 558 руб. акцизов, 78 833 руб. пени, а также 1 230 912 руб. штрафа в порядке, предусмотренном п. 1 ст. 122 Налогового кодекса РФ. Не согласившись с принятым решением Инспекции, плательщик оспорил его в судебном порядке. Удовлетворяя заявленное требование, суд правомерно исходил из следующего. В силу ст. 183 НК РФ право на освобождение от налогообложения операций по реализации этилового спирта возникает у налогоплательщика при соблюдении им порядка, установленного Федеральным законом «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции». Федеральным законом от 24.07.2002 № 109-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции» Правительству РФ предложено издать подзаконный акт, которым должна быть предусмотрена форма уведомления, определены требования к содержанию документа и порядок его выдачи. В связи с тем что с июля 2002 г. по июль 2003 г. порядок оформления уведомления о закупке этилового спирта законодательно не был установлен, у суда имелось достаточно оснований для признания правомерными доводов налогоплательщика о соблюдении им ст. 183 НК РФ. Исходя из общих принципов права отсутствие подзаконного акта, регламентирующего новый порядок регулирования правоотношений, не может повлечь каких-либо правовых последствий для субъектов этих правоотношений, применяющих действовавшее законодательство¹³.

Нормативный договор – см. вопрос № 19.

Правовая доктрина – совокупность идей наиболее авторитетных ученых-правоведов, изложенных ими в научных трудах, признанных государством в качестве источника для решения юридических споров.

Некоторые авторы указывают, что в России правовая доктрина в качестве источника права не используется¹⁴, однако это не совсем верно.

В последнее время отечественная юридическая наука предприняла ряд попыток поиска правовых норм вне рамок национального законодательства. Медленнее всего ситуация изменяется в направлении признания действующей формой национального права правовой доктрины. Ряд проведенных научных исследований достигли своих целей в обосновании признания правовой доктрины в качестве полноценной формы отечественного права¹⁵. К аналогичным выводам пришли наши ближайшие соседи¹⁶. Мониторинг научных публикаций позволяет выявить

¹³ Постановление ФАС Центрального округа от 01.04.2004 № А09-468/03-15.

¹⁴ Радько Т. Н. Теория государства и права. – М., 2004. – С. 226; Сырых В. М. Теория государства и права. – М., 2005. – С. 113; Смоленский М. Б. Теория государства и права. – Ростов н/Д, 2005. – С. 138; Морозова Л. А. Теория государства и права. – М., 2004. – С. 220; Червонюк В. И. Теория государства и права. – М., 2003. – С. 118.

¹⁵ См.: Васильев А. А. Правовая доктрина как источник права (историко-теоретические вопросы) [текст]. Дисс... к.ю.н. – Барнаул: Алтайский государственный университет, 2007. – 192 с.; Зозуля А. А. Доктрина в современном праве [текст]: дисс... к.ю.н. – СПб.: Санкт-Петербургский гуманитарный университет профсоюзов, 2006. – 232 с.; Любитенко Д. Ю. Правовая доктрина Конституционного Суда Российской Федерации: дисс. к.ю.н. [текст]. – Волгоград.: Волгоградский государственный университет, 2011. – 234 с.; МадаевЕ. О. Доктрина в правовой системе Российской Федерации [текст]: дисс... к.ю.н. – Иркутск: Высшая школа экономики, 2012. – 254 с.

¹⁶ См.: Дервояд В. В. Доктрина (наука) в качестве источника права в Республике Беларусь [текст]: автореф. дисс... к.ю.н. – Мн.: БГУ, 2006 г. – 21 с.; Сгльчанка М. У. Праблемы вызначэння вядавага складу і класіфікацыі крыніц права [текст] / Право и демократия: сборник научных трудов. – Выпуск 12. – Мн.: БГУ. – 2011. – С. 33–43; Кармалта М. В. Правовая доктрина – джерело (форма) права. Дисертація... к.ю.н. [текст]. – Ки!в, 2011. – 199 с.; ПархоменкоН. М. Джерела права: проблеми теорії та методології [текст]. – К.: «Юридична думка», 2008. – 336 с.; Полянський Є.Ю. Про розуміння природи правового доктрини в

единую тенденцию к признанию правовой доктрины в качестве формы права учеными России, Белоруссии, Украины и Армении. Вместе с тем такая точка зрения, хотя и подтверждается судебной-арбитражной практикой, еще не заняла должных позиций в теоретической юриспруденции, что обуславливает необходимость деятельности по дополнительной обоснованной аргументации затронутой позиции. Как правильно указывает В. В. Лазарев: «в практических интересах следует активнее разрабатывать проблемы источников права»¹⁷. Это мнение более всего касается правовой доктрины, поскольку теория именно этой формы права на сегодняшний день разработана отечественной наукой о государстве и праве слабее всего.

В. Д. Зорькин пишет, что «в континентальном праве норма исходит из законодательства и доктринального смысла, а в англосаксонском – из судебной практики»¹⁸. Поскольку юридической наукой принято положение о соотношении правовой нормы и закона как содержания и формы одного и того же явления, то слова В. Д. Зорькина следует понимать так, что в системах континентальной правовой семьи правовая норма содержится в доктрине, то есть правовая доктрина является формой права, содержа в себе правовые нормы. Приводимые ниже по тексту комментарии судебных акты вполне определенно показывают, что в правовой доктрине могут содержаться и содержатся нормы права. Как минимум в доктрине римского права, рецепированной международным и российским правом, содержится правовая норма следующего содержания: «последующий закон отменяет предыдущий». Это свидетельствует в пользу признания за правовой доктриной функции вместилища правовых норм.

В этой связи интересно затронуть практику соотношения судебного прецедента и правовой доктрины как таких форм права, которые отечественными судами нередко взаимно заменяются. Еще в 2004 г. Конституционный Суд РФ принял постановление № 13-П¹⁹, в котором использовал для мотивировки своей позиции принцип *Lex posterior derogat legi priori* – «позднейшим законом отменяется более ранний»²⁰. Позднее, в 2011 г., тем же судом было вынесено определение № 746-О-О²¹, с использованием в мотивировочно-описательной части этого же принципа.

Фактически Конституционный Суд РФ заново открыл ранее замалчиваемую норму права. Здесь имеет место своего рода судебный ренессанс римского права. Интересно, что в своих актах Конституционный Суд РФ выстраивает тексты таким образом, чтобы любые его правовые позиции, не имеющие очевидной опоры в национальном либо международном законодательстве, воспринимались как толкование Конституции РФ. Вместе с тем в рассмотренном случае нельзя признать имеющим место толкование Основного закона. Из постановления Конституционного Суда РФ № 13-П, а точнее из перечисленных в нем ст. ст. 1, 18 и 19 Конституции РФ посредством толкования никак нельзя вывести формулу о том, что последующий закон отменяет действие предыдущего. Суть этого правила не содержится в достаточно отчетливом виде ни в принципе правового государства, закрепленного ч. 1 ст. 1 Конституции РФ, ни в принципе непосредственного действия прав и свобод человека и гражданина (ст. 18 Консти-

юридичнш літературі [текст] // ВКник Запорізького національного університету. Юридичнш науки. – 2014. – № 4. – С. 11–16; Гамбарян А. С., Даллакян Л. Г. Применение правовой доктрины в судебной практике: перспективы правового регулирования [Текст] // Евразийская адвокатура. – 2016. – № 6. – С. 119–121.

¹⁷ Лазарев В. В. Поиск права [текст] // Журнал российского права. – 2004. – № 7. – С. 6.

¹⁸ Зорькин В. Д. Цивилизация права и развитие России: монография [текст]. – М.: Норма: ИНФРА-М. – 2016. – С. 54.

¹⁹ Постановление Конституционного Суда РФ от 29.06.2004 № 13-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы» [Текст] / Собрание законодательства РФ. – 05.07.2004. — № 27. – Ст. 2804.

²⁰ Братусь С. Н., Казанцев Н. Д., Кечекьян С. Ф., Кожевников Ф. И., Коток В. Ф., Кудрявцев П. И., Чхиквадзе В. М. Советский юридический словарь. – М.: Госюриздат, 1953. – 782 с.

²¹ Определение Конституционного Суда РФ от 07.06.2011. № 746-О-О «По жалобе гражданина Юнусова Льва Львовича на нарушение его конституционных прав пунктом 2 части 2 статьи 57 Жилищного кодекса Российской Федерации» [Электронный ресурс] // Официальный сайт Конституционного Суда РФ // <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision66399.pdf>. (Дата обращения: 21.04.2017.)

туции РФ), ни в принципе равенства (ст. 19 Конституции РФ), ни в прочих общих формулировках. Безусловно, некоторые положения Конституции РФ близко сходятся с принципиальным правилом «*Lex posterior derogat legi priori*», однако признать последнее результатом толкования первого невозможно. Последующий закон отменяет предыдущие – это самостоятельное правило, не выводимое из текста какой-либо конституционной статьи.

Вместе с тем в тексте постановления № 13-П отсутствует прямая ссылка на доктринальные труды. Несмотря на такую маскировку, доктринальные «уши» довольно заметно высвываются и хорошо видны для специалиста. Председатель Конституционного Суда РФ В. Д. Зорькин весьма определенно поясняет, что поскольку «как раз признанные знатоки в области отраслевых наук и привлекаются обычно Конституционным Судом в качестве экспертов, именно их воззрения имеют наибольшие шансы отразиться в итоговых решениях»²². Вот эти-то самые знатоки юридических наук являются носителями (и приверженцами) конкретных общеправовых и отраслевых доктринальных положений. Использование правовой доктрины Конституционным Судом РФ осуществляется через признание ряда представителей научного юридического сообщества в качестве знатоков права, приглашение их для дачи заключений по рассматриваемым делам и, как результат – обоснование итоговых решений с опорой на их профессиональное мнение. Иными словами, Конституционный Суд РФ в процессе подготовки к рассмотрению конкретного дела способен выбирать в качестве привлекаемых экспертов носителей конкретных правовых доктрин. Содержанием деятельности этих экспертов является именно информирование судей Конституционного Суда РФ о наличии в национальной правовой системе и содержании доктринальных правовых норм. Сами же эксперты, привлекаемые к деятельности Конституционного Суда РФ, черпают информацию о таких нормах непосредственно в юридической доктрине. Здесь ярко проявляется действие правовой доктрины как формы права. В дальнейшем по итогам рассмотрения принятого к производству дела состав Конституционного Суда РФ голосует за либо против той или иной формулировки итогового решения, включая некоторые случаи голосования за или против применения той или иной доктринально-правовой нормы, обобщенной (доведенной до сведения состава суда) привлеченным к делу экспертным составом. Использование доктринально-правовых норм национальным органом конституционного контроля столь приближено к затронутой нами форме права, что позволяет проф. В. В. Лазареву формулировать следующий тезис: «акты конституционного суда более всего приближаются по своему содержанию к доктрине»²³.

В последнее время всё чаще и чаще российские суды напрямую применяют нормы римского права, не отраженные в отечественном законодательстве, но безоговорочно принятые научным сообществом и в силу ряда факторов приобретших черты правовой доктрины. Здесь функция формы права реализуется доктриной римского права.

Так, Забайкальский краевой суд в своем апелляционном определении по делу № 33-2054-2013²⁴ указывает, что в соответствии с правовым принципом «*Lex posterior derogat legi priori*» суды при разрешении спора должны исходить из того, что приоритет имеют нормы федерального закона, принятого позднее. В дальнейшем Забайкальский краевой суд в основании своего определения помещает названный принцип наряду с нормами права, изложенными в действующем отечественном законодательстве. Как известно, правило «*Lex posterior derogat legi priori*» не содержится ни в одной из статей российского законодательства, но было сформулировано еще в римском праве²⁵. В юридической науке указанное доктринальное правило

²² Зорькин В. Д. Конституционный Суд России: доктрина и практика: монография. – М.: Норма, 2017. – С. 454.

²³ Лазарев В. В. Поиск права [текст] // Журнал российского права. – 2004. – № 7. – С. 11.

²⁴ Апелляционное определение Забайкальского краевого суда от 18.06.2013 по делу № 33-2054-2013 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». (Дата обращения: 18.04.2017.)

²⁵ Сивакова М. Я. Обратная сила актов законодательства о налогах и сборах: спорные вопросы правоприменения [Текст] // Налоговые споры: теория и практика. – 2007. – № 10. – С. 32–33.

