

УДК 34

## Проблема правовой определенности в истории и современности

**Сулейманова Зейнеп Ресульевна**

Кандидат юридических наук,  
доцент,  
кафедра «Теория и история государства и права»,  
Юридический институт,  
Севастопольский государственный университет,  
29953, Российская Федерация, Севастополь, ул. Университетская, 33;  
e-mail: ZRSuleymanova@sevsu.ru

### Аннотация

Актуальность проблемы правовой определённости обусловлена социальной потребностью, в которой правовая определённость обеспечивает устойчивость во взаимодействии участников общественных отношений, возможность достижения ими своих целей. А в конечном счете, правовая определенность способствует прогрессивному развитию общества. Показано, что социальное значение правовой определенности, возможно, до конца не осознается. Проблема правовой определённости сопровождала всю историю права. Но наука не смогла приблизиться к ее решению. Да и практика правотолкования к науке никогда не прислушивалась. Поэтому указанная практика всегда складывалась стихийно. Стихийно складывается она и сейчас в России. Особенность современной ситуации в России заключается в том, что высшие судебные инстанции (теперь осталась одна) исключают возможность через свои разъяснения направлять судебную практику в нужном направлении в широчайших масштабах. Поэтому в случае применения правоприменительной практики сложно выбрать использование нормативного регулирования, закона или судебного разъяснения. Автором показано, что проблема к правовой определённости должна решаться на научной основе.

### Для цитирования в научных исследованиях

Сулейманова З.Р. Проблема правовой определенности в истории и современности // Вопросы российского и международного права. 2019. Том 9. № 7А. С. 37-44.

### Ключевые слова

Правовая определённость, судебное правотворчество, римское право, глоссаторы, разъяснение законов.

## Введение

Актуальность проблемы правовой определённости обусловлена социальной потребностью, в которой правовая определённость обеспечивает устойчивость во взаимодействии участников общественных отношений, возможность достижения ими своих целей. А в конечном счете, правовая определённость способствует прогрессивному развитию общества. Социальное значение правовой определённости, возможно, до конца не осознается. Тогда для осознания значения правовой определённости следовало бы обратиться к правовой неопределенности и тем социально вредным результатам, которые приносят явления, обозначаемые этим деянием. Следует, однако, признать, что исследование проблем правовой определённости и правовой неопределенности в юридической науке явно не соответствует практическим потребностям. Несмотря на отсутствие всесторонних исследований проблемы правовой определённости, эта проблема затрагивалась и в трудах классиков мировой юридической миссии, и в научных трудах дореволюционных учёных – юристов, и в работах советских ученых-юристов. Постсоветское время к проблеме правовой определённости обратились Г.А. Гаджиев, Н.А. Власенко, В.А. Ермов. Однако, в юридической науке проблема правовой определённости/неопределённости исследовалась преимущественно в историко-правовом и философско-правовом аспектах, в то время, как задача заключается в формировании таких понятий, которые могут стать фундаментом для решения практических проблем правотворчества и правоопределения.

## Основное содержание

Проблема правовой определённости является многоаспектной. Но основные ее аспекты – это правотворчество вместе с его результатом – законодательством и правоприменением. Так, Р. Иеринг писал, что «Постановления Юстиниана, например, о праве наследования «бедной» вдовы или о ставках, разрешенных при игре «богатым» - образчики того, каким законом не должен быть, ибо оба понятия вполне неопределённые и неизбежно один судья их применит так, другой иначе. Напротив, применение всех законов, содержащих определённое число (например, о ступенях возраста, давности, большом дарении, большой краже) весьма легко. Задача законодательства, равно как юриспруденции, и заключается в том, чтобы облечь понятия, не поддающиеся верному применению, в такую форму, которая дает возможным перевести, если можно так выразиться, данное понятие языка философа права на язык законодателя и судьи» [Иеринг, 333]

В приведённой цитате речь идёт, с одной стороны, об использовании в актах законодательства оценочных понятий, а с другой стороны - об использовании математических методов изложения содержания закона. А.Н. Кудрявцев заметил тенденцию к замене оценочных понятий математически точными формулировками в советском уголовном праве [Кудрявцев, 127-128]. Вспоминается в этой связи лишь о том, что наука только тогда достигает совершенства, когда она становится способной выражаться математически. С этой точки зрения юридической науке, и основанному на ней, законодательству до совершенства ещё очень далеко.

