

4. Определение Конституционного Суда от 16 февраля 2006 г. № 64-О // СПС Консультант плюс.
5. Постановление Конституционного Суда от 15 декабря 2003 г. № 19-П // СПС Консультант плюс.
6. Определение Конституционного Суда РФ от 16. июля 2013 г. № 1241-О // СПС Консультант плюс.
7. Определение Конституционного Суда РФ от 25 января 2012 г. № 114-О-О // СПС Консультант плюс.
8. Определение Конституционного Суда от 4 октября 2011 г. № 1264-О-О // СПС Консультант плюс.
9. Постановление Конституционного Суда от 27 июня 2013 г. № 15-П // СПС Консультант плюс.
10. Определение Конституционного Суда РФ от 16 января 2018 г. № 12-О // СПС Консультант плюс.
11. Постановление Конституционного Суда РФ от 2 апреля 2002 г. № 7-П // СПС Консультант плюс.
12. Постановление Конституционного Суда РФ от 7 июня 2000 г. № 10-П // СПС Консультант плюс.

УДК 347.9
ББК 67.71

СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА В СИСТЕМЕ ФОРМ ИНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИИ ПРАВА*

Р. В. Насыров

Алтайский государственный университет (Барнаул, Россия)

В статье рассматривается вопрос о судебной практике в контексте способов институционализации права. Методологической основой исследования является институциональный подход к определению сущности позитивного права. Право, как особый социальный институт, необходимо рассматривать как единство ценностно-нормативного начала (идеи, принципы, юридические нормы) и устойчивых форм социальной коммуникации и организации в сфере правового регулирования. Обосновано, что признак формальной определенности права проявляется не только в наличии официальных способов закрепления и выражения юридических норм, но и в деятельности публичных органов власти (в том числе судебных), которые осуществляют применение юридических норм и их официальное толкование. Исходя из этого различаются две формы институционализации позитивного права — нормативная и организационная, и соответственно сферы, условно говоря, «нормативного права» и «судейского права». В основу такого деления положена познавательная и практически ценная трактовка С. С. Алексеевым различия нормативного и индивидуального правового регулирования. Сделан вывод о том, что в механизме правового регулирования каждый источник права реализует соответствующую функцию, что предполагает признание плюрализма (многообразия) источников права.

Ключевые слова: социальный институт, институционализация права, источник права, судебная практика, судебское усмотрение

* Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ № 20-511-18002 Болг_а «Иерархия и координация источников права в национальных правовых системах России и Болгарии».

JUDICIAL PRACTICE IN THE SYSTEM OF LAW INSTITUTIONALIZATION

R. V. Nasyrov

Altai State University (Barnaul, Russia)

The article considers the issue of judicial practice in the context of ways of institutionalization of law. The methodological basis of the study is an institutional approach to defining the essence of positive law. Law, as a special social institution, must be considered as a unity of value-normative principles (ideas, principles, legal norms) and sustainable forms of social communication in the field of legal regulation, including organizations and institutions. It is substantiated that the sign of the formal certainty of law is manifested not only in the presence of official ways of fixing and expressing legal norms, but also in the activities of state bodies (including judicial ones) that implement the application of legal norms and their official interpretation. Proceeding from this, two forms of institutionalization of positive law are distinguished — normative and organizational, and the spheres, relatively speaking, of “regulatory law” and “judicial law”. This division is based on the cognitively and practically valuable interpretation of S. S. Alekseev the difference between normative and individual legal regulation. It is concluded that in the mechanism of legal regulation, each source of law implements the corresponding function, which implies the recognition of pluralism (diversity) of sources of law.