общепризнано как действующее. Например, М. В. Телюкина утверждает, что этот принцип римского права подлежит применению и сейчас»²⁶. О том же высказывается А. Никонов: «из древнего римского права в юридическую науку вошло правило, по которому закон последующий отменяет закон предыдущий.»²⁷. Обратим внимание на исключительную верность приведенной цитаты: принцип римского права вошел в юридическую науку, но не в российское законодательство (исключение – трудовое право). И несмотря на это, он подлежит применению. Суммируем: подлежит применению древнеримское процедурное правило, отсутствующее в российском законе. Это, по-видимому, самый яркий и трудно опровержимый пример использования доктринально-правовой нормы в российской правовой системе. Более того, указанный принцип признан не только в России, но и в мире. К примеру, можно сослаться на Л. Фуллера: «решение, которое санкционировано общепринятой практикой, заключается в том, чтобы признавать неявно отмененным всякие положения более раннего правового акта, которое противоречит позднему правовому акту, что освящено принципом *lex posterior derogat le legi apriori*»²⁸. Как видим, второй из раскрываемых способов применения доктринально-правовых норм российскими судами заключается в непосредственном включении в текст судебного акта положений древнего (в частности – римского) права в качестве нормативной базы в тех случаях, когда действующее национальное законодательство не содержит необходимых предписаний. В случае с апелляционным определением по делу № 33-2054-2013 следует исключить понимание использования указанного принципа в процессе доктринального толкования права. Отличие применения доктринально-правовой нормы от доктринального толкования правовой нормы, расположенной в иной форме права, к примеру в законе, сводится к тому, что содержащееся в доктринально-правовой норме правило достигло такой степени общепризнанности, распространенности и конкретности, что у судебного состава нет практически никакой возможности исказить его смысл либо применить иное правило, противоречащее ему, не подвергнув одновременно выносимый акт правосудия серьезным сомнениям относительно его обоснованности и справедливости. Так, юридическая наука, знает и иные, кроме принципа «*Lex posterior derogat lex apriori*», коллизионные правила. В частности, Шомло ввел в свое время в научный оборот принцип, согласно которому при наличии противоречий между нормами права следует считать, что они взаимно отменяют одна другую²⁹. Принципиальных препятствий для использования в процессе толкования такой научной позиции у Забайкальского краевого суда не имелось, кроме одного: нужна первоначальная норма, подлежащая толкованию. Однако никакая статья российского закона не содержит такой правовой нормы, истолковав которую можно выйти на правило об отмене последующим актом предыдущего в случае их противоречия. Наряду с этим принцип взаимной отмены противоречащих норм представляет собой частное единичное мнение Шомло, но никак не общее мнение профессионального юридического сообщества. Принцип римского права «*Lex posterior derogat lex apriori*» достиг такого уровня доктринальной общепризнанности, которая делает его общеобязательным и единообразно применимым ко всем схожим ситуациям, то есть нормативным.

Другим доводом в пользу нормативно-правового содержания принципа «*Lex posterior derogat lex apriori*» в ущерб его пониманию как рядового основания, используемого в процессе толкования, является непреложность предписания. Мог ли Забайкальский краевой суд иным образом обосновать свое решение? Было ли бы его апелляционное определение обоснованным,

²⁶ Телюкина М. В. Комментарий к Федеральному закону «Об акционерных обществах» (постатейный) / (Подготовлен для системы КонсультантПлюс, 2004) [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». (Дата обращения: 18.04.2017.)

²⁷ Никонов А. О применении льгот, не закрепленных в налоговом законе [Текст] // Хозяйство и право. – 1998 – № 9. – С. 80–81.

²⁸ Fuller L. L. The morality of law [Text]. – New Haven and London: Yale university press. 1965. – P. 68.

²⁹ Somlo. Juristischer Grundlehre (2d ed. 1927) – P. 383. Цит. по: Фуллер Лон Л. Мораль права [Текст]. – М.: ИРИСЭН, Социум, 2016. – С. 136.

законным и справедливым при применении правила «Предыдущий закон имеет преимущество перед последующим»? Нет, такое апелляционное определение не только не отвечает принципам справедливости и обоснованности, оно в принципе невозможно, т. к. противоречило бы принципу «*Lex posterior derogat legi priori*», который безоговорочно разделяется подавляющим большинством профессионального юридического сообщества (и не только научного), никогда и никем успешно не оспаривался.

Мониторинг судебной практики показывает, что после 2004 г. суды стали активно применять принцип «*Lex posterior derogat legi priori*», ссылаясь, однако, не на него непосредственно, а на постановление Конституционного Суда РФ № 13-П и его же определение № 746-О-О, содержащее этот принцип³⁰. В наблюдаемой ситуации роль формы права играют одновременно правовая доктрина и конституционно-судебное постановление как флагманский правоприменительный акт. Нельзя не заметить, что Забайкальский краевой суд стоит особняком, используя по делу № 33-2054-2013 для мотивировки непосредственно принцип «*Lex posterior derogat legi priori*». Все прочие суды при необходимости использования этого коллизионного правила ссылаются на акты Конституционного Суда РФ, что можно объяснить отсутствием устоявшегося мнения о правовой доктрине как форме национального права. На фоне перманентно возникающих сомнений относительно возможности использовать доктринальные правила, в том числе нормы древнего римского права, испытывая вместе с тем непреодолимую и настоятельную потребность в этом, суды всех уровней находят спасение в использовании доктрины под прикрытием авторитета Конституционного Суда РФ как одного из двух высших судов национального уровня. Нельзя не признать, что такое поведение российских судов носит более психологическую окраску, нежели обусловлено требованиями юридической техники.

Доводом в пользу того, что принцип «*Lex posterior derogat legi priori*» представляет собой доктринально-правовую, а не прецедентную норму, является тот факт, что уже задолго до первого упоминания этого принципа в текстах судебных актов он успешно и одинаково бытовал во внесудебном применении и использовании права. Каждый юрист со студенческой скамьи знает о том, что применению подлежит более поздний закон, поэтому, начиная практиковать в должности юрисконсульта, адвоката, нотариуса и т. п. он, по умолчанию при составлении юридических документов (договоров, уставов и проч.), обнаружив коллизию между нормативными правовыми актами одинаковой юридической силы, применяет позднейший из них. Для такого юридически значимого профессионального поведения ни российским, ни прежде советским юристам вовсе не требовалось никакой легитимации общеизвестного принципа «*Lex posterior derogat legi priori*» ни судебным актом, ни разъяснением пленума высшей судебной инстанции, ни законодательного либо подзаконного закрепления. Для этого было достаточно одного – усвоить доктрину в ходе профессионального обучения, т. е. в процессе реализации информационно-обеспечительной функции правовой доктрины.

Факт использования юридической доктрины в качестве формы права не ускользнул от внимания представителей отечественной науки. Так, О. Н. Ордина подметила следующее: «анализ решений Конституционного Суда РФ показывает, что он не обходится буквальным текстом Конституции РФ. Конституционный Суд иногда кладет в основание своих решений какие-то не выраженные прямо в Конституции правовые суждения. А это позволяет сделать вывод о том, что Конституционный Суд РФ как особенный, но все же правоприменительный

³⁰ См., например: постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 22.12.2010 по делу № А78-4055/2009 [Электронный ресурс] // Мой арбитр // <http://ras.arbitr.ru/>. (Дата обращения: 21.04.2017.); Апелляционное определение Верховного суда Республики Башкортостан от 03.04.2014 по делу № 33-4753/2014 [Электронный ресурс] // Официальный сайт Верховного Суда Республики Башкортостан // https://vs-bkr.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=case&case_id=4393418&delo_id=5. (Дата обращения: 21.04.2017.) Определение Свердловского областного суда от 13.09.2011 по делу № 33-12764/2011 [Электронный ресурс] // Официальный сайт Свердловского областного суда // https://obsud-svd.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&name_op=ur&srv_num=1&f_name=&num_d=33-12764%2F2011&Submit=%CD%E0%E9%F2%E8. (Дата обращения: 21.04.2017.)

орган воспринимает в качестве источника права для себя не только Конституцию России, но и то, что мы рассматриваем как правовую доктрину»³¹. Еще раньше о том же написал С. А. Карапетян, указав, что «доктрина является источником права для Конституционного Суда»³².

Правовая доктрина используется в качестве формы права, если посмотреть на правоприменительную практику постсоветского пространства, не только российскими судами, но и судебными органами наших ближайших соседей (ближайших не только географически, но и в аспекте схожести правовых систем). Так, если продолжить пример о римском принципе «*Lex posterior derogat lex priori*», то с опорой на него принят ряд решений украинскими судами.

В своем постановлении судья Черкасского окружного суда весьма активно использует нормы римского права (т. е. доктринальные). В этом судебном акте судья указывает следующее: в случае противоречия правовых норм в нормативно-правовых актах одинаковой юридической силы необходимо руководствоваться правовым принципом, известным со времен римского права: «*lex specialis derogat generali*» («специальный закон отменяет (вытесняет) общий закон»). Суть этого принципа сводится к тому, что в случае конкуренции норм общего (*generalis*) и специального (*specialis*) характера преимущество в толковании и применении должно предоставляться специальным нормам³³. При этом по тексту процитированного судебного постановления ссылки на какие-либо статьи нормативных правовых актов судьей не приводятся, нормативно-правовую мотивировку принимаемого судебного акта его автор, наделенный государственной властью, воспринимает непосредственно из собственных знаний о соответствующих технико-правовых положениях права Древнего Рима, характеризующихся при знаком общепризнанности на территории соответствующего государства.

Интересно, что в другом судебном акте – постановлении Монастирищенского районного суда³⁴ – судья при необходимости опереться на принципы «*lex specialis derogat legi generali*» и «*lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*» в качестве источника указал на «практику Европейского Суда», не уточняя, какое конкретное решение имеется в виду.

Украинские судьи настолько освоились с содержащимися в римской доктрине правовыми принципами, что не только активно кладут их в обоснование выносимых судебных актов, но и имеют представление об их иерархии и фактической взаимной юридической силе. Такое понимание правовой доктрины позволяет судьям украинских судов всех звеньев формулировать по тексту судебного акта суждения о доминировании того либо иного принципа римского права в конкретном судебном деле. Так, в решении Приморского районного суда г. Одессы³⁵ указано следующее: «при решении вопроса коллизии правовых норм. суд считает, что в данном случае следует исходить не из принципа действия законов во времени (*Lex posterior derogat legi priori*), а из принципа «специальный закон отменяет общий закон» (*Lex specialis derogat generali*)».

Несмотря на столь очевидную и распространенную практику использования юридической доктрины в качестве формы права в украинской правовой системе, малороссийский правовед И. В. Семенихин продолжает считать, что «отечественная же правовая система не знает традиций относительно обоснования процессуальных решений, в частности судебных решений, ссылкой на ученый труд, комментарий, в котором предлагается решение проблемы»³⁶.

³¹ Ордина О. Н. Источники административного права России и проблемы их систематизации [текст]. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2015 – С. 53–54.

³² Карапетян С. А. Источники конституционного права Российской Федерации [текст]. Дисс. к.ю.н. – Ростов на/Д: РГУ, 1998 – С. 47–48.

³³ Ухвала Черкасского окружного административного суда от 17 грудня 2014 року у справі № 823/3549/14 [Электронный ресурс] // <http://reyestr.court.gov.ua/Review/41980019>. (Дата обращения: 04.05.2017.)

³⁴ Постановова Монастирищенського районного суду Черкаської області от 17 лютого 2011 року у справі 2-а-305/11 [Электронный ресурс] // <http://reyestr.court.gov.ua/Review/13863978> (Дата обращения: 04.05.2017.)

³⁵ Ршення Приморського районного суду м. Одеси по справі № 520/13963/14-ц [Электронный ресурс] // <http://reyestr.court.gov.ua/Review/43283162> (Дата обращения: 04.05.2017.)

³⁶ Семенихин И. В. Правовая доктрина: заглянитеоретичний анализ // И. В. Семенихин; науч. ред. О.В. Петришин. – Харьков:

Вряд ли отрицание за юридической доктриной способности в реальной жизни выполнять функцию формы украинского национального права может быть построено на тезисе об отсутствии в тексте судебного акта наименования конкретного учебника по праву. В случае с римским правом ссылка на опубликованный текст представляется излишней ввиду общеизвестности в юридической профессиональной среде требуемых доктринально-правовых положений.

На страницах той же монографии И. В. Семинихин предпринимает попытку подкрепления защищаемой позиции ссылками на судебную практику. «Отечественные суды, – думает он, – игнорируют ссылки на комментарии законов в апелляционных жалобах сторон, отмечая в соответствующих постановлениях, что толкование норм права отдельными учеными, образовательными или научными учреждениями не является источником права, а потому «не обязательно для применения при осуществлении правосудия»³⁷. При этом И. В. Семинихин дает отсылку к ряду актов украинской судебной власти: решения по делам № 22а-158/07³⁸ и № 5-359/11³⁹. Ознакомление с текстами обоих упомянутых актов украинского правосудия имеет результатом вывод о том, что И. В. Семинихин допустил очередную оплошность: отрицание по конкретным судебным делам за неким положением статуса доктрины он принял за отрицание способности самой доктрины быть формой права. Действительно, толкование норм права отдельными учеными не является источником права. Источником права является правовая доктрина. Отличие правовой доктрины от доктринального толкования – вопрос самостоятельный и в значительной степени технический.

К сегодняшнему дню на пути прямого использования правовой доктрины как формы права дальше всех бывших союзных республик продвинулась Армения. Причем интересно соотношение российского и армянского подходов как к законодательному регулированию правовой доктрины в роли формы права, так и к его практическому воплощению. Если российская система законодательства содержит прямые указания на использование правовой доктрины при решении судебно-арбитражных дел с иностранным элементом, то в законодательстве Республики Армения, по свидетельству А. С. Гамбаряна и Л. Г. Даллакян⁴⁰, нет и этого. Однако же судьи армянских судов довольно активно обосновывают принимаемые судебные акты ссылками на правовую доктрину.

В решении Административного суда Республики Армения от 14.05.2015 указано: «В интересах дела необходимо выяснить вопрос соотношения законов РА «Об администрировании и административном производстве» и «Об уголовно-исполнительной службе». В основу обоих законов заложен известный принцип (*lex specialis derogat legi generali*), берущий свое начало из римского права»⁴¹. И в этом случае суд сослался на римское право, причем употребив латинскую формулу без перевода на национальный (армянский) язык, на котором велось судоговорение.

В мотивировочной части приговора суда общей юрисдикции Ширакского района Республики Армения указано: «если доказательство было получено с нарушением закона, то все осуществленные впоследствии процессуальные действия и полученные результаты не могут

Юрайт, 2012. – С. 56.

³⁷ Там же. – С. 66.

³⁸ Ухвала Львівського апеляційного адміністративного суду від 18.09.07 р. – у справі № 22а-158/07 [Електронний ресурс]: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/1036193>. (Дата обращения: 05.05.2017.)

³⁹ Ухвала Апеляційного суду Вінницької області від 16.02.2012 р. у справі № 5-359/11 [Електронний ресурс]: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/21518066>. (Дата обращения: 05.05.2017.)

⁴⁰ Гамбарян А. С., Даллакян Л. Г. Применение правовой доктрины в судебной практике: перспективы правового регулирования [Текст] // Актуальные проблемы совершенствования законодательства и правоприменения: материалы VI Международной научно-практической конференции (г. Уфа, 31 мая 2016 г.) / под общ. ред. А. В. Рагулина, И. Т. Рагулиной. – Уфа: Евразийский научно-исследовательский институт проблем права, 2016. – С. 25–29.

⁴¹ Пштішфш ПпрЬ № ЧП/2582/05/14 [Електронний ресурс] // http://www.datalex.am/?app=AppCaseSearch&case_id=38562071809875398. (Дата обращения: 22.02.2017.)

согласно известной в юридической литературе теории «Плодов отравленного дерева» быть признаны допустимыми, относимыми и достоверными⁴². При этом ссылки на сами литературные источники суд по тексту приговора не приводит, подразумевая, что указанная им теория является в профессиональной среде общеизвестной и авторитетной, т. е. обладает достаточными признаками доктринальности.

На примере перечисленных судебных актов можно отчетливо проследить проявление правовой доктриной функции формы права. На примере римского права это сделать наиболее удобно в силу того, что содержание соответствующей доктрины стабильно и общепризнано юридическим, включая иностранное, сообществом. Сам факт использования доктрины римского права в частях, не воспринятых отечественным законодательством и одновременно не противоречащих ему, выше вполне убедительно доказан. Итак, римское право благодаря многовековой скрупулезной исследовательской деятельности правоведов и историков, характеризуется для современного пользователя вполне четкими границами, в пределах которых многочисленные источники римского права (Дигесты, Пандекты, труды Павла, Гая и т. д.) содержат вполне определенные и общеизвестные правила поведения, являющиеся по своим существенным характеристикам правовыми нормами. Таким образом, доктрина римского права, являясь частью правовой доктрины вообще, способна резко разграничивать правовое и неправовое, нормы права от иных социальных норм.

Это проявляется, кроме прочего, в таком феномене, как включение латыни в тексты национальных судебных актов.

Согласно ст. 10 Федерального конституционного закона от 31.12.1996 № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации»⁴³, как мы уже указывали выше по тексту настоящих комментариев, судопроизводство и делопроизводство в Конституционном Суде РФ, Верховном Суде РФ, арбитражных и военных судах ведутся на русском языке. Судопроизводство в других федеральных судах общей юрисдикции, у мировых судей могут вестись также на государственном языке республики, на территории которой находится суд. Аналогичная норма содержится в украинском законодательстве (ч. 1 ст. 12 Закона Украины «О судостроительстве и статусе судей»⁴⁴). Система армянского законодательства содержит нормы о языке судопроизводства в ряде процессуальных кодификационных и иных нормативных правовых актов (например, ч. 1 ст. 7 ГПК РА⁴⁵).

Несмотря на указанные требования российского и украинского законов, посвященных закреплению основных принципов национального судопроизводства, а также армянского гражданского процессуального законодательства, суды этих государств включают в тексты выносимых актов не только содержание применяемых доктринально-правовых норм, но и их латинское написание. Приведенные в наших примерах судебные акты содержат не только использованную формулу «последующий закон отменяет предыдущий», но и сам латинский принцип: «Lex posterior derogat legi priori». Это и есть проявление функции правовой доктрины в судебной деятельности как формы права – латинское написание требуется для устранения сомнений в том, что использован принцип именно римского права, то есть являющийся доктринально-правовой нормой, а не что-либо, не являющееся нормой права.

Изложенная аргументация, иллюстрируемая примерами из судебной практики, в достаточной мере подкреплена ссылками на российские и иностранные акты правосудия, позво-

⁴² ВрЪш^шб^ орhhuq^pp C'1/0052/01/15 [Электронный ресурс] // http://www.datalex.am/?app=AppCaseSearch&case_id=29554872554658804. (Дата обращения: 22.02.2017.)

⁴³ СЗ РФ. – 06.01.1997. – № 1. – Ст. 1.

⁴⁴ Закон Укра!ни № 1402-VIII вщ 06.06.2016 р. «Про судоустрш і статус судшв» [текст] // ВщомосЧ Верховно! Ради. – 2016. – № 31. – Ст. 545.

⁴⁵ 2ш]штитшб^ 2шб^ршщб^тпер]ши ршршрд^шфшб^ рштшфшрпер]шб^ орhhuq^pp 17.06.1998, № 20-247 [текст] // U^qphmq^rj^pp' 224S 1998.09.09/20(53).

ляет признать способность правовой доктрины быть источником как российского права, так и входить в систему таких источников близких национально-правовых систем.

4. Источники и формы международного права, реализующегося в России

В процессе развития международных отношений из всей совокупности источников (форм) права применительно к международно-правовым отношениям на первое место вышли обычай и договор.

Согласно ст. 2 Венской Конвенции о праве международных договоров (Вена, 23.05.1969) «договор» означает международное соглашение, заключенное между государствами в письменной форме и регулируемое международным правом, независимо от того, содержится ли такое соглашение в одном документе, в двух или нескольких связанных между собой документах, а также независимо от его конкретного наименования.

Международные договоры образуют правовую основу межгосударственных отношений, содействуют поддержанию всеобщего мира и безопасности, развитию международного сотрудничества в соответствии с целями и принципами Устава Организации Объединенных Наций. Международным договорам принадлежит важная роль в защите основных прав и свобод человека, в обеспечении законных интересов государств.

Согласно положениям названной конвенции текст договора, по общему правилу, принимается по согласию всех государств, участвующих в его составлении на международной конференции путем голосования за него двух третей государств, присутствующих и участвующих в голосовании, если тем же большинством голосов они не решили применить иное правило.

Согласие государства на обязательность для него договора может быть выражено подписанием договора, обменом документами, образующими договор, ратификацией договора, его принятием, утверждением, присоединением к нему или любым другим способом, о котором условились.

Договор вступает в силу в порядке и в дату, предусмотренные в самом договоре или согласованные между участвовавшими в переговорах государствами.

При отсутствии такого положения или договоренности договор вступает в силу, как только будет выражено согласие всех участвовавших в переговорах государств на обязательность для них договора.

Если согласие государства на обязательность для него договора выражается в какую-либо дату после вступления договора в силу, то договор вступает в силу для этого государства в эту дату, если в договоре не предусматривается иное.

Положения договора, регулирующие установление аутентичности его текста, выражение согласия государства на обязательность для них договора, порядок или дату вступления договора в силу, оговорки, функции депозитария и прочие вопросы, неизбежно возникающие до вступления договора в силу, применяются с момента принятия текста договора.

Если иное намерение не явствует из договора или не установлено иным образом, то положения договора не обязательны для участника договора в отношении любого действия или факта, которые имели место до даты вступления договора в силу для указанного участника, или в отношении любой ситуации, которая перестала существовать до этой даты.

Если иное намерение не явствует из договора или не установлено иным образом, то договор обязателен для каждого участника в отношении всей его территории.

Прекращение договора или выход из него участника могут иметь место в соответствии с положениями договора или в любое время с согласия всех участников по консультации с прочими договаривающимися государствами.

В преамбуле к Федеральному закону от 15.07.1995 № 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации» указывается, что международные договоры России наряду с общепризнанными принципами и нормами международного права являются в соответствии с

Конституцией РФ составной частью ее правовой системы. Международные договоры – существенный элемент стабильности международного правопорядка и отношений России с зарубежными странами, функционирования правового государства.

Россия выступает за неукоснительное соблюдение договорных и обычных норм, подтверждает свою приверженность основополагающему принципу международного права – принципу добросовестного выполнения международных обязательств.

Международный обычай определяется в п. «b» ч. 1 ст. 38 Статута Международного Суда (Сан-Франциско, 26.06.1945) как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы.

Для того чтобы стать международным обычаем, правило поведения должно соответствовать следующим условиям:

- длительность использования;
- проявление в аналогичной обстановке (ситуации);
- согласие субъектов международных правоотношений на признание этого правила поведения источником права.

5. Взаимосвязь, взаимовлияние и соотношение международного и национального права

Рамками одного государства не исчерпывается действие правового механизма. Кроме национального, существует и международное право.

Международное право – исходящий от государств и обеспечивающийся их принуждением формально определенный, выраженный в специфических формах и действующий посредством установленных процедур порядок регулирования общественных отношений, субъектами которых являются представители более чем одного государства.

Международное право довольно специфично и отличается от права в обычном понимании (то есть от национального права) следующими чертами.

1. Особенности предмета регулирования. Предметом регулирования международного права являются общественные отношения, выходящие за пределы национальных границ, тогда как внутригосударственное право регулирует только те общественные отношения, которые возникают, развиваются и прекращаются только на территории этого государства.

2. Особенности форм международного права. Международное право использует те же формы права (договор, нормативный правовой акт, обычай, прецедент и т. д.), что и национальное право. Но при этом конкретные источники международного и национального права не совпадают. Международные и внутригосударственные общественные отношения регламентируются различными нормами права, оказывающими друг на друга взаимное влияние.

3. Особенности субъектов международного права. Субъектами национального права являются лица (физические и юридические, в том числе органы государственной власти), территориальные образования (муниципальные, субъекты Федерации). Государство, за некоторыми исключениями, как таковое не является прямым участником внутренних правоотношений. Оно принимает в них участие через свои органы и учреждения, являющиеся юридическими лицами. Во внутренних отношениях государство является доминирующим субъектом, обладающим властными полномочиями по отношению к иным субъектам. В международном праве роль отдельного национального государства снижается, и оно является рядовым участником международных общественных отношений, равноправным с иными государствами и прочими субъектами правоотношений.

4. Особенности нормотворческого процесса. Каждое государство имеет специализированный правотворческий орган, который на профессиональной основе занимается разработкой и принятием нормативных правовых актов. В редких случаях источником нормотворчества может выступать непосредственно народ государства как носитель суверенитета, но и при этом редко обходится без руководящей роли специализированного органа государства. Но на международной арене такой специализированный правотворческий орган отсутствует, поэтому суверенные государства принимают правовые нормы путем согласования своих волей. Основным источником международного права поэтому является не закон либо прецедент, а договор.

5. Особенности обеспечения соблюдения правовых предписаний. Аксиомой является формула, согласно которой право без государства бессильно. Действительно, если отсутствует государство, то ничто не мешает субъекту общественных отношений нарушить правовое предписание. Поэтому действие любой правовой нормы предполагает наличие эффективной системы обеспечения соблюдения требований права. Однако в национальных и международных правовых системах механизмы такого обеспечения различны. В случае нарушения национальной правовой нормы нарушитель подлежит юридической ответственности, гарантом наступления которой является государство. В случае же нарушения международной правовой

нормы гарантом наступления юридической ответственности нарушителя являются равноправные с ним участники общественных отношений – иностранные государства.

Согласно принципу «*lex superior derogat legi inferior*» международные нормативные правовые акты доминируют над национальными.

По мнению М. В. Баглая, формулировка «общепризнанные принципы и нормы международного права» таит в себе много «неясностей, поскольку в мире не существует общепринятого определения этих принципов и норм»⁴⁶.

Применительно к отечественной правовой системе определения этих понятий даны в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 10.10.2003 № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации»⁴⁷:

– под общепризнанными принципами международного права следует понимать основополагающие императивные нормы международного права, принимаемые и признаваемые международным сообществом государств в целом, отклонение от которых недопустимо;

– под общепризнанной нормой международного права следует понимать правило поведения, принимаемое и признаваемое международным сообществом государств в целом в качестве юридически обязательного.

– Международные договоры, которые имеют прямое и непосредственное действие в правовой системе РФ, применимы судами, в том числе военными, при разрешении дел, в частности:

- если международным договором РФ установлены иные правила судопроизводства, чем процессуальным законом РФ;

- если международным договором РФ регулируются отношения, в том числе отношения с иностранными лицами, ставшие предметом судебного рассмотрения.

Необходимо учитывать, что новая редакция ст. 79 Конституции РФ закрепляет приоритет национальных конституционных норм над международными. Такое положение вещей в полной мере соответствует положению суверенного государства, каковым является Российская Федерация.

⁴⁶ Баглай М. В. Конституционное право Российской Федерации. – М., 1999. – С. 23.

⁴⁷ Российская газета. – № 244. – 02.12.2003.

6. Сущность и функции принципов национального и международного права

Значение принципов национального и международного права заключается в том, что они определяют содержание значительной части норм отраслей права и механизмы их реализации.

Значение принципов национального и международного права заключаются в том, что они:

1) выражая наиболее важные общие начала права, служат основой для толкования правовых норм, уяснения их смысла и значения;

2) характеризуя основные черты различных отраслей отечественного права, служат отправными положениями при сопоставлении их с положениями аналогичных правовых отраслей иностранных государств.

7. Правовое и индивидуальное судебное регулирование общественных отношений

Правовое регулирование общественных отношений проявляется через функции права. Под функцией права (по Т. Н. Радько) следует понимать «определяемое его. сущностью и социальным назначением основное направление его воздействия на общественные отношения»⁴⁸. Функции права классифицируют в зависимости от отношения права к регулируемым им общественным отношениям. В процессе правового регулирования могут преследоваться три самостоятельные цели: закрепления, развития либо вытеснения общественных отношений. Соответственно выделяют статическую, динамическую и негативную функции права, суть которых сводится к следующему.

Статическая функция права заключается в воздействии права на общественные отношения путем их закрепления в тех или иных правовых институтах. Эта функция применяется по отношению к тем общественным отношениям, которые государством признаются полезными для общества и уже существуют. В качестве примера можно привести современное законодательство о медиации, которое закрепило уже сложившиеся общественные отношения по посредничеству между сторонами конфликта.

Динамическая функция права заключается в воздействии права на общественные отношения путем их изменения (совершенствования). Эта функция применяется по отношению к тем общественным отношениям, которые уже существуют, признаются государством полезными для общества, но по каким-то причинам оцениваются как недостаточно эффективные. Например, признавая полезным такое общественное отношение, как донорство крови, в первом десятилетии XXI в. российское право проявило по отношению к нему динамическую функцию, отменив оплату за сданную кровь. Причиной использования динамической функции права в данном случае стал такой негативный фактор, как привлечение к платному донорству маргинальных слоев общества, страдающих многочисленными опасными заболеваниями. В результате изменения общественных отношений донорства (в их экономической составляющей) посредством перевода на безвозмездную основу предполагается, что кровь останутся сдавать только лица, мотивированные гуманными чувствами, среди которых маргиналов не встретишь. Прогнозируемым итогом должно стать улучшение качества донорской крови, снижение риска заражения реципиентов через переливание крови и ее плазмы. Динамическая функция права может быть применена и для формирования новых общественных отношений, до сих пор не существующих, но необходимых в конкретном государстве. Например, в конце XX в. в нашей стране был введен институт частной охранной и детективной деятельности, до этого отсутствовавший.

Негативная функция права заключается в воздействии права на общественные отношения путем их вытеснения. Эта функция применяется по отношению к тем общественным отношениям, которые государством признаются вредными для общества, чуждыми ему, но еще существуют. Например, долгое время государство через право пытается вытеснить такие негативные отношения между членами общества, как убийства одних другими.

Индивидуальному правовому регулированию присущи следующие черты:

а) это такое воздействие на общественные отношения, которое связано с установлением, изменением или прекращением юридических прав и обязанностей их участников в индивидуальном порядке;

б) оно органически дополняет нормативное правовое регулирование;

⁴⁸ Радько Т. Н. Теоретические и методологические проблемы функций социалистического права: автореф. дисс... д.ю.н. – М., 1978. – С. 12.

в) направлено на урегулирование конкретных ситуаций, требующих юридического разрешения;

г) является саморегулированием общественных отношений путем совершения односторонних юридически значимых действий или заключения договоров либо выражается во властной деятельности уполномоченных органов или должностных лиц по разрешению конкретных юридических вопросов;

д) в процессе этого регулирования создаются индивидуальные акты;

е) является самостоятельным видом правового регулирования со всеми его родовыми признаками⁴⁹.

Разновидностью индивидуального правового регулирования выступает индивидуальное судебное регулирование. Его содержанием является «деятельность (и ее результат) судебных органов, связанная с выработкой и применением правоположений судебной практики, способствующих всестороннему и полному урегулированию казуальных общественных отношений»⁵⁰.

Индивидуальное судебное регулирование является вторичным по отношению к нормам права. Оно «имеет юридическое значение лишь постольку, поскольку, носит поднормативный характер. Причем в структуре права выделяются разновидности норм, призванных «направлять» индивидуальное регулирование – относительно-определенные ситуационные нормы, содержащие оценочные понятия, и др. Главное же состоит в том, что высокая степень нормативности, свойственная праву, только и может существовать, если действие права обеспечивается конкретизированным, сообразным данной ситуации применением общих, абстрактных норм. Таким путем разрешается диалектическое противоречие между общим, особенным и единичным, противоречие, возникающее при «приложении» правовой системы, отличающейся высоким уровнем нормативных обобщений, к единичным фактам реальной жизни»⁵¹.

В. В. Ершов предложил следующую типологию индивидуального судебного регулирования:

- применение альтернативных и факультативных правовых норм;
- конкретизация правовых норм;
- регулирование общественных отношений при пробелах в законодательстве⁵².

⁴⁹ Миннирес И. А. Индивидуальное правовое регулирование: проблемы теории и практики: монография / Миннирес И.А.; Науч. ред.: Игнатенко В.В. – Иркутск: Изд-во ин-та законодательства и правовой информации, 2008. – 160 с.; Он же. Индивидуальное правовое регулирование как научная проблема // Академический юридический журнал. – Иркутск, 2006. – № 1 (23). – С. 4–7; Он же. Индивидуальное правовое регулирование: понятие, виды, основные черты // Вестник Бурятского университета. – Серия 12: Юриспруденция. – Улан-Удэ: Изд-во Бурят. ун-та, 2006. – Вып. 2. – С. 67–73.

⁵⁰ Ершов В. В. Индивидуальное судебное регулирование // Правоведение. – 1986. – № 6. – С. 10.

⁵¹ Алексеев С. С. Советское право как система: Методологические принципы исследования // Советское государство и право. – 1974. – № 7. – С. 16–17.

⁵² Ершов В. В. Индивидуальное судебное регулирование // Правоведение. – 1986. – № 6. – С. 12.

8. Пробелы в праве

Иногда субъект правоприменения сталкивается с такой ситуацией, когда общественное отношение, в котором он участвует, не урегулировано правом. В этом случае говорят о пробеле в праве.

Пробел в праве – отсутствие, в том числе частичное, правовых норм, требуемых для обеспечения нормального функционирования общественных отношений.

В. В. Лазарев пишет: «В русском языке слово «пробел» имеет два значения. В прямом смысле пробел определяется как пустое, незаполненное место, пропуск (например, в печатном тексте), в переносном – как упущение, недостаток. При этом упущение характеризуется как неисполнение должного, недосмотр, ошибка по небрежности, а недостаток – как несовершенство, изъян, погрешность или неполное количество чего-либо. Таким образом, о пробеле можно говорить как в случаях, когда имеется намеренно не заполненное пространство, не подлежащее заполнению в силу специфики самого предмета, так и в случаях, когда пустое место является изъяном, упущением. Пробел в прямом смысле является необходимым качеством предмета, при утрате которого он перестает быть тем, что он есть в действительности. Восполнение пробела из внутренних источников невозможно, а из внешних исключено, поскольку иначе создается качественно новое явление. Наоборот, принимая переносное значение слова, мы признаем тем самым необходимость устранения существующего недостатка. О пробелах в праве можно говорить преимущественно в переносном значении как об одном из несовершенств права, отсутствии в нем того, что должно быть, необходимым его компонентом»⁵³.

Пробелы в праве могут быть действительными либо мнимыми. *Действительный* пробел имеет место тогда, когда общественное отношение по своей сути предполагает урегулированность правом, но такая регуляция отсутствует. *Мнимый* пробел имеет место тогда, когда какое-либо общественное отношение не урегулировано и не должно быть по своей сути урегулировано правом. Например, если какой-либо псевдоученый заявит о пробеле в праве и необходимости урегулирования юридическими нормами обязанность человека дышать атмосферным воздухом, налицо будет мнимый пробел в праве, так как данный физиологический процесс не может быть урегулирован правом.

⁵³ Проблемы общей теории права и государства / под общ. ред. академика РАН В. С. Нерсисянца. – М., 2004. – С. 430.

9. Преодоление и устранение пробелов в российском праве

Пробел в праве может быть устранен двумя способами: восполнен (устранен) либо преодолен. При восполнении пробела нормотворческий орган создает отсутствующую норму права. Преодоление пробела предполагает решение юридического дела на основании действующего права путем применения аналогии. Возможна аналогия права и аналогия закона. При применении аналогии закона юридическое дело решается путем применения закона, регулирующего наиболее близкие сходные, аналогичные общественные отношения. Так, согласно ч. 1 ст. 7 Жилищного кодекса РФ в случаях, если жилищные отношения не урегулированы жилищным законодательством или соглашением участников таких отношений, и при отсутствии норм гражданского или иного законодательства, прямо регулирующих такие отношения, к ним, если это не противоречит их существу, применяется жилищное законодательство, регулирующее сходные отношения (аналогия закона).

В том случае, когда такой закон отсутствует, правоприменитель использует аналогию права, то есть выводит нормативное предписание из общего смысла, целей и принципов действующего права. Например, в соответствии с ч. 2 ст. 7 Жилищного кодекса РФ при невозможности использования аналогии закона права и обязанности участников жилищных отношений определяются исходя из общих начал и смысла жилищного законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, гуманности, разумности и справедливости.

10. Коллизии в российском праве: понятие и виды

Юридической коллизией называется столкновение различных предписаний права между собой.

В юридической материи могут возникать коллизии между отдельными нормами права, а также между нормативными правовыми актами.

Наличие юридических коллизий обусловлено рядом объективных и субъективных причин. К числу объективных причин относятся противоречивость и динамизм регулируемых правом общественных отношений, что ведет к динамизму законодательства. К числу субъективных причин относятся низкий уровень правовой культуры, недостаточное качество принимаемых нормативных правовых актов, пробелы в праве, изъяны нормотворческого процесса, низкий уровень систематизации нормативного материала, бюрократизм и волюнтаризм.

Виды коллизий:

– между нормами права:

- темпоральные (несовпадение времени действия);
- пространственные (несовпадение территориальных границ действия норм);
- иерархические (противоречие норм различной юридической силы);
- содержательные (между общими и специальными нормами);

– между нормативными правовыми актами;

– споры о компетенции;

– правореализационные противоречия (возникают в процессе реализации одного и того же требования права);

– между актами толкования;

– между юридическими процедурами;

– между национальной и международной правовыми системами.

11. Преодоление и устранение коллизий в российском праве

Наукой и практикой разработаны способы устранения юридических коллизий, среди которых основными являются следующие:

- замена коллизионных нормативных правовых актов на новые;
- отмена одного из коллизионных нормативных правовых актов;
- изменение либо дополнение коллизионных нормативных правовых актов;
- приостановление действия коллизионных нормативных правовых актов;
- разработка и применение коллизионных норм и принципов;
- судебное урегулирование;
- судебное толкование;
- согласительно-примирительные процедуры;
- оптимизация правопонимания.

Основы разрешения правовых коллизий закрепляются в законодательстве. В частности, такой механизм закреплён в ст. 76 Конституции РФ. Преодолеваются коллизии при помощи трёх основных правил:

- «*lex posterior derogat legi priori*» («последующий закон отменяет предыдущий»);
- «*lex specialis derogat generali*» («специальный закон отменяет (вытесняет) общий закон»);
- «*lex superior derogat legi inferior*» («закон высшей юридической силы отменяет действие акта низшей юридической силы»).

12. Природа и назначение судебной власти в современном государстве

Властью называется возможность понуждения человека к определенному поведению вне зависимости от его воли.

Государственной властью называется форма общественной власти, которая опирается на специальный аппарат принуждения и распространяется на все население страны.

Базой для построения современного правового государства является реализация принципа *разделения властей*.

Разделение властей – не однопорядковый феномен. Разделение властей предполагает два направления государственно-волевой деятельности:

- 1) Разделение властей по вертикали;
- 2) Разделение властей по горизонтали.

По вертикали государственная власть делится на федеральную и региональную. Разделение властей по горизонтали, в свою очередь, существует в трех аспектах:

- а) функциональном;
- б) институциональном;
- в) персональном.

Функциональное разделение властей – один из аспектов разделения государственной власти по горизонтали, в котором подлежат отделению друг от друга функции нормотворчества, принятия административно-управленческих решений и осуществления государственного принуждения. При этом функция нормотворчества составляет содержание законодательной ветви власти, функция принятия административно-управленческих решений – исполнительной, а функция осуществления государственного принуждения – судебной.

Институциональное разделение властей – один из аспектов разделения государственной власти по горизонтали, в котором подлежат отделению между собой государственные учреждения, специализированные для отправления одного из видов власти. При этом законодательная власть относится к компетенции законодательных органов власти, исполнительная – исполнительных, а отправление правосудия – судебных.

Персональное разделение властей – один из аспектов разделения государственной власти по горизонтали, предполагающий, что функции нескольких ветвей власти не могут исполняться одновременно одним и тем же должностным лицом. Современное российское законодательство, например, предписывает, что мировой судья одного судебного участка может совмещать занимаемую должность с должностью мирового судьи другого судебного участка, но не может совмещать ее с выборной должностью в представительном органе власти любого уровня. В последнем случае одно и то же должностное лицо совместило бы в одной персоне исполнение функций судебной и законодательной ветвей власти, что противоречило бы конституционному принципу разделения властей.

В полномочия *законодательной* власти входит разработка и принятие высших нормативных правовых актов национальной правовой системы: законов.

Исполняет законы *исполнительная* власть. Конечно, законы исполняют и граждане, и представитель иных ветвей власти, но исполнение законов является основным видом деятельности именно исполнительной власти.

В случае возникновения правовых конфликтов в дело вступает *судебная* власть, выступающая независимым арбитром в спорах.

Концепция разделения властей признана руководящей для организации Российского государства следующими нормативными правовыми актами:

- Конституция РФ;

– Федеральный конституционный закон РФ «О Правительстве Российской Федерации» от 17.12.1997 № 2-ФКЗ;

– Федеральный конституционный закон РФ «О Конституционном Суде Российской Федерации» от 21.07.1994 № 1-ФКЗ;

– Федеральный конституционный закон «О судебной системе Российской Федерации» от 31.12.1996 № 1-ФКЗ.

Судебная власть – это самостоятельная ветвь государственной власти, осуществляемая судами посредством судопроизводства.

Судебная власть характеризуется следующими признаками:

– *это вид государственной власти.* Применительно к России это выражается в том, что суды относятся только к федеральному и региональному уровням публичной власти. В связи с тем что муниципальная власть не признается государственной и отделена от государства по вертикали, в Российской Федерации не могут создаваться муниципальные суды;

– *осуществляется только специальными органами – судами*; согласно ч. 1 ст. 1 ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» судебная власть осуществляется только судами в лице судей и привлекаемых в установленном законом порядке к осуществлению правосудия присяжных, народных и арбитражных заседателей. Согласно ч. 1 ст. 4 того же закона правосудие осуществляется только судами, учрежденными в соответствии с Конституцией РФ и этим ФКЗ. Создание чрезвычайных судов и судов, не предусмотренных ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации», не допускается. В соответствии с ч. 2 той же статьи в России действуют федеральные суды, конституционные (уставные) суды и мировые судьи субъектов РФ, составляющие судебную систему страны;

– *исключительность судебной власти*, суть которой заключается в том, что никакие иные органы, кроме судов, не могут обладать судебной компетенцией. Так, если, к примеру, федеральная государственная исполнительная власть в некотором объеме может быть делегирована на уровень субъекта Федерации, то судебная власть не может быть делегирована судом какому-либо иному органу. Согласно ч. 1 ст. 1 ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» никакие другие органы и лица (кроме судов) не вправе принимать на себя осуществление правосудия;

– *единство.* Этот признак имеет два самостоятельных аспекта. Во-первых, сила решения любого из судов распространяется на всю территорию государства и не ограничивается территориальной подведомственностью того суда, которым принят судебный акт. Во-вторых, един статус судьи как носителя судебной власти. При этом един статус судей Конституционного Суда, судов общей юрисдикции всех уровней, арбитражных судов, конституционных (уставных) судов субъектов РФ и мировых судей. Единство судебной власти достигается путем обеспечения единства функционирующей в государстве судебной системы. Согласно ст. 3 ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» единство судебной системы обеспечивается путем:

- установления судебной системы России Конституцией и ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации»;

- соблюдения всеми федеральными судами и мировыми судьями установленных федеральными законами правил судопроизводства;

- применения всеми судами Конституции РФ, федеральных конституционных законов, федеральных законов, общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров, а также конституций (уставов) и других законов субъектов РФ;

- признания обязательности исполнения на всей территории РФ судебных постановлений, вступивших в законную силу;

- законодательного закрепления единства статуса судей;

- финансирования федеральных судов и мировых судей из федерального бюджета.

– *независимость*. Это выражается в том, что судьи в своей деятельности не подчинены никому и должны руководствоваться только законом. Согласно ч. 2 ст. 5 ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» судьи, присяжные и арбитражные заседатели, участвующие в осуществлении правосудия, независимы и подчиняются только Конституции РФ и закону. Гарантии их независимости устанавливаются Конституцией РФ и федеральными законами;

– *самостоятельность*. Выражается в том, что для вступления в силу судебные акты не требуют утверждения или санкционирования представителем другой ветви власти. Согласно ч. 1 ст. 5 ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» суды осуществляют судебную власть самостоятельно;

– *обособленность*. Суть этого признака в том, что суды не входят в структуру каких-либо иных государственных органов. Согласно положениям ст. 2 ФКЗ о судебной системе, она устанавливается Конституцией РФ и этим ФКЗ. Прочитанная норма не может быть истолкована расширительно. Текст этой статьи следует понимать в том смысле, что судебная система России состоит только из судов, так как никакие иные государственные органы, в том числе Судебный департамент, не называются Основным законом или ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» в качестве элементов судебной системы;

– специальная форма реализации, а именно – судопроизводство. Согласно ч. 3 ст. 1 ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» судебная власть осуществляется посредством конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства.

Соотношение судебной власти с другими ветвями государственной власти заключается в том, что:

– представители судебной власти принимают свои решения в рамках процедуры, регламентированной нормами процессуального права, а основывают эти решения на нормах материального права, содержащихся в принимаемых законодательной ветвью власти законах, а также в издаваемых исполнительной ветвью власти подзаконных нормативных правовых актах;

– представители судебной власти осуществляют контроль за принятием решений представителями органов исполнительной ветви власти;

– представители судебной власти вправе признавать неконституционными или незаконными принимаемые законодательной ветвью власти законы, а также в издаваемые исполнительной ветвью власти подзаконные нормативные правовые акты.

13. Природа позиций судов

Ответ на этот вопрос начнем с высказывания В. М. Баранова и В. Г. Степанкова о том, что «правовая позиция относится к разряду общетеоретических понятий, которые не только могут, но и должны быть распространены на гораздо более широкий круг юридических явлений»⁵⁴. По мнению Ю. А. Тихомирова, «правовая позиция – это оценка актов и действий в одной коллизионной ситуации, устойчиво повторяемая в аналогичных ситуациях, действиях и актах»⁵⁵. В. А. Туманов, в свою очередь, отмечает, что «это понятие, сравнительно недавно получившее самостоятельное право гражданства в юридической доктрине, еще не имеет достаточно четкого общепризнанного определения. В самом общем плане можно сказать, что за ним скрываются сложившиеся в правоприменительной практике установки, из которых исходят при рассмотрении конкретных дел; подтвержденные многократным применением толкования правовых понятий и норм, критериев, выработанных практикой для рассмотрения определенных категорий дел»⁵⁶. В. Н. Карташов придерживается мнения, что под «правовой позицией следует понимать соответствующим образом осознанное, мотивированное и внешне выраженное положение по поводу разрешения того или иного юридического вопроса, ситуации и т. д.»⁵⁷. Следует согласиться с Б. В. Щавинским в том, что «категория «правовая позиция» – функционально значимая составляющая многих сторон российской правовой действительности»⁵⁸.

Словосочетание «правовая позиция» применительно к суду закреплено только в одном нормативном правовом акте – в ФКЗ от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации»⁵⁹, и только применительно к решениям Конституционного Суда РФ.

В названном ФКЗ искомое словосочетание использовано дважды:

- Решения и другие акты Конституционного Суда РФ выражают соответствующую Конституции РФ правовую позицию судей, свободную от политических пристрастий (ч. 3 ст. 29);
- В случае если большинство участвующих в заседании палаты судей склоняются к необходимости принять решение, не соответствующее правовой позиции, выраженной в ранее принятых решениях Конституционного Суда РФ, дело передается на рассмотрение в пленарное заседание (ст. 73).

Наличие легального термина «правовая позиция суда» в ФКЗ, посвященного конституционной ветви судебной власти, привело к тому, что внимание ему уделено именно в науке конституционного права, представители которой высказывают различные мнения относительно содержания рассматриваемой дефиниции.

В частности, Н. В. Витрук понимает под правовыми позициями Конституционного Суда РФ правовые представления (выводы) общего характера как результат толкования Конституционным Судом Конституции РФ и выявления им конституционного смысла положений законов и других нормативных актов в пределах компетенции Конституционного Суда, которые

⁵⁴ Баранов В. М., Степанков В. Г. Правовая позиция как общетеоретический феномен. – Н. Новгород, 2003. – С. 35.

⁵⁵ Тихомиров Ю. А. Коллизионное право. – М., 2000. – С. 73.

⁵⁶ Туманов В. А. Европейский суд по правам человека: очерк организации и деятельности. – М., 2001. – С. 106–107.

⁵⁷ Карташов В. Н. Правовые позиции Верховного Суда РФ по поводу применения судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права. Судебное правоприменение: проблемы теории и практики: сб. ст. / под ред. В. М. Сырых. – М., 2007. – С. 234.

⁵⁸ Щавинский Б. В. Правовая позиция в законотворчестве: значение, техника выражения, проблемы реализации // Нормотворчество муниципальных образований России: содержание, техника, эффективность / под ред. В. М. Баранова. – Н. Новгород, 2002. – С. 167–169.

⁵⁹ СЗ РФ. – 1994. – № 13. – Ст. 1447.

снимают конституционно-правовую неопределенность и служат правовым основанием итоговых решений (постановлений) Конституционного Суда РФ⁶⁰.

В свою очередь Н. С. Бондарь определяет правовые позиции Конституционного Суда РФ как аргументированные, получающие обоснование в процедуре конституционного правосудия оценки и интерпретационные представления по вопросам права в рамках решения Конституционного Суда, принятого по итогам рассмотрения конкретного дела⁶¹.

Л. В. Лазарев пишет, что правовые позиции Конституционного Суда РФ есть система правовых аргументов, правоположения, образцы (правила) прецедентного характера, общие правовые ориентиры и т. д.⁶².

Другое определение: правовая позиция Конституционного Суда – это логико-правовое... обоснование конечного вывода Суда, содержащегося в постановляющей части его решения, формулируемое в виде правовых умозаключений, установок, имеющих общеобязательное значение⁶³ (В. А. Кряжков).

Распространяя содержание анализируемого термина за рамки конституционного правосудия, можно сформулировать следующее определение:

Правовая позиция суда – логико-правовое обоснование принимаемого судом решения по конкретному делу.

Н. А. Власенко и А. В. Гринева понимают под правовой позицией суда мыслительный акт, представляющий собой текстовое системное изложение суждений судебной инстанции (судьи) о мотивах целесообразности применения той или иной юридической нормы⁶⁴. Эти же авторы отмечают, что место и авторитет правовых позиций судебной системы определяется уровнем судебного органа и его полномочиями, а в случае конкуренции правовые позиции вышестоящего суда доминируют над правовыми позициями нижестоящих⁶⁵.

В зависимости от содержания различают следующие типы правовых позиций:

- индивидуальные правовые позиции, представляющие собой конкретное решение по юридическом делу;

- правовые позиции, сложившиеся в результате устоявшегося применения юридических норм (типовые);

- правовые позиции, сформулированные в актах официального толкования;

- правовые позиции как особое мнение правоприменителя (например, судьи)⁶⁶.

Функции правовой позиции (по Л. В. Власенко)⁶⁷:

- трансформативная (волевая) – средство передачи воли нормоустановителя в связи с появлением реальных фактов;

- обеспечения единства (унификации) юридической практики, главным образом судебной;

⁶⁰ Витрук Н. В. Конституционное правосудие в России (1991–2001 гг.): очерки теории и практики. – М., 2001. – С. 111.

⁶¹ Бондарь Н. С. Власть и свобода на весах конституционного правосудия: защита прав человека Конституционным Судом Российской Федерации. – М., 2005. – С. 135.

⁶² Лазарев Л. В. Конституционный Суд России и развитие конституционного права // Журнал российского права. – 1997. – № 11. – С. 4–7.

⁶³ Кряжков В. А. Конституционное правосудие в субъектах Российской Федерации: правовые основы и практика. – М., 1999. – С. 109.

⁶⁴ Гаджиев Г. А., Коваленко К. А. Судебные правовые позиции: вопросы теории и практики (рецензия на монографию Н. А. Власенко, А. В. Гринева «Судебные правовые позиции (основы теории)» // Журнал российского права. – 2010. – № 2. – С. 150.

⁶⁵ Гаджиев Г. А., Коваленко К. А. Судебные правовые позиции: вопросы теории и практики (рецензия на монографию Н. А. Власенко, А. В. Гринева «Судебные правовые позиции (основы теории)» // Журнал российского права. – 2010. – № 2. – С. 150.

⁶⁶ Власенко Н. А. Правовые позиции: понятие и виды // Журнал российского права. – 2008. – № 12. – С. 85.

⁶⁷ Подробнее см.: Власенко Л. В. Налоговые правовые позиции судов: теория и практика: монография / под ред. И. А. Цинделиани. – М., 2011. – 160 с.

- источниковая – выполнение роли юридических норм в случае их недостаточности и неопределенности для правовой квалификации;
- правообразовательная – выступление в качестве модели, «прообраза» будущей юридической нормы;
- праворазъяснительная – разъяснение действующих норм права.

14. Толкование права

Толкование права – деятельность, направленная на получение достоверных знаний о правовой норме.

Существование такого процесса, как толкование права, объясняется учеными с приведением ряда причин, среди которых указываются, например, сложность и нечеткость существующих юридических формулировок, пороки законодательной техники, несовпадение норм и статей нормативных правовых актов, применение специфических юридических терминов, влияние системы права на его отдельные нормы и проч.

Процесс толкования происходит с различной интенсивностью каждый раз, когда применяется какая-либо правовая норма. Для толкования одних норм достаточно знания языка, на котором написан ее текст, для толкования других необходимо официальное обсуждение высококвалифицированных юристов и изложение результата толкования в письменном виде. Второе мы можем наблюдать при толковании положений Конституции РФ судьями Конституционного суда.

Толкование имеет два аспекта. Речь можно вести о толковании уяснительном (субъект толкования пытается сам понять заложенное в тексте правового акта нормативное предписание) и толковании разъяснительном (субъект пытается поведать смысл познанной им нормы другому субъекту).

Толкование имеет свой объект и предмет. Объект толкования – нормативный правовой акт или иной формальный источник права, их совокупность.