Но главное заключается в понимании направления движения. Пусть математизированное законодательство остаётся недостижимой идеей, но тенденция к большей определённости содержания закона должна признаваться и должна быть заметной в историческом процессе развития права. Но такая ситуация в истории законодательства не проявляется. Подъём

«естественно-правового понятия» в 18 веке И.А. Покровский связывал с пестротой «положительного права» и его отсталостью «от требований жизни, выросшей уж из рамок старого феодального строя [Покровский, с. 93]. В дальнейшем ситуация, о которой здесь идёт речь, существенно не улучшилась. Германское гражданское уложение, изданное в 1896 году и введенное в действие с 01 января 1900 года, известнейший философ права Г. Радбрух назвал «конечным продуктом скорее XIX в., нежели начала XIXв.» [Цвайгерт, Кётц, 228] В конечном счете все разделы германского официального уложения оказались «столь сильно отлакированными» судебным правом, что часто одно лишь чтение текста закона не может дать ни малейшего представления о действующем, «живом праве». [Цвайгерт, Кётц, 238] Понятно, что правовая определенность была достигнута благодаря не германскому официальному уложению, о судебной практике. А пока эта судебная практика получила характер устойчивой, длительное время существовала правовая неопределенность, ибо никто не мог предсказать, как судьи истолкуют правовые нормы, устанавливаемые Германским гражданским уложением.

По существу таким не путём пошли и другие страны, принадлежащие к континентальной системе права, хотя, казалось бы, что более целесообразно своевременно вносить изменения в кодексы и иные акты законодательства и избегать очевидных нарушений принципа разделения властей.

Распространение практики принятия конституций, с точки зрения утверждения правовой определённости, несло противоречивые последствия.

С одной стороны, это привело к интеграции принципов естественного права в позитивное право, что шло в русле тенденций к утверждению правовой определённости, поскольку стала исчезать потребность в обращении к допозитивному и надпозитивному праву.

С другой стороны, в позитивном праве появилась конституция, содержащая положения, формально очень слабо определенные. К тому же такие слабо определенные положения в конституциях часто стали оказываться перемешанными с формально абсолютно определенными положениями. Так, абсолютно формальным определенным является положение части 2 ст.22 Конституции, в соответствии с которой «до судебного решения лицо не может быть подвергнуто удержанию более 48 часов». В той же главе в Конституции в части 4 ст.32 устанавливается, что «граждане Российской Федерации имеют равный доступ к государственной службе». Это конституционное положение назвать абсолютно определёнными никак нельзя. Это же касается и права на жилище, закреплённого в ст. 40 Конституции и целого ряда других прав.

Неотделимость многочисленных положений Конституции, широта сферы, на которую они распространяются, и обусловленное этим частичное совпадение сфер их действия стали причиной такого является как стремление Конституционного суда Российской Федерации не столько вникнуть в букву конституционных положений, сколько уловить их дух. Основания для такого утверждения является то, что Конституционный Суд очень часто ссылается подряд на три, четыре и далее на десять статей Конституции, не вникая при этом в суть ни одной из них. Вопрос нуждается в обсуждении в научной сфере. Мы полагаем, что в случаях, когда Конституционный суд дает ссылку на конституционное положение, он обязан указать, что именно в этом положении имеет значение для решения вопроса, разрешаемого Конституционным Судом. Если же делятся ссылки сразу на несколько статей Конституции, то заведомо понятно, что до анализа их текста дела не дойдёт. Должны быть высказаны и инструкции к действующему законодательству. Если оно было более интенсивным и профессиональным, у судебной ветви власти было бы меньше оснований претендовать на

правотворческую функцию, а уровень определенности в праве был бы значительно более высоким.

Проблема влияния правотолкования и правоприменения на определенность в праве существовала всегда, когда осуществлялись попытки построить общественную жизнь на основе закона. Возможно, этой проблемы не существовало только в Древнем Риме в первые столетия после принятия Законов XII таблиц. Этот период характеризовался жестко буквальным правотолкованием. Дореволюционный исследователь римского права С. Муромцев писал, что правовые акты в Древнем Риме облеклись «в форму, заранее определявшую и для всех одинаково обязательственную, которые даже толкуются, строго придерживаясь форме - такие акты представляют заранее ручательство против произвола судебной власти, склонной проявить его при их судебной оценке. Формализм, в известных пределах, враг судебного произвола. Эта сторона формализма была ... плебеями в их борьбе с патрициями; поэтому XII таблиц ... систему формализма» [Муромцев, 144-145]. Для Римского права писал Рудольф Иеринг, «формализм представлял ту же школу дисциплины и порядка, которую народ находил в военном лагере. Здесь, в лагере привык народ к тому подчинению, к той строгости буквы, которую он впоследствии снова нашел в формах своей правовой жизни; посевший на службе полководец не мог бы с большим педантизмом и с большей строгостью установить внешний порядок правового соотношения и надзирать над ними, чем древние юристы» [Иеринг, 237].

Однако, в дальнейшем в Древнем Риме усилилась правотворческая роль правоприменителя, что не могло не снизить уровень правовой определенности в праве. Но почему-то об этом никто и не жалеет. Наоборот, Римское право получило развитие именно в процессе правоприменения. Но развитие права в процессе правоприменения – это путь не к правовой определенности, а в противоположном направлении.

Надежду на движение в направлении правовой определенности дают глоссаторы, а позднее постглоссаторы, поскольку они дали глубокий анализ Дигест, который никогда не осуществлял ни до, ни после них [Аннерс, