

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА. ИСТОРИЯ УЧЕНИЙ О ПРАВЕ И ГОСУДАРСТВЕ

РОМАШОВ Роман Анатольевич,

профессор кафедры теории права и правоохранительной деятельности Санкт-Петербургского гуманитарного университета профсоюзов, доктор юридических наук, профессор, Заслуженный деятель науки Российской Федерации (г. Санкт-Петербург, Россия)

E-mail: romashov_tgp@mail.ru

Специальность 12.00.01 – Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве

ПРАВОВЫЕ ДОКТРИНЫ И ДОКТРИНАЛЬНЫЕ ПРАВОВЫЕ АКТЫ

***Аннотация.** Исследуется вопрос о том, при помощи каких формальных источников право обретает легальность и публичность. Отмечается, что в качестве системообразующего звена любой правовой системы выступает юридическая доктрина. Рассматривается понимание правовой доктрины в англо-американском и мусульманском праве, а также в российской правовой системе.*

***Ключевые слова:** правовая доктрина; право; источники права; правовая система.*

ROMASHOV R.A.

LEGAL DOCTRINE AND DOCTRINAL LEGAL ACTS

***The summary.** We study the question of using any formal source of law becomes the legality and publicity. It is noted that as a backbone link of any legal system is a legal doctrine. We consider an understanding of the legal doctrine in Anglo-American and Islamic law, as well as in the Russian legal system.*

***Key words:** legal doctrine; right; sources of law; legal system.*

Одним из важнейших вопросов, решаемых как на общетеоретическом, так и на философско-правовом уровне, является вопрос о том, откуда право черпает свою юридическую силу и каким образом социальные нормы приобретают статус правовых. Иными словами, при помощи каких формальных источников право обретает легальность и публичность. «С позитивностью и нормативностью права неразрывно связан вопрос об источниках права. Не является правом то, что не дает ответа на вопрос о происхождении своего нормативного характера и не способно к

такому ответу!» [20, стр. 47].

Традиционно, в систему источников права включают нормативно-правовые акты, договоры, прецеденты, обычаи. При этом, столь же традиционно рассмотрение источников права, проводится без учета особенностей правовых семей, существенным образом отличающихся друг от друга, как по видам источников национального права, так и по их соотношению. В качестве одного из наиболее неоднозначно оцениваемых источников права, на наш взгляд, следует выделить правовую доктрину. В рамках

данной статьи, будет первоначально осуществлена общая характеристика этой формы выражения права, а затем проведен сравнительный анализ восприятия и применения доктрины в англо-американском, мусульманском и российском праве.

1. Правовая доктрина и доктринальный правовой акт: понятие и соотношение

В современном русском языке слово доктрина понимается как «научная или философская теория, руководящий теоретический или политический принцип» [26, стр. 168]. Вместе с тем, будучи включенным в понятийный аппарат юридической науки, понятие доктрины приобрело несколько иное значение. «Правовая доктрина – это особая форма права, представляющая собой труды выдающихся ученых-юристов или общепризнанные правовые учения, на которые можно официально (с одобрения государства) сослаться в процессе применения правовых норм» [9]. В таком понимании правовая доктрина известна уже на ранних этапах развития права. В 426 году н.э. в Риме был принят специальный закон, согласно которому положения работ наиболее известных юристов – Папиниана, Гая, Павла, Ульпиана и Модестина признавались обязательными для судей. Это означало, что решение по делу судья мог выносить не только на основании действовавших в то время законов, но и ссылаясь на высказывания указанных юристов [28, стр. 272].

По мнению Р. Давида юридическая доктрина выступает в качестве системообразующего звена *любой* (курсив наш – Р.Р.) правовой системы [13, стр. 106]. Однако, до сих пор в Российском праве доктрина к числу официально признаваемых формальных источников права не относится [19, стр. 219]. Отсутствует единство во взглядах и на правовую природу доктрины. По мнению А.А. Васильева «правовая доктрина создается учеными-юристами, тогда как нормативно-правовые акты и договоры, юридические прецеденты и судебная практика формируются специально уполномоченными государственными органами» [11, стр. 218]. Иной позиции придерживаются С.А. Дробышевский и Т.Н. Данцева. Названные авторы полагают, что «в силу явного или молчаливого приказа суверена формальным источником права может стать текст, содержанием которого является мнение определенного лица или их группы по проблемам правового

регулирования общественных отношений. В этом случае в рассматриваемом тексте формулируются новые юридические правила. Сам же он в качестве формального источника права в юридической литературе называется правовой доктриной» [14, стр. 114].

На наш взгляд, понимание доктрины следует осуществлять в трех смыслах: концептуальном (собственно доктринальном), аутентичном (авторском), документальном.