Предмет толкования – историческая воля законодателя, выраженная в законе с учетом хронологических⁶⁸ факторов.

Толкование может быть нескольких видов, классифицируемых по различным основаниям.

В зависимости от субъекта различают толкование:

– *официальное* (субъектом выступает уполномоченный государственный орган либо должностное лицо), которое подразделяется на:

- нормативное (распространяется на общий круг субъектов права);
- казуальное (касается только определенного случая, казуса, не имеет общеобязательного значения);
- аутентичное (субъектом является орган, издавший толкуемую норму права);
- легальное (официально разрешенное путем передачи полномочий вышестоящей инстанцией);
- судебное (субъектом толкования выступает суд);

– *неофициальное* (субъектом выступает субъект, деятельность которого не является официальной), которое подразделяется на:

- доктринальное (субъектом толкования выступает представитель юридической науки, ученый);
- профессиональное (субъектом толкования выступает представитель юридической практики: прокурор, судья и проч.);
- обыденное (субъектом толкования выступает гражданин, не обладающий профессиональными либо научными юридическими знаниями).

В зависимости от *объема* толкование подразделяется на:

– *ограничительное* (в результате такого толкования полученный толкователем смысл по своему объему уже внешнего выражения нормы права);

⁶⁸ То есть связанных со временем и местом (территорией) принятия нормативного правового акта.

– *адекватное* (в результате такого толкования внешнее выражение нормы права и полученный толкователем смысл совпадают);

– *расширительное* (в результате такого толкования полученный толкователем смысл по своему объему шире внешнего выражения нормы права).

Приведем примеры каждого из видов толкования права в зависимости от его объема.

В качестве примера буквального толкования можно привести дело *Fisher v. Bell* (Англия, 1961 г.). При разрешении этого дела перед английским судом встала задача о толковании некоторых положений Закона 1959 года об ограничении оборота боевого оружия. Этот закон предусматривал уголовную ответственность за предложение продать некоторые виды оружия, в том числе выкидные ножи. Фабула дела такова: к уголовной ответственности привлекался владелец магазина, который выставил на витрину выкидные ножи и продавал их. Однако подсудимый не был признан виновным в результате обращения суда к буквальному толкованию закона. Согласно правилам буквального толкования суд признал, что подсудимый выставил выкидные ножи для всеобщего обозрения в витрине магазина, принимал от покупателей предложения о покупке этих ножей, продавал эти ножи. Однако подсудимый не предлагал их продать. Суд пришел к выводу, что выставление выкидных ножей в витрине магазина не аналогично предложению их продажи. Подобные действия признаны рекламой, рассчитанной на неопределенный круг лиц. А юридически с предложением заключения сделки купли-продажи выкидных ножей при подобных обстоятельствах выступал покупатель, когда, увидев в витрине магазина выкидные ножи, заходил в магазин и обращался к продавцу. На основании этих умозаключений, применив буквальное толкование закона, суд пришел к выводу о том, что хозяин магазина не совершал действий, которые подпадают под определение «предложение продать», и оправдал подсудимого⁶⁹.

Пример расширительного толкования. Абзац 2 п. 3 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 04.12.2014 № 16 «О судебной практике по делам о преступлениях против половой неприкосновенности и половой свободы личности»⁷⁰ разъясняет, что под угрозой убийством или причинением тяжкого вреда здоровью следует понимать не только прямые высказывания, в которых выражалось намерение применения физического насилия к потерпевшему лицу или к другим лицам, но и такие угрожающие действия виновного, как, например, демонстрация оружия или предметов, которые могут быть использованы в качестве оружия.

Пример ограничительного толкования. Конституционный Суд РФ, давая ограничительное толкование понятию «женщин, работающих в сельской местности», признал тем самым, что положение п. 1.3 постановления Верховного Совета РСФСР «О неотложных мерах по улучшению положения женщин, семьи, охраны материнства и детства на селе» распространяется только на женщин, занятых трудовой деятельностью в организациях, относящихся к числу коммерческих, то есть только занимающихся предпринимательской деятельностью (Определение Конституционного Суда РФ от 03.02.2010 № 149-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы Открытого акционерного общества «Котово-Межрайгаз» на нарушение конституционных прав и свобод пунктом 1.3 Постановления Верховного Совета РСФСР «О неотложных мерах по улучшению положения женщин, семьи, охраны материнства и детства на селе»).

В зависимости от источника, содержащего толкуемую норму права, можно выделить толкование:

- писанной нормы права;
- неписанной нормы права.

Толкование реализуется посредством применения определенных приемов, методов, способов и технологий.

⁶⁹ Романов А. К. Указ. соч. – С. 147.

⁷⁰ Российская газета. – 12.12.2014. – № 284.

Такими способами являются:

- грамматический (норма права анализируется с точки зрения требований языка);
- логический (норма права анализируется с применением законов логики);
- систематический (норма права анализируется в контексте других норм);
- историко-политический (норма права анализируется в контексте историко-социально-политической ситуации, имеющей место в период принятия толкуемого нормативного правового акта);
- специально-юридический (норма права анализируется с применением достижений юридической науки и техники, уясняются и разъясняются специальные юридические термины);
- телеологический (норма права анализируется в контексте целей, которые преследовал законодатель, принимая толкуемый нормативный правовой акт);
- функциональный (норма права анализируется в контексте выполняемых толкуемой нормой права функций).

15. Конкретизация права

Конкретизация представляет собой одно из свойств правового регулирования. Это особый процесс, детерминированный свойством абстрактности права. Конкретизацию «можно назвать «промежуточным» элементом между неопределенностью и определенностью как правовыми феноменами»⁷¹.

Конкретизация права преследует цель повышения степени определенности правового регулирования. Как отмечал Н. А. Гредескул, это «критический этап на пути права от отвлеченной формулы к его практическому осуществлению или воплощению в жизни»⁷².

В нормативных правовых актах нормы права формулируются абстрактно, но регулируемые этими нормами индивидуальные отношения в каждом отдельном случае обладают неповторимыми специфическими чертами. Для того чтобы распространить регулирование правовой нормы на индивидуальный случай, ее необходимо конкретизировать. При конкретизации абстрактное содержание правовой нормы переводится на более определенный уровень, порождая более детальные предписания. При этом индивидуальные фактические обстоятельства подводятся под действие общей правовой нормы.

Различают три основных вида конкретизации права: правотворческую, правоприменительную и правоинтерпретационную.

В процессе правотворческой конкретизации создаются новые нормы права. Как правило, новых норм права больше по количеству и объему, поскольку содержащийся в них нормативный материал детальнее, чем в конкретизируемой норме.

Содержание конкретизирующей нормы предопределяется содержанием конкретизируемой нормы, логически выводимо из него. В результате конкретизации создается правило поведения, новизна которого в сравнении с исходной нормой заключается лишь в меньшем его логическом объеме и более широком содержании (совокупности признаков), однако полностью включающем содержание конкретизируемой нормы⁷³.

Правоприменительная конкретизация не предполагает создания новой нормы права. Использование этого вида конкретизации позволяет вывести более конкретное правило поведения, а абстрактная правовая норма «получает очертания в элементах конкретного правоотношения»⁷⁴. В ходе такой конкретизации содержание общей правовой нормы индивидуализируется применительно к отдельному обстоятельству либо факту (их совокупности), вырабатываются «конкретные формы реализации дозволенного нормой общего типа поведения»⁷⁵.

Правоинтерпретационная конкретизация – это конкретизация в рамках толкования правовой нормы.

⁷¹ Власенко Н. А. Конкретизация в праве: природа и пути исследования / Конкретизация законодательства как технико-юридический прием нормотворческой, интерпретационной, правоприменительной практики: материалы международного симпозиума (Геленджик, 27–28 сентября 2007 г.) / Под ред. В. М. Баранова. – Н. Новгород, 2008. – С. 62.

⁷² Гредескул Н. А. Современные вопросы права. – Харьков, 1906. – С. 16.

⁷³ Рабинович И. М., Шмелева Г. Г. Конкретизация правовых норм: общетеоретические работы // Правоведение. – 1985. – № 6. – С. 31–39.

⁷⁴ Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм. – М., 1960. – С. 489.

⁷⁵ Венгеров А. Б. Роль судебной практики в развитии советского права: дис... к. ю. н. – М., 1965. —С. 83.

16. Сущность и дифференциация толкования и конкретизации права

См. вопросы № 14 и № 15.

Дифференциация (отличие) толкования от конкретизации сводится к следующему:

- толкование правовой нормы предшествует и способствует конкретизации;
- конкретизация предполагает обновление правового поля, тогда как элементы толкования всегда остаются в рамках толкуемой (старой) нормы;
- конкретизация позволяет вывести новое правило поведения, а толкование – осмыслить существующее.

17. Нормативные правовые акты: природа и виды

Нормативный правовой акт – письменное властное предписание государственного органа либо акт непосредственной демократии, содержащие правовые нормы. Нормативные правовые акты имеют значительное преимущество перед иными источниками права, так как при их систематизации (в том числе кодификации) затрачивается значительно меньше сил и средств.

Однако, по мнению некоторых исследователей, кодифицированное законодательство далеко не идеально. Например, А. К. Романов отмечает, что «на практике кодексы оказались не такими всеохватывающими и исчерпывающими, какими они выглядят в теории. А идея создания полностью кодифицированного законодательства и единого свода законов все больше напоминает утопическое начинание, не имеющее большого практического значения»⁷⁶.

Нормативные правовые акты в каждой правовой системе выстраиваются в определенную систему, подразделяясь на законы различной юридической силы и подзаконные нормативные правовые акты.

Виды НПА:

1. В зависимости от уровня систематизации:
 - кодификационные (кодексы, уставы и т. п.);
 - некодификационные;
2. В зависимости от юридической силы:
 - Основной закон (Конституция);
 - федеральные законы (конституционные и ординарные);
 - подзаконные нормативные правовые акты (ведомственные приказы и т. п.);
3. В зависимости от разделения властей по вертикали:
 - федеральные (Уголовный кодекс РФ и т. п.);
 - субъектов РФ (Конституция Республики Татарстан);
 - органов местного самоуправления.

⁷⁶ Там же. – С. 13.

18. Закон как вид нормативного правового акта: понятие, основные характеристики, применение судами, возможность судебной проверки действующего закона

Закон – нормативный правовой акт, принятый представительным органом государственной власти либо на референдуме.

Основные характеристики:

- структурно относится к верхней части иерархии системы законодательства, доминируя над подзаконными нормативными правовыми актами;
- имеет юридическую силу;
- принимается в порядке законотворчества, распадающегося на стадии: законодательной инициативы, обсуждений законопроекта, принятие, опубликование закона;
- принимается специальным субъектом – представительным органом государства (Федеральным Собранием РФ, областными думами и т. п.);
- имеют низкую или среднюю степень конкретизации правил поведения, ввиду чего подлежат конкретизации через подзаконное нормотворчество.

Применение закона судами включает в себя следующие этапы:

I. Установление фактических обстоятельств дела. На этом этапе суд:

- знакомится с имеющимися материалами дела, в том числе с доказательствами и прочими процессуальными документами;
- оценивает доказательства с точки зрения их допустимости;
- оценивает доказательства с точки зрения их относимости к принятию конкретного процессуального решения. При этом одно и то же доказательство может быть относимым применительно к одному решению, принимаемому по уголовному делу, но не относимо к другому. Например, протокол допроса свидетеля, в котором отражена попытка оказать давление на свидетеля со стороны обвиняемого А. является доказательством, относимым к процессу принятия решения о применении меры пресечения в виде заключения под стражу обвиняемого А., но не является относимым доказательством к процессу принятия решения о применении такой же меры пресечения в отношении обвиняемого Б.;
- исключает недопустимые и неотносимые доказательства;
- оценивает доказательства на предмет достоверности;
- оценивает оставшиеся доказательства в их совокупности на предмет достаточности для принятия процессуального решения;
- анализирует доказательства с учетом мнений участников процесса, если они участвуют в принятии решения;
- определяет возможные варианты решения, если предполагается принятие альтернативного решения.

II. Применение права. На этом этапе принятия решения суд:

- выбирает подлежащую применению норму права и соответственно статью (или несколько статей) закона, в которой (которых) эта норма зафиксирована;
- толкует выбранную норму права;
- при необходимости преодолевает пробелы в праве;
- оформляет решение, вынося приговор, постановление, определение и т. п.

Судебная проверка действующего закона осуществляется через конституционную юстицию.

19. Нормативные правовые договоры

Нормативный правовой договор – соглашение нескольких равноправных субъектов права, закрепляющее нормы их поведения, права и обязанности.

Нормативные договоры используются максимально широко в международно-правовых отношениях.

В качестве примера нормативного договора можно привести Договор между Российской Федерацией и Республикой Беларусь от 08.12.1999 «О создании союзного государства»⁷⁷, согласно ст. 1 которого Россия и Беларусь создают союзное государство, которое знаменует собой новый этап в процессе единения народов двух стран в демократическое правовое государство.

⁷⁷ СЗ РФ. – 2000. – № 7. – Ст. 786.

20. Обычай права

Правовой обычай – обычай (исторически сложившееся путем многократного применения правило поведения), санкционированный государством.