Keywords: social institution, institutionalization of law, source of law, judicial practice, judicial discretion

Doi: [https://doi.org/10.14258/ralj\(2022\)1.4](https://doi.org/10.14258/ralj(2022)1.4)

Процесс воздействия позитивного права на общественную жизнь носит сложный и многоуровневый характер, правовое регулирование невозможно свести лишь к единообразной реализации официально и письменно закрепленных юридических норм. В статье обосновывается, что целесообразно определять позитивное право как регулятивную систему, в которой наряду с нормативным текстом выделяется и особый организационно-корпоративный способ институционализации права. Поэтому в качестве источника права судебную практику необходимо рассматривать не по аналогии с правотворчеством законодательных и административных органов, а как своеобразную форму институционализации права. Такой подход позволяет установить конструктивный диалог между сторонниками юридического позитивизма (нормативизма) и представителями разнообразных, говоря условно, «широких» трактовок сущности права. В юридической науке считается проявлением хорошего тона подвергнуть критике за этатизм и формализм нормативистскую теорию права, но А. М. Михайлов справедливо замечает, что формально-юридический метод «составляет основу собственно методологического инструментария юриспруденции» [1, с. 355].

Утверждение, что в основе юридической онтологии лежит определение права как официального регулятора типичных социальных ситуаций, вызывает обвинения в узком нормативизме. Но заметим, что распространенность «широких» трактовок права среди ученых-юристов можно объяснить не только бесспорным фактом взаимодействия позитивного права с иными социальными институтами и явлениями, но и психологией научного труда. Правовед погружен в нормативное и формальное, и именно поэтому иногда допускает недооценку этих сущностных характеристик позитивного права, подобно тому, как при внимательном взгляде в какой-либо предмет не замечают фона зрительного восприятия. Всегда значительно больший интерес вызывает сложное и нетипичное в правовом регулировании. Исходя из правила «со стороны виднее» правоведам целесообразно учитывать восприятие позитивного права представителями иных социальных наук. Французский социолог П. Бурдьё связывает назначение позитивного права с необходимостью кодификации и формализации общественной жизни: «Формальное право обеспечивает прежде всего безупречную замещаемость агентов, отвечающих, как говорится, за «вершение правосудия», т. е. за применение кодифицированных правил в соответствии с кодифицированными правилами» [2, с. 130].

Отрицание таких сущностных признаков позитивного права, как официальность, общеобязательность, формальная определенность, означает, что суждения о праве осуществляются уже за пределами предмета собственно юридической науки. В качестве примирителя различных типов понимания может выступить институциональный подход к определению сущности права, который и является методологической основой данной статьи. Примечательно, что понятие социального института вошло в гуманитарные науки из юриспруденции, где оно в рамках темы «Система права» обозначает совокупность юридических норм, регулирующих те или иные однородные правовые отношения. Первым термин «социальный институт» предложил использовать Г. Спенсер, который понимал его как устойчивую структуру социальных действий; в этом же направлении рассуждал и Э. Дюркгейм, который образно определял социальный институт как «фабрику» воспроизводства социальных отношений и связей. Заслуга американского социолога Т. Веблена в том, что в определение социального института он включил прежде всего совокупность общественных обычаев, норм, установленных привычек поведения, а также образ мысли и образ жизни [3, с. 217–218]. В контексте цели и предмета данного исследования важно то, что все социологи признают, что социальные институты в разнообразных видах объединяют в себе ценностно-нормативное начало (идеи, принципы, обычаи, правила, образцы и модели поведения, привычки и т. п.) и соответствующие устойчивые формы социальной коммуникации, в том числе организации и учреждения. Для краткости эти два аспекта функционирования социального института будем называть ценностно-нормативным и организационно-корпоративным. Необходимо учитывать также фундаментальное, введенное еще основателем социологии О. Контом различие социальной статики (структура, строение, порядок, «анатомия» общества и т. д.) и социальной динамики (функционирование, реализация, «физиология» общества и т. п.). Было бы проявлением механистического стиля мышления определить то, какой аспект социального института является первичными, а какой — производным. Социальный институт как система носит не суммативно-механистический характер, а целостно-органический. Так, правовые нормы и учреждения, образно говоря, не связаны как шестеренки, одна из которых ведущая, а другая ведомая; деятельность правовых учреждений не только осуществляется на основе юридических норм, но и одновременно в разных направлениях влияет на их содержание и изменение. В целом статический и динамический аспекты правового регулирования взаимопроникают и влияют друг на друга.

Термином «институционализация» обозначается процесс формализации и упорядочения тех или иных социальных явлений; соответственно в понятии «институционализация права» акцентируется внимание на структурно-статическом аспекте такого социального института, как право. Важно не отождествлять институционализацию права лишь с наличием официальных форм выражения и закрепления правовых норм; формальная определенность позитивного права в неменьшей степени обеспечивается наличием организаций как субъектов применения права и официального его толкования. Эффективность права как социального института требует оптимального сочетания статических и динамических аспектов его функционирования; с одной стороны, структурированности и стабильности права, а с другой — его гибкости и релевантности сложному строению предмета правового регулирования. Примирить теории нормативизма и «широкого» понимания права возможно через признание неоднородности самого предмета правового регулирования. Условно можно различать сферы, с одной стороны, «нормативного права», а с другой — «судейского права». Эти термины заключаем в кавычки, так как их употребление в указанном смысле не является общепринятым. Заметим, что речь идет о парадигмах правового регулирования, которые могут проявляться в практике всех субъектов применения права. А. Барак пишет: «В трудных делах выбор судьи определяется его судейской философией, которая есть продукт его опыта и его мировоззрения. ... Иногда ему эта философия не требуется, ибо к решению проблемы, с которой он столкнулся, ведут объективные стандарты» [4, с. 3].

В юридической науке нормативное правовое регулирование, как правило, отождествляется с правотворчеством, т. е. определяется как установление нормы права в качестве общего правила (меры, стандарта масштаба) поведения, а реализация права — как воплощение нормы в фактическом поведении отдельных субъектов права. Но познавательно и практически ценными по этому вопросу являются суждения С. С. Алексеева. Правовед не отождествляет индивидуальное регулирование со всеми актами реализации права: «Индивидуальное регулирование носит поднормативный характер. Оно

производится на основе юридических норм, в пределах, формах и направлениях, установленных ими. Его задача — главным образом конкретизирующая — урегулировать, решить такие вопросы, которые нецелесообразно, а то и невозможно заранее предусмотреть в юридических нормах» [5, с. 165]. То есть если норма права применяется единообразно, то такие акты реализации права в трактовке С. С. Алексеева есть проявление нормативного регулирования. Но если в нормах права содержатся оценочные понятия, относительно-определенные санкции, возникает необходимость в восполнении пробелов по аналогии и т. д., то это дает возможность субъекту применения права в той или иной степени принимать решение по собственному усмотрению.

В процессе реализации «нормативного права» прежде всего преследуется цель обеспечения стабильности и единообразия правового регулирования; например, при определении санкций за нецензурную брань или распитие спиртных напитков в общественных местах допускается установление фиксированных размеров штрафа. В процессе реализации этих норм важен сам факт правонарушения; нетипичной является постановка вопроса об учете принципов справедливости и гуманизма при реализации этих норм. «Нормативное право» исходит из «буквы закона» и обеспечивает общественный порядок подобно тому, как в межличностном общении люди формально соблюдают элементарные правила этикета. Разумеется, и в сфере «нормативного права» могут возникать сложные и нетипичные ситуации, что и предполагает наличие процессуальных форм перевода таких дел в сферу «судейского права».

«Судейское право» связано с разрешением сложных юридических ситуаций, с применением норм, предполагающих суровые санкции или содержащих оценочные понятия — жестокость, цинизм, долг, забота, честь, достоинство, деловая репутация и др. Реализация этих норм требует «вживания» в конкретную ситуацию; эксперт и субъекты применения права должны проявлять себя не только в качестве юристов, но и носителей общих (мировоззренческих, философских, религиозных) знаний и обладать соответствующим жизненным опытом. Как утверждают сторонники «широкого» понимания права, в таких правовых ситуациях нормативный текст становится лишь «шифром» («ключом»), помогающим войти в эту жизненную ситуацию и закрепляющим право на судебское усмотрение.

Но такое определение «судейского права» не приводит к «размыванию» основополагающего признака права, как формальная определенность. Право не должно утрачивать своего качества формализованного, институционализированного явления общественной жизни ни в сфере «нормативного», ни в сфере «судейского» права. Но при этом целесообразно выделять две формы институционализации права: «нормативный текст» и, условно говоря, «коллегия экспертов». Формальная определенность права может обеспечиваться не только с помощью письменных официальных текстов, но и принудительными процедурами разрешения социальных конфликтов и, самое главное, выделением особой корпорации юристов-экспертов, которая призвана обеспечивать разрешение эти конфликтов.

Регулирование конкретных правовых ситуаций всегда осуществляется в определенных контекстах, которые неисчерпаемы и неповторимы; это не означает абсолютной относительности правовых предписаний, но их соответствие принципам права достигается не столько в результате правотворчества, сколько в процессе реализации права. Российское право страдает от большего числа «голых», «безработных» законов. По-видимому, теоретикам права стоит отождествить сам процесс реального действия права и его эффективность именно с третьей стадией правового регулирования — реализацией права. А первые две стадии — правотворчество и возникновение правоотношений — рассматривать как этапы подготовки к собственно правовому регулированию и возникновения его атрибутов — норм права, субъективных прав и юридических обязанностей. Необходимо признать, что правовые нормы обобщают типичные, наиболее распространенные общественные отношения и ситуации. Еще римский юрист Юлиан утверждал, что законы «не могут быть написаны таким образом, чтобы обнимали все случаи, которые когда-либо произойдут, но достаточно, чтобы они распространялись на то, что большей частью случается» [6, с. 32]. Поэтому судья и эксперт должны быть готовы к встрече с нетипичными правовыми казусами, которые не могут быть разрешены в стиле «отмерил и отрезал».

Представим судебный спор, в котором истица, лицо которой оказалось обезображенным в результате автомобильной аварии, требует защиты от соседки, которая постоянно «приветствует» ее

ехидной фразой «Ну, здравствуй, красавица!». Защитить истицу от нанесения ей значительных нравственных страданий возможно, если использовать начала «контекстной» (диалогической, коммуникативной) методологии. Адекватное восприятие фразы невозможно без учета контекста; фразу необходимо воспринять не просто как информацию, а именно как высказывание. М. М. Бахтин по этому поводу разъяснял: «Только высказывание может быть верным (или неверным), истинным, правдивым (ложным), прекрасным, справедливым и т. п.» [7, с. 318]. Юридическая герменевтика предполагает толкование не только нормы права, но и соответствующей правовой ситуации; Г. Гадамер пишет о том, что «расширение права за счет герменевтики именно в том и состоит, чтобы обуславливать правовую конкретику» [8, с. 81].

Необходимо признать, что наряду с нормативным текстом особой формой институционализации права является официально выраженное *ad hoc* (для данного случая) мнение и усмотрение судьи и экспертов. Если для разрешения правового вопроса достаточно формализованной нормы права, то решение правоприменителя обоснованно и законно, т. е. оно соответствует заранее определенной мере законности и обоснованности. При реализации норм «нормативного права» обеспечивается состояние стабильности и упорядоченности, как элементарных условий социального бытия. Хотя признаем, что обеспечение единообразной и строгой реализации формальных норм непосредственно соответствует принципу законности, но опосредованно создает условия для реализации иных принципов права. Например, массовое нарушение ПДД приводит к значительному числу пострадавших в дорожно-транспортных происшествиях, что противоречит не только принципу законности, но и нравственности и справедливости.

В ходе разрешения сложных юридических казусов судья должен, не ограничиваясь рамками собственно юриспруденции и формализованного закона, становиться участником живого социального диалога. Это предполагается самим требованием выносить решение на основе закона и внутреннего убеждения. А. Барак считает, что в таких ситуациях «судья будет действовать не механически, но станет взвешивать, обдумывать, получать впечатление, проверять и изучать» [4, с. 13]. Представляется возможным сформулировать принципиальное положение, которое наверняка породит сомнения и возражения: в казусах второго типа (требующих вживания в конкретную ситуацию) процесс достижения «внутреннего убеждения» не является уже собственно юридическим, так как нравственность и справедливость — универсальные ценности, на реализацию которых у юристов нет монополии. Юристы учитывают эти ценности, но от этого они не становятся юридическими.

Стоит еще раз заметить, что если правовая ситуация проста и типична, то внутреннее убеждение проявляется прежде всего в установлении соответствия нормы права выявленным фактам и не требует сложных и глубоких эмоциональных переживаний и интеллектуальных усилий. Именно поэтому процессуальное право допускает упрощенное и оперативное рассмотрение некоторых дел; в таких делах достаточно учесть «букву закона» и превалируют установки, выраженные в высказываниях римских юристов: *Nemo est supra leges* и *Dura lex sed lex* — «Никто не может быть выше закона» и «Закон суров, но это закон». Тогда как в сложных и нетипичных правовых ситуациях возникает вопрос о соблюдении не только «буквы закона», но и его «духа». На первый план выдвигается предостережение Цицерона — *Summum jus est summa injuria* — «Высшая справедливость есть высшая несправедливость», т. е. однозначное применение закона без учета особенностей конкретной ситуации может породить несправедливое решение.

Возможность выделения двух указанных способов институционализации права в целом соответствует трактовке социального бытия как объективно противоречивого (амбивалентного), что предполагает при исследовании социальных явлений и институтов использовать парные категории. В связи с этим представляет интерес исследование права как единства определенности и неопределенности: «Специфика так называемой парности обусловлена их общностью как объективных свойств права, в силу чего эти начала права тяготеют и предполагают друг друга, одновременно находясь в противостоянии, взаимном „отталкивании“». Особенно важна характеристика судебного усмотрения как „средства перехода от правовой неопределенности к правовой определенности“» [9, с. 5, 12].

Признание парных категорий «определенность — неопределенность» не означает, что и масштабы их проявления одинаковы. Все же в позитивном праве «нормативный текст» как способ институционализации права занимает доминирующее положение. Даже в Великобритании, которая

считается страной «судейского права», для значительной части населения слово «закон» означает не суды и судей, а полицию [10, с. 291]. В этой сфере позитивного права аспекты формально-нормативный и конкретно-содержательный по сути совпадают и не выходят за рамки юридической материи. В «нормативном тексте» как способе институционализации права важна роль законодателя, воплощающего принципы права на стадии правотворчества. Так, низкие штрафы за нарушения Правил дорожного движения приводят к массовым правонарушениям в этой сфере, и тем самым фактически не реализуется принцип законности. А законодательно определенный низкий размер детского пособия не соответствует началам справедливости и гуманизма. Хотя сам по себе значительный размер штрафа или пособия не гарантирует реализацию указанных принципов в этой сфере общественной жизни, а является лишь одним из условий их реализации.

В сфере «судейского права» собственно юридический характер имеет вопрос соблюдения установленной законом процедуры. Содержательное разрешение конфликта предполагает выход судьи за рамки собственно юриспруденции и непосредственно-конкретное (а не только формально-нормативное) следование универсальным принципам справедливости, свободы, милосердия и др. Право на судебское усмотрение основывается на доверии общества к корпорации судей, но, разумеется, может порождать и отдельные случаи произвола и несправедливости. Но не меньшим источником этих зол может стать «юридизм» с его стремлением нормативно определить меру нравственности и справедливости для всех правовых ситуаций, в том числе входящих в сферу «судейского права». А. Н. Кокотов исследовал соотношение в праве доверия и недоверия и пришел к выводу, что доверие граждан к органам правосудия является важнейшим условием их надлежащего функционирования [11, с. 185–187].

В настоящее время в отечественной юридической науке ведется активная дискуссия о судебной практике как источнике российского права. Но сторонники признания в России судебного прецедента воспринимают этот источник права как разновидность письменного права, как нормативный текст, исходящий от судебной власти. Хотя в основе прецедентного права — особое качественное состояние самой судебной власти, ее реальная независимость, высокий профессиональный и моральный уровень, уважение и доверие со стороны общества. Корпорация судей должна быть не просто одной из ветвей государственной власти, а чем-то большим. Вот что пишет А. Сэмпсон: «Английские юристы больше, чем представители любой другой профессии, ограждены всяческими привилегиями, ограничениями и особыми правами... Само судопроизводство в Англии — это спектакль, гипнотизирующий зрителей и участников. Каждый, кто входит в высокие своды зала, в котором царит благоговейная тишина, невольно поддается воздействию этого мишурного церемониала и начинает верить, что судьи облечены особой властью, лежащей за рамками логики и законов» [10, с. 280–281]. Таким образом, судебный прецедент как таковой является лишь «вершиной айсберга» прецедентного права. При нормативном правотворчестве законы покидают породившее их «лоно» законотворчества и начинают «самостоятельную» правореализационную жизнь. Тогда как правовой прецедент реализуется в рамках той же судебной системы и практики, которая его и породила. В. М. Баранов утверждает, что в условиях нынешних политико-юридических и морально-психологических реалий России «судейское право» может проявляться в форме «правовых позиций». Характерно, что автор, обосновывая эту точку зрения, особое внимание уделяет содержанию закона об органах судейского сообщества, организационным формам обобщения судебной практики и разработки рекомендаций по совершенствованию деятельности судей [12, с. 173–174]. Это означает, что основой «судейского права» является не столько признание за некими письменными текстами нормативного характера, сколько деятельность и состояние самой корпорации судей.

В заключение укажем, что сочетание начал статики и динамики должно проявляться в самой системе источников права. Существует проблема формирования эффективной и согласованной системы источников права, которая соответствует сложности и многообразию социальных процессов. Трактовка нормативного правового акта (закона) в качестве основной и наиболее совершенной формы выражения и закрепления юридических норм является особенностью нормативно-ценностной системы современного общества. Является прогрессом права в целом утрата традиционного представления о чрезвычайной природе закона — как результате прямого и (в идеале) исключительного правотворчества государства? Стоит признать, что центральное положение закона (нормативно-правового акта) в системе источников права входит в противоречие с началами демократии и граждан-

ского общества. Подобно тому, как в организации государственного механизма действует принцип разделения властей, целесообразно признать разделение функций и сфер проявления отдельных источников права. В правовой системе общества закон (нормативно-правовой акт), образно говоря, определяет «скелет» этого «организма», а наполняют его живой плотью более гибкие и плюралистичные по способу возникновения и функционирования источники права, к которым относится и судебная практика.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

1. Михайлов А. М. Генезис континентальной юридической догматики. М.: Юрлитинформ, 2012.
2. Бурдые П. Начала. М.: Socio-Logos, 1994.
3. Лавриненко В. Н. Социология. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2005.
4. Барак А. Судейское усмотрение. М.: НОРМА, 1999.
5. Алексеев С. С. Проблемы теории права: Курс лекций: в 2 т. Т. 1. Свердловск: СЮИ, 1982.
6. Дигесты Юстиниана. Избр. фрагменты. М.: Наука, 1984.
7. Бахтин М. М. Эстетика словесного творчества. М.: Искусство, 1986.
8. Гадамер Г. Истина и метод: основы философской герменевтики. М., Прогресс, 1988.
9. Власенко Н. А., Назаренко Т. Н. Неопределенность в праве: понятие и формы // Государство и право. 2007. № 6. С. 5–12.
10. Семпсон А. Новая анатомия Британии. М.: Прогресс, 1975.
11. Кокотов А. Н. Доверие. Недоверие. Право. М.: Юрист, 2004.
12. Баранов В. М. Техничко-юридические проблемы формирования и реализации правовых позиций высших судебных инстанций современной России // Судебное правоприменение: проблемы теории и практики / Ред. В. М. Сырых. М.: РАП, 2007. С. 170–181.

УДК 347.4

ББК 67.404.201

ПРАКТИКА ПРИМЕНЕНИЯ ДОКТРИНЫ НЕСПРАВЕДЛИВЫХ ДОГОВОРНЫХ УСЛОВИЙ

Н. А. Пронина

Алтайский государственный университет (Барнаул, Россия)

А. В. Буянов

Алтайский государственный университет (Барнаул, Россия)

Статья посвящена проблеме практической значимости корректной договорной работы. Поскольку гражданский оборот функционирует за счет договоров, постольку правильная договорная работа позволит избежать многочисленных рисков для организаций, а также различных расходов и убытков, как последствий некачественной договорной работы. Анализ судебной практики позволил выявить обстоятельства, входящие в предмет доказывания по спорам о неравных договорных условиях. С использованием метода моделирования в работе приводятся примеры гипотетических договорных условий, наиболее эффективные для исследуемых ситуаций. В качестве вывода были выявлены некоторые способы ведения переговоров и формулирования договорных условий.

Ключевые слова: переговорные возможности, договор, несправедливые договорные условия, корректные договорные формулировки, договор присоединения