- В *концептуальном* смысле правовая доктрина представляет собой систему основополагающих принципов понимания права и осуществления правотворческой и правореализационной деятельности, в рамках национальных правовых систем и правовых семей (доктрина российского, американского, мусульманского и т.п. права). Правовая доктрина несомненно зависит от политико-правовой обстановки сложившейся в определенном государстве на определенном этапе исторического развития и особенностей национальной правовой культуры. Однако говорить о том, что в основу формирования национальной правовой доктрины положена исключительно воля государства, все таки нельзя. В ряде ситуаций государство может отрицательно относиться к той или иной правовой доктрине, провозглашая ее «псевдонаучность», либо более того противозаконность. В частности, в условиях советской юриспруденции безусловно довлела доктрина нормативистского права в рамках которой фактически отождествлялись право и закон. При этом доктрина естественного права [12; 15; 16; 22; 23; 24; 25], способного при определенных обстоятельствах противостоять государственной законности объявлялась «буржуазной» и, как следствие, «лженаучной». Такое же отношение было и к доктрине права прав человека закреплявшей приоритет прав и свобод личности по отношению к публичным интересам государства.

- В качестве *аутентичной* доктрины рассматривается совокупность концепций и идей конкретных юристов и политиков, имеющих рекомендательный/указательный характер и по сути приобретающих свойства формальных источников права в процессе правотворческой и правореализационной деятельности. Рассматриваемая в аутентичном понимании правовая доктрина должна быть отнесена к субстанциональным правовым категориям, не

имеющим определенной документальной формы юридического закрепления. В данном случае представляется уместной аналогия правовой доктрины и правовой школы. И в доктрине и в школе за основу признания высказываемой точки зрения принимается авторитет ученого, признание и творческое развитие его научных взглядов последователями-апологетами, а также степень внедрения полученных в ходе научно-исследовательской деятельности результатов (продуктов) в правовую науку и юридическую практику. Научная доктрина и школа всегда являются авторскими, при этом в рамках того или иного научного направления допустим и, более того, предполагаем плюрализм мнений и позиций высказываемых относительно рассматриваемого предмета.

- В *документальном* отношении, правовая доктрина представляет собой правовой акт, содержащий наиболее общие положения и принципы, посредством которых определяются основополагающие направления развития общественных отношений в рамках определенной сферы правового регулирования, задаются перспективные цели и задачи, выделяются этапы и стадии, прогнозируются предполагаемые промежуточные и конечные результаты реформационного процесса. Иными словами правовая доктрина представляет собой основание и стратегическую программу планируемой и осуществляемой в той или иной области государственной деятельности. В таком понимании применительно к технико-юридическим аспектам правотворчества и правоприменения более точным будет использование понятия доктринальный правовой акт.

2. Понимание правовой доктрины в англо-американском и мусульманском праве

Применительно к англо-американскому и мусульманскому праву, восприятие правовой доктрины осуществляется как в концептуальном, так и в аутентичном контекстах. При этом понимание доктринального права не возможно осуществлять без концептуальной характеристики названных правовых семей.

Основной отличительной чертой англо-американского права, является наделение правотворческой функцией не только органов законодательной, но и судебной власти. «Судьи творят нормы общего права на основе собственного понимания надлежащего публичного порядка...

По этой причине в настоящее время, когда упоминается развитие судьями общего права, то в обсуждении обычно говорят, что они «создают» нормы права или занимаются судебным нормотворчеством» [8, стр. 112].

Следует особо подчеркнуть, что для англо-американской правовой семьи не характерно принятое в России достаточно явное разграничение юриспруденции на научно-академическую и практическую. Поэтому под правовой доктриной в Англии как источником права следует понимать не юридическую науку университетского происхождения в основу которой положены теоретические представления, идеи, конструкции, а судебные комментарии, описания прецедентной практики, призванные выполнять роль практического руководства (*practical guidance*) для юристов.

Подавляющее большинство английских юристов-классиков являлись судьями высших английских судов, а их авторитетные книги (*books of authority*) сообщали о действующем праве, ссылаясь на первичный материал статутов и судебных решений. В исключительных случаях, когда иные доказательства отсутствовали, данные юридические трактаты могли рассматриваться как доказательство наличия того или иного судебного прецедента [18].

Таким образом, в англо-американской системе доктринальное право, является функциональной составляющей «реального» права в котором объединены два нормативных компонента статутное право, исходящее от государственной бюрократии и прецедентное право являющееся продуктом и формой судебного нормотворчества. В свою очередь, судебное нормотворчество осуществляется на основании статутного, прецедентного и доктринального права, что позволяет судье выступать в качестве реального правотворца действия которого не ограничены рамками принципа законности и, вместе с тем носят правомерный характер, не допускающий (либо минимизирующий) бюрократический произвол, как со стороны самих судей, так и со стороны других представителей государственной бюрократии.

От концепции судебного правотворчества, существенно отличается деклараторная теория общего права, автором которой считается авторитетный аглийский юрист Блэкстон. Суть его доктринальной позиции состоит в том, что

судьи непосредственно право не творят, а лишь декларируют или «открывают» его, что нормы права существуют объективно и независимы от судей. По Блекстону «законы права есть не что иное, как законы природы. Как и законы природы, правовые законы не могут изменяться, отменяться или вводиться по желанию людей или общества. Судьи это «оракулы» права... Судьи используют делегированную им государственную власть не для того, что бы творить новое право, а для того чтобы утверждать естественное право, которое неизменно» [21, стр. 97]

Мусульманское право (шариат) основывается на положениях и принципах ислама. Применительно к исламу, на наш взгляд, применение термина религия (в европейском смысле), не корректно. Ислам представляет духовную культуру, в рамках которой религия, нравственность, право существуют неразделимо. Соответственно, нельзя говорить о разделении мусульманской религии и мусульманского права. Об этом, кстати, свидетельствует жизненный путь Пророка Мухаммеда, являвшегося одновременно духовным лидером и главой политической власти в мусульманском государстве. В отличие от «светской» правовой традиции (являющейся базовой как для европейской, так и для англо-американской правовой доктрины), основывающейся на принципе верховенства права как юридической формы, в исламе «юридическое право» производно от божественной воли и вторично по отношению к ней. «Следствием этого теократического начала было слияние воедино понятий о праве и богослужении, которые черпались из одного и того же источника, а именно из священных книг, так что юристы должны были до некоторой степени быть в то же время богословами, а богословы – юристами» [10, стр. 15]. Соответственно юристы не создают и не декларируют (открывают) право, а лишь облачают в юридические формы божественные предначертания. «Исламской юриспруденции чужд исторический подход к праву, как к функции меняющихся условий жизни в каком-либо определенном обществе. Более того, право даровано человеку Аллахом раз и навсегда. Общество приспосабливается к праву, а не порождает его...» [27, стр. 447].

Естественно, что при таком подходе, не имеет смысла говорить о какой бы то ни было самостоятельности (в светско-правовом

понимании) юристов в правотворческой и правоприменительной сферах. В отличие от англо-американского права, где доктрина, представляет собой пусть очень важную, но все-таки лишь часть «общего» права, в мусульманской правовой семье, доктрина и есть право в его собственно юридическом, прикладном понимании.

3. Доктринальные правовые акты и их место в системе источников современного российского права

Российская правовая система, не воспринимая концептуальную и аутентичную доктрину в качестве правовой формы, вместе с тем, активно использует обличенные в самостоятельную документальную форму доктринальные правовые акты: стратегии, доктрины, концепции.

С точки зрения формальной логики основополагающим доктринальным источником права должна являться стратегия [17]. Доктрины и концепции, призваны конкретизировать стратегические направления развития, определять цели, задачи, этапы, промежуточные и окончательные результаты планируемых реформ. Однако, в практике современного российского законодательства четкой дифференциации понятий стратегия, доктрина и концепция в настоящий период не осуществляется. В частности, из текста Военной доктрины Российской Федерации (утверждена Указом Президента России от 5 февраля 2010 г. [1]) следует, что в ней конкретизируются применительно к военной сфере установки Концепции национальной безопасности Российской Федерации (утверждена Указом Президента РФ от 10 января 2000 г. № 24 [2]). Таким образом, получается, что Военная доктрина – документ производный, а значит, в юридическом смысле, нижестоящий по отношению к Концепции национальной безопасности. Вместе с тем, наряду с Концепцией национальной безопасности России, существует одноименная Стратегия (утверждена Указом Президента Российской Федерации от 12 мая 2009 г. № 5 [3]). Каким образом соотносятся Стратегия и Концепция национальной безопасности Российской Федерации с ее военной доктриной неясно, поскольку и в Доктрине, и в Концепции, Стратегия не упоминается. Кроме того, отсутствует единство в определении юридической техники утверждения стратегий, доктрин и концепций. Все вышеназванные виды доктринальных правовых актов

утверждались указами Президента Российской Федерации, также указами Президента утверждены Стратегия государственной антинаркотической политики Российской Федерации (Указ от 9 июня 2010 г. № 690 [4]); Концепция государственной миграционной политики Российской Федерации (Указ от 13 июня 2012 г. [5]). Вместе с тем, Стратегия государственной молодежной политики в Российской Федерации утверждена распоряжением Правительства Российской Федерации от 18 декабря 2006 г. № 1760-р [6]. Таким же образом утверждена Концепция развития уголовно-исполнительной системы Российской Федерации до 2020 г. (утверждена распоряжением Правительства Российской Федерации от 14 октября 2010 г. № 1772-р [7]).

Возникает логичный вопрос: почему одни доктринальные акты утверждаются указами Президента страны, а другие распоряжениями Правительства? Четкого ответа на обозначенную проблему в теории и практике юридической техники современного отечественного правотворчества нет.

Существующая неопределенность в вопросах соотношения доктринальных источников современного российского права серьезным образом затрудняет определение их видовой иерархии в российской политико-правовой системе и, как следствие, снижает эффективность реализации доктринальных положений в сфере осуществляемых на их основании реформационных преобразований.

Список литературы

1. Указ Президента Российской Федерации от 5 февраля 2010 г. № 146 «О Военной доктрине Российской Федерации» // Российская газета. – 2010. – Федеральный выпуск № 5106. – 10 февраля.
2. Указ Президента РФ от 10.01.2000 № 24 «О Концепции национальной безопасности Российской Федерации» // СПС «Консультант Плюс»
3. Указ Президента РФ от 12 мая 2009 г. № 537 «О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации до 2020 года» // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2009. – № 20. – Ст. 2444.
4. Указ Президента РФ от 9 июня 2010 г. № 690 «Об утверждении Стратегии государственной антинаркотической политики Российской Федерации до 2020 года» // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2010. – № 24. – Ст. 3015.
5. Концепция государственной миграционной политики Российской Федерации на период до 2025 года (утв. Президентом РФ 13 июня 2012 г.) // Ваше право. Миграция. – 2012. – № 13. – Июль.
6. Стратегия государственной молодежной политики в Российской Федерации (утв. распоряжением Правительства РФ от 18 декабря 2006 г. № 1760-р) // <http://www.government.ru>.
7. Распоряжение Правительства Российской Федерации от 14 октября 2010 г. № 1772-р // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2010. – № 43. – Ст. 5544.
8. Бернам У. Правовая система США. 3-й выпуск. – М.: Новая юстиция, 2006.
9. Большой юридический словарь / http://big_law.academic.ru/1036
10. Ван дер Берг Л.В.С. Основные начала мусульманского права согласно учению имамов Абу Ханифы и Шафии. – М.: Наталис, 2005.
11. Васильев А.А. Соотношение правовой доктрины с иными источниками права // Источники права: проблемы теории и практики: Материалы конференции. – М.: РАП, 2008.
12. Верховодов Е.В., Сальников В.П., Романовская В.Б. «Естественное право» и «добродетель» в трудах Аристотеля // Юридическая наука: история и современность. – 2015. – № 8. – С. 201-208.
13. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. – М., 2003.
14. Дробышевский С.А., Данцева Т.Н. Формальные источники права. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2011.
15. Курзенин Э.Б., Сальников В.П. Идеи естественного права в трудах Гуго Гроция // Евразийский юридический журнал. – 2014. – № 12(79). – С. 120-122.
16. Курзенин Э.Б., Сальников В.П., Романовская В.Б. Особенности методологии научного творчества Самуэля Пуфендорфа // Ученые записки юридического факультета. – 2015. – № 36(46). – С. 111.-114.
17. Логика: Учеб. для юрид. вузов / Сальников В.П., Болдырев А.С., Гусев С.С. и др.; Под общ. ред. В.П. Сальникова; Под ред. В.П. Сальникова/ – СПб., 2003. Сер. Серия «Учебники для вузов, специальная литература».
18. Правовая доктрина // <http://www.studfiles.ru/preview/1713429/>
19. Проблемы теории государства и права: Учебник / Под ред. А.В. Малько. – М.: Юрлитинформ, 2012.

20. Радбрух Г. Философия права. – М.: Междунар. отношения, 2004.
21. Романов А.К. Правовая система Англии: Учеб. пособие. – М.: Дело, 2000.
22. Романовская Л.Р., Сальников В.П. Профессор А.П. Куницын у истоков естественной школы права в России // Правовое государство: теория и практика. – 2014. – № 4(38). – С. 23-26.
23. Сальников В.П., Курзенин Э.Б., Сальников М.В. Развитие политико-правовой мысли от Гуго Гроция к представителям германской государственно-правовой науки // Правовое поле современной экономики. – 2015. – № 10.
24. Сальников В.П., Романовская Л.Р. Санкт-Петербургская школа естественного права: начало большого пути // Правовое поле современной экономики. – 2013. – № 11.
25. Сальников В.П., Сальников М.В. Кондратьева А.Н. Естественное право, религия и обязанности личности в правовых традициях Востока и Запада // Мир политики и социологии. – 2015. – № 10.
26. Современный толковый словарь русского языка / Гл. ред. С.А. Кузнецов. – СПб.: Норинт, 2004.
27. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2-х тт. Том I. Основы. – М.: Междунар. Отношения, 2000.
28. Червонюк В.И. Теория государства и права: Учебник. – М.: ИНФРА-М, 2009.