В отечественной юриспруденции стало обыкновением при затрагивании темы правового обычая незамедлительно уклоняться в сферу обычая делового оборота в гражданском праве. Вольной или невольной причиной тому является ст. 5 Гражданского кодекса РФ, прямо называвшая в качестве источника гражданского права обычай делового оборота. В предпоследний день 2012 г. Федеральный закон № 302-ФЗ «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»⁷⁸ исключил из словосочетания слова «делового оборота», тем самым максимально расширив действие соответствующего вида источника (формы) права. При этом первоначальный вариант текста ст. 5 Гражданского кодекса РФ приводил к такому пониманию возможностей использования обычая в гражданском праве, какое высказали Я. В. Трофимов и С. Ю. Краснов. Они, работая с рассматриваемой статьей в первоначальной ее редакции, писали следующее: «Упоминание. в качестве источника гражданского права только обычая делового оборота должно толковаться как квалифицированное молчание законодателя. В соответствии с правилами толкования это означает, что иные обычаи не являются источниками гражданского права»⁷⁹. По окончании 2012 года такое высказывание утратило актуальность по причине изменения законодательства. Примечательными здесь представляются два весьма важных момента.

Во-первых, мы наблюдаем изменение регулирования правил использования одного источника (формы) права через изменение содержания правовой нормы, расположенной в другом источнике (форме) права. Иными словами, нормой гражданского права, содержащейся в ст. 5 Гражданского кодекса РФ, в юридический оборот введены обычно-гражданско-правовые нормы, существовавшие в форме обычаев и прежде, но не допущенные к официальному применению федеральным законодателем и потому вынужденно пребывавшие в форме обычаев не юридических, а, по-видимому, моральных.

Во-вторых, примечателен сам факт, что законодатель уступил давлению правоприменительной практики, которая вплоть до окончания 2012 г. явно чувствовала себя весьма стесненной по причине невозможности использования и применения всех тех гражданских обычаев, которые не втискивались в прокрустово ложе «делового оборота». Длительное время (как минимум с момента принятия первой части Гражданского кодекса РФ до конца 2012 г.) суды многократно предпринимали попытки обосновывать свои решения обычно-правовыми нормами, по своей видовой классификации выходящими за пределы обычая делового оборота. Так, Армавирский городской суд в своем решении от 14 октября 2011 г., оставленном в силе коллегией по гражданским делам Краснодарского краевого суда, применил правовой обычай, в угоду Гражданскому кодексу РФ назвав его по тексту решения «обычаем делового оборота», сложившийся в сфере трудовых отношений. Действующее законодательство не позволило ВС РФ оставить эти судебные акты в силе, которые определением № 18-КГ12-37⁸⁰ были отменены.

Эти два отмеченных аспекта в своей совокупности свидетельствуют о наличии следующих тенденций в развитии российского права:

⁷⁸ СЗ РФ. – 31.12.2012. – № 53 (ч. 1). – Ст. 7627.

⁷⁹ Трофимов Я. В., Краснов С. Ю. Классификация правовых обычаев или классификация норм правовых обычаев в современной цивилистической науке (к постановке проблемы) [текст] // Вестник Волгоградского государственного университета. – Серия 5, Юриспруденция. – 2012. – № 1. – С. 93.

⁸⁰ Определение Верховного Суда РФ от 26.10.2012 № 18-КГ12-37 [электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». (Дата обращения: 07.12.2018.)

а) перераспределение отдельных видов источников (форм) права в сторону относительного уменьшения (однако все же на фоне абсолютного прироста количества) доли нормативного правового акта;

б) постепенное, пускай и медленное, введение в правоприменительный оборот таких источников (форм) права, содержание (т. е. правовые нормы) которых формулируется и фиксируется общественностью, а не органами государственной власти;

в) проявление предыдущих двух тенденций в свою очередь можно расценивать как признак усиления гражданского общества в его взаимодействии с государством.

21. Система права в Российской Федерации: основные элементы и характеристика

Системный подход предполагает раскрытие сути изучаемого объекта через выявление всего комплекса связей, имеющих место как внутри объекта, так и типа «объект – внешняя среда».

Современное право представляет собой определенную систему, состоящую из отдельных элементов.

Система – это набор взаимосвязанных и взаимозависимых частей, составленных в таком порядке, который позволяет воспроизвести целое. Уникальной характеристикой при рассмотрении систем являются внутренние отношения частей. Каждая система характеризуется как дифференциацией, так и интеграцией⁸¹.

Свойства систем:

- свойство связности. Элементы набора могут действовать только вместе друг с другом, в противном случае эффективность их деятельности резко снижается;
- свойство эмерджентности: потенциал системы может быть большим, равным или меньшим суммы потенциалов составляющих его элементов;
- свойство самосохранения. Система стремится сохранить свою структуру неизменной при наличии возмущающих воздействий и использует для этого все свои возможности;
- свойство организационной целостности. Система имеет потребность в организации и управлении⁸².

Система права – исторически сложившийся на определенный момент времени набор взаимосвязанных и взаимозависимых отраслей, институтов и норм права, составленных в таком порядке, который позволяет воспроизвести целую картину совокупности юридически закрепленных правил поведения в конкретном обществе.

Элементами системы права являются правовые нормы, субинституты, институты, подотрасли и отрасли права.

Отрасль права – обособленная группа правовых норм, регулирующих общественные отношения определенного рода.

Отрасль права является основным элементом системы права, его наиболее крупной и удобной при ориентировке частью.

Для того чтобы выделить из всего правового массива отдельные отрасли, используются определенные критерии. Таких критериев три:

- предмет правового регулирования;
- метод правового регулирования;
- наличие крупного кодификационного нормативного правового акта.

Под предметом правового регулирования понимаются общественные отношения. Каждая национальная система права регулирует все возможные общественные отношения за исключением тех, которые нормами права вообще не должны регулироваться (не считая случаев пробельности и неполноты законодательства). Каждая отрасль права регулирует только часть общественных отношений. Поэтому под предметом отраслевого правового регулирования понимается качественно однородный и обособленный вид общественных отношений, правила поведения для которого устанавливаются определенной группой правовых норм. Например, ст. 2 ГК РФ гласит следующее: «1. Гражданское законодательство определяет правовое положение участников гражданского оборота, основания возникновения и порядок осуществ-

⁸¹ Мильнер Б. З. Теория организации. – М., 2003. – С. 45.

⁸² Смирнов Э. А. Теория организации. – М., 2003. – С. 6–7.

ления права собственности и других вещных прав, исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальной собственности), регулирует договорные и иные обязательства, а также другие имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников. Участниками регулируемых гражданским законодательством отношений являются граждане и юридические лица. В регулируемых гражданским законодательством отношениях могут участвовать также Российская Федерация, субъекты Российской Федерации и муниципальные образования (ст. 124). Гражданское законодательство регулирует отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, или с их участием, исходя из того, что предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке. Правила, установленные гражданским законодательством, применяются к отношениям с участием иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц, если иное не предусмотрено федеральным законом. 2. Неотчуждаемые права и свободы человека и другие нематериальные блага защищаются гражданским законодательством, если иное не вытекает из существа этих нематериальных благ. 3. К имущественным отношениям, основанным на административном или ином властном подчинении одной стороны другой, в том числе к налоговым и другим финансовым и административным отношениям, гражданское законодательство не применяется, если иное не предусмотрено законодательством». Это и есть предмет гражданского права.

Под методом правового регулирования понимается совокупность юридических приемов и средств, которыми осуществляется правовое регулирование общественных отношений. Современное право знает два основных метода правового регулирования: диспозитивный и императивный.

Диспозитивный метод правового регулирования предполагает равенство сторон правоотношения. Этот метод применяется, в частности, в гражданском праве.

Императивный метод предполагает диспропорцию прав сторон правоотношений с наделением одной из сторон (государства) властными полномочиями в отношении другой стороны. Императивный метод используется в таких отраслях права, как уголовное и административное.

Единство предмета и метода правового регулирования позволяет выделить основные, самые крупные самостоятельные отрасли права. Однако только этих двух критериев недостаточно для выделения всех отраслей права, так как при таком подходе возможно выделение не более четырех отраслей права (2 x 2). Однако практика показывает, что отраслей права значительно больше. Третьим, дополнительным критерием для выделения самостоятельной отрасли права является наличие крупного кодификационного нормативного правового акта, являющегося базовым источником соответствующей отрасли права. Так, в России, например, административное право базируется на КоАП РФ, уголовное право – на УК РФ, а уголовное процессуальное – на УПК РФ.

Отрасли права подразделяются на материальные (гражданское, уголовное, трудовое и др. право) и процессуальные (уголовно-процессуальное, гражданско-процессуальное, арбитражно-процессуальное и др. право).

Отрасли материального права закрепляют такие юридические нормы, которые регулируют непосредственно права и обязанности участников общественных отношений. Отрасли же процессуального права закрепляют правила поведения участников такого правоотношения, которое возникает по поводу реализации предписаний материального права. Материальное и процессуальное право соотносятся между собой как содержание и форма. Суть различия между процессуальными и материальными отраслями права заключается в следующем. Нормы материального права закрепляют права участников общественного отношения на то, что им

необходимо для нормальной жизнедеятельности. Например, право на жизнь, на частную собственность, на свободу совести закреплены именно нормами материального права. Нормы процессуального права являются, по сути, описанием процедуры, которую необходимо проделать для того, чтобы обеспечить соблюдение закрепленного материального права. Например, ч. 1 ст. 20 Конституции РФ гласит, что каждый имеет право на жизнь. Это норма материального права. Отрасль – конституционное право. Она закрепляет одну из основных ценностей каждого человека – право на свою жизнь. Это право необходимо человеку для нормальной жизнедеятельности. Однако, будучи закрепленным в основном законе государства, это право нередко нарушается некоторыми незаконопослушными членами общества. Для того чтобы получить государственную защиту от преступного посягательства на свою жизнь, каждый имеет право на применение компетентными (следственными и судебными) государственными органами положения ст. 105 УК РФ, которая предусматривает уголовную ответственность за убийство. Это норма материального права. Отрасль – уголовное право. Предположим, что на некоторого гражданина совершено покушение с целью неправомерного лишения его жизни. Преступник известен, гражданин остался жив. Преступник должен быть привлечен к уголовной ответственности, то есть понести наказание, в результате чего будет восстановлена справедливость. Но для того чтобы привлечь преступника к уголовной ответственности, необходимо соблюсти определенную процедуру, закрепленную в УПК РФ. В частности, необходимо возбудить уголовное дело (ст. 146 УПК РФ), задержать преступника (ст. ст. 91, 92 УПК РФ), применить в отношении его меру пресечения (ст. ст. 97, 98 УПК РФ), собрать доказательства (ст. 73 УПК РФ), предъявить обвинение (ст. ст. 171, 172 УПК РФ), признать лицо потерпевшим (ст. 42 УПК РФ), составить обвинительное заключение (ст. ст. 215, 220 УПК РФ), направить уголовное дело по подсудности (ст. 222 УПК РФ), назначить судебное слушание (ст. 227 УПК РФ), исследовать в судебном заседании материалы дела (ст. 274 УПК РФ), вынести приговор (ст. 296 и др. УПК РФ). Всё это нормы процессуального права. Отрасль права – уголовно-процессуальное. В данном примере использование конституционного права человека на жизнь (содержание), конкретизированное в уголовном праве, обеспечено путем прохождения уголовно-правовой процедуры (форма).

Подотрасль права – крупная, относительно самостоятельная часть отрасли права. Например, в гражданском праве выделяют такую подотрасль, как жилищное право.

Институтом права называется обособленная группа правовых норм, регулирующих общественные отношения определенного вида. Институт представляет собой более мелкое, по сравнению с отраслью права, образование. Примерами правовых институтов являются институт юридического лица в гражданском праве, институт уголовной ответственности в уголовном праве.

Субинститут права – крупная, относительно самостоятельная часть института права. Например, институт уголовной ответственности в уголовном праве подразделяется на субинституты уголовной ответственности совершеннолетних и несовершеннолетних.

Норма права является первичным элементом системы права, образующими все остальные, более крупные системные правовые образования: институты, отрасли и проч.

В. Н. Протасов в качестве элемента системы права выделяет и элементы норм права⁸³.

Любое национальное право можно разделить на два крупных блока: частное и публичное. Публичное право включает в себя отрасли, направленные в первую очередь на обеспечение общественных, государственных интересов. Это конституционное, уголовное, административное, бюджетное, налоговое и некоторые иные отрасли права. Частное право складывается из отраслей, нормами которых пользуются граждане в личных интересах. Это гражданское, семейное, жилищное право и иные. Деление права на публичное и частное является условным,

⁸³ Протасов В. Н. Теория права и государства: пособие для сдачи экзамена. – М., 2004. – С. 98.

так как любая его отрасль направлена на защиту как частных, так и публичных интересов. Так, в уголовном праве защищаются не только основы конституционного строя (публичный интерес), но и собственность (частный интерес), а гражданское право регулирует как порядок наследования (частный интерес), так и деятельность казенных и унитарных предприятий, то есть субъектов хозяйственной деятельности с государственной формой собственности.

22. Нормы права: понятие, структура и виды.

Применение норм права. Особенности применения относительно-определенных норм права

Норма права есть нормативное, системное, общеобязательное, формально определенное, установленное компетентным субъектом и обеспечиваемое принудительной силой государства правило поведения представительно-обязывающего характера.

Норме права присущи следующие существенные признаки: нормативность, системность, общеобязательность, формальная определенность, обеспечение принудительной силой государства, установление компетентным субъектом нормотворчества, представительно-обязывающий характер.

Нормативность. Данный признак свидетельствует о том, что норма права рассчитана на применение не в конкретном единичном случае, а в ряде сходных правоотношений.

Системность. Данный признак указывает на то, что норма права никогда не существует сама по себе. Существование и функционирование любой юридической нормы возможно только в системной связи с другими юридическими нормами, содержащимися в конкретной правовой системе.

Общеобязательность. Данный признак указывает на необходимость их соблюдения всеми субъектами правоотношений.

Формальная определенность. Данный признак указывает на необходимость выражения правовой нормы в конкретном предмете объективного мира с соблюдением установленных формальных правил и процедур. Норма права не может существовать сама по себе, непосредственно. Существование нормы права начинается после ее закрепления в письменном источнике, имеющем официальный статус.

Обеспечение принудительной силой государства. Норма права может соблюдаться либо не соблюдаться участниками правоотношений. В том случае, если закрепленные в норме правовые предписания нарушаются либо игнорируются, государство по своей инициативе либо в ответ на обращение заинтересованного лица принуждает нарушителя соблюсти норму права.

Установление компетентным субъектом нормотворчества. Юридическая норма устанавливается не произвольным субъектом, а только компетентным, наделенным нормотворческими полномочиями: государством, муниципальным образованием, народом и т. д.

Представительно-обязывающий характер. Данный признак указывает на то, что норма права, представляя одной стороне правоотношения определенное право, одновременно возлагает на другую сторону соответствующую обязанность.

Правовая норма имеет трехзвенную структуру, в качестве элементов выделяют: гипотезу, диспозицию и санкцию.

Гипотеза есть часть нормы, указывающая на конкретные юридические факты, с которыми данная норма права связывает свое действие. Существует классификация гипотез по нескольким основаниям.

По характеру содержания гипотезы делят на общие (определяют условия действия нормы при помощи общих родовых признаков) и конкретные (устанавливают специальные условия действия нормы).

В качестве примера общей гипотезы⁸⁴ можно привести ст. 212 УПК РФ:

1. Уголовное дело и уголовное преследование *прекращаются при наличии оснований, предусмотренных статьями 24–28 на, стоящего Кодекса.* 2. В случаях прекращения уголов-

⁸⁴ В примерах этой главы гипотезы выделены курсивом.

ного дела по основаниям, предусмотренным пунктами 1 и 2 части первой статьи 24 и пунктом 1 части первой статьи 27 настоящего Кодекса, следователь или прокурор принимают предусмотренные главой 18 настоящего Кодекса меры по реабилитации лица.

Конкретной является гипотеза ч. 1 ст. 24 УПК РФ:

Уголовное дело не может быть возбуждено, а возбужденное уголовное дело подлежит прекращению по следующим основаниям:

- 1) *отсутствие события преступления;*
- 2) *отсутствие в деянии состава преступления;*
- 3) *истечение сроков давности уголовного преследования;*
- 4) *смерть подозреваемого или обвиняемого, за исключением случаев, когда производство по уголовному делу необходимо для реабилитации умершего;*

5) *отсутствие заявления потерпевшего, если уголовное дело может быть возбуждено не иначе как по его заявлению, за исключением случаев, предусмотренных частью четвертой статьи 20 настоящего Кодекса;*

6) *отсутствие заключения суда о наличии признаков преступления в действиях одного из лиц, указанных в пунктах 1, 3–5, 9 и 10 части первой статьи 448 настоящего Кодекса, либо отсутствие согласия соответственно Совета Федерации, Государственной Думы, Конституционного Суда Российской Федерации, квалификационной коллегии судей на возбуждение уголовного дела или привлечение в качестве обвиняемого одного из лиц, указанных в пунктах 1 и 3–5 части первой статьи 448 настоящего Кодекса.*

По степени определенности гипотезы делят на **абсолютно определенные** (содержат юридические факты, обуславливающие действие нормы), **абсолютно неопределенные** (не содержат юридических фактов, обуславливающих действие нормы) и **относительно определенные** (содержат указания на ограничительные условия действия нормы).

Примеры абсолютно определенных гипотез.

Пример № 1. Статья 76 УК РФ: Лицо, *впервые совершившее преступление небольшой или средней тяжести*, может быть освобождено от уголовной ответственности, *если оно примирилось с потерпевшим и загладило причиненный потерпевшему вред*.

Пример № 2. Статья 17 СК РФ: Муж не имеет права без согласия жены возбуждать дело о расторжении брака *во время беременности жены и в течение года после рождения ребенка*.

Пример абсолютно неопределенной гипотезы. Часть 1 статьи 9 ГК РФ: Граждане и юридические лица *по своему усмотрению* осуществляют принадлежащие им гражданские права.

Пример относительно определенной гипотезы. Часть 1 статьи 331 УК РФ: Преступлениями против военной службы признаются предусмотренные настоящей главой преступления против установленного порядка прохождения военной службы, совершенные *военнослужащими, проходящими военную службу по призыву либо по контракту в Вооруженных Силах Российской Федерации, других войсках и воинских формированиях Российской Федерации, а также гражданами, пребывающими в запасе, во время прохождения ими военных сборов*.

По степени сложности гипотезы классифицируют на однородные (содержат одно обстоятельство, с которым связано действие нормы) и составные (содержат более одного обстоятельства, с которыми связано действие нормы). Приведем примеры гипотез в зависимости от их сложности.

Однородные гипотезы:

Статья 692 ГК РФ: *Если ссудодатель не передает вещь ссудополучателю*, последний вправе потребовать расторжения договора безвозмездного пользования и возмещения понесенного им реального ущерба.

Статья 6 СК РФ: Если *международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены семейным законодательством*, применяются правила международного договора.

Составные гипотезы:

Часть 1 Статьи 1148 ГК РФ:

Граждане, относящиеся к наследникам по закону, указанным в статьях 1143-1145 настоящего Кодекса (первое обстоятельство), нетрудоспособные ко дню открытия наследства (второе обстоятельство), но не входящие в круг наследников той очереди, которая призывается к наследованию (третье обстоятельство), наследуют по закону вместе и наравне с наследниками этой очереди, если не менее года до смерти наследодателя находились на его иждивении, независимо от того, проживали они совместно с наследодателем или нет (четвертое обстоятельство).

Часть 1 статьи 1129 ГК РФ: *гражданин, который находится в положении, явно угрожающем его жизни⁸⁵, и в силу сложившихся чрезвычайных обстоятельств лишен возможности совершить завещание в соответствии с правилами статей 1124–1128 настоящего Кодекса⁸⁶, может изложить последнюю волю в отношении своего имущества в простой письменной форме.*

Часть 1 статьи 1156 ГК РФ:

Если наследник, призванный к наследованию по завещанию или по закону (первое обстоятельство), умер после открытия наследства, не успев его принять в установленный срок (второе обстоятельство), право на принятие причитавшегося ему наследства переходит к его наследникам по закону, а если все наследственное имущество было завещано – к его наследникам по завещанию (наследственная трансмиссия). Право на принятие наследства в порядке наследственной трансмиссии не входит в состав наследства, открывшегося после смерти такого наследника.

По форме различают гипотезы **абстрактные** и **казуистические**. В абстрактной гипотезе фактические обстоятельства, обуславливающие применение правовой нормы, определяются общими родовыми признаками. Если эти обстоятельства определяются частными, специальными признаками, то гипотеза имеет казуистическую форму. В историческом развитии казуистическая форма гипотезы правовой нормы предшествует абстрактной. Неудобство казуистической формы гипотезы правовой нормы в том, что ее применение ведет к чрезмерному увеличению количества самостоятельных норм и одновременно затрудняет достижение полноты юридических определений. Использование казуистической формы предполагает для каждого частного случая отдельную правовую норму. В отличие от казуистической формы, абстрактная обнимает одновременно все однородные случаи, тем самым требуется меньшее количество правовых норм. Но и абстрактная форма не идеальна. Чрезмерно обобщенные положения ведут к неопределенности содержания гипотезы правовой нормы, требуют усиленного толкования для применения к частным случаям. Проще говоря, практикующему юристу (к примеру, судье) намного легче и быстрее подвести разбираемый частный случай под казуистическую гипотезу, чем под абстрактную. Казуистическая форма не порождает сомнений, подлежит ли применению в данном случае данная правовая норма. При толковании же абстрактных гипотез открывается обширный простор для противоречивых взглядов.

Пример казуистической формы гипотезы:

Статья 316 ч. 1 Уголовного кодекса Республики Корея: «Лицо, которое вскрыло запечатанное или содержащее тайну письмо, документ, проект.».

Пример абстрактной формы гипотезы:

Статья 138 ч. 1 Уголовного кодекса РФ: «Нарушение тайны переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных или иных сообщений граждан.».

⁸⁵ Первое обстоятельство: «находится в положении, явно угрожающем его жизни».

⁸⁶ Второе обстоятельство: «в силу сложившихся чрезвычайных обстоятельств лишен возможности совершить завещание в соответствии с правилами статей 1124–1128 настоящего Кодекса».

Диспозиция есть часть нормы, содержащая конкретное правило поведения. Существует классификация диспозиций по нескольким основаниям.

По способу описания диспозиции норм права принято делить на **простые** (содержат указания на деяние без описания присущих ему признаков), **описательные** (содержат указания на деяние и описание присущих ему признаков), **отсылочные** (содержат указание на деяние и указание на другую норму того же нормативного акта, которая содержит признаки этого деяния) и **бланкетные** (содержат указание на деяние и указание на другой нормативный акт, который содержит признаки этого деяния либо указывают на незаконность определенного деяния, отсылая тем самым правоприменителя к закону, устанавливающему нарушенные требования).

Приведем примеры таких диспозиций⁸⁷.

Примеры простых диспозиций:

Пример № 1. Часть 1 статьи 126 УК РФ:

Похищение человека

— *наказывается принудительными работами на срок до пяти лет либо лишением свободы на тот же срок.*

Пример № 2. Статья 6.1 КоАП РФ:

Сокрывание лицом, больным ВИЧ-инфекцией, венерическим заболеванием, источника заражения, а также лиц, имевших с указанным лицом контакты, создающие опасность заражения этими заболеваниями, —

влечет наложение административного штрафа в размере от пятисот до одной тысячи рублей.

Пример № 3. Часть 1 статьи 241 УК Республики Корея:

Лицо, состоящее в браке и совершающее прелюбодеяние, подлежит наказанию в виде каторжных работ на срок не более двух лет. Такое же наказание применяется к другому участнику прелюбодеяния.

Примеры описательных диспозиций:

Пример № 1. Часть 1 статьи 105 УК РФ:

Убийство, то есть умышленное причинение смерти другому человеку,

—наказывается лишением свободы на срок от шести до пятнадцати лет с ограничением свободы на срок до двух лет либо без такового.

Пример № 2. Часть 1 статьи 14.12 КоАП РФ:

Фиктивное банкротство, то есть заведомо ложное объявление руководителем юридического лица о несостоятельности данного юридического лица или индивидуальным предпринимателем о своей несостоятельности, в том числе обращение этих лиц в арбитражный суд с заявлением о признании должника банкротом при наличии у него возможности удовлетворить требования кредиторов в полном объеме, —

— влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от одной тысячи до трех тысяч рублей; на должностных лиц — от пяти тысяч до десяти тысяч рублей или дисквалификацию на срок от шести месяцев до трех лет.

Пример № 3. Часть 1 статьи 72 ТК РФ:

Перевод на другую постоянную работу в той же организации по инициативе работодателя, то есть изменение трудовой функции или изменение существенных условий трудового договора, а равно перевод на постоянную работу в другую организацию либо в другую местность вместе с организацией допускается только с письменного согласия работника.

Примеры отсылочных диспозиций:

Пример № 1. Пункт 2 части 1 ст. 80 СК РФ:

⁸⁷ В примерах диспозиции выделены курсивом.

Родители вправе заключить соглашение о содержании своих несовершеннолетних детей (соглашение об уплате алиментов) в соответствии с главой 16 настоящего Кодекса,

Пример № 2. Пункт 2 статьи 567 ГК РФ:

К договору мены применяются соответственно правила о купле-продаже (глава 30), если это не противоречит правилам настоящей главы и существу мены. При этом каждая из сторон признается продавцом товара, который она обязуется передать, и покупателем товара, который она обязуется принять в обмен.

Пример бланкетной диспозиции: часть 1 статьи 128 УК РФ:

Незаконная госпитализация лица в медицинскую организацию, оказывающую психиатрическую помощь в стационарных условиях, —

— наказывается ограничением свободы на срок до трех лет, либо принудительными работами на срок до трех лет, либо лишением свободы на тот же срок⁸⁸.

По юридической направленности классифицируют диспозиции **предоставительно-обязывающие** (содержат правила поведения для двух и более сторон правоотношения), **обязывающие** (содержат правила поведения только обязанного лица), **управомочивающие** (содержат вид и меру возможного поведения), **рекомендательные** (содержат желательную для государства, но не обязательную модель поведения) и **запрещающие** (содержат вид и меру поведения лица, за которое предусматривается юридическая ответственность).

Приведем примеры таких диспозиций.

Примеры предоставительно-обязывающих диспозиций:

Пример № 1. Пункт 1 статьи 689 ГК РФ:

По договору безвозмездного пользования (договору ссуды) одна сторона (ссудодатель) обязуется передать или передает вещь в безвозмездное временное пользование другой стороне (ссудополучателю), а последняя обязуется вернуть ту же вещь в том состоянии, в каком она ее получила, с учетом нормального износа или в состоянии, обусловленном договором.

⁸⁸ Предполагается отсылка к закону РФ от 02.07.1992 № 3185-I «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании» (ВСНД РФ и ВС РФ от 20.08.1992. – № 33. – Ст. 1913).

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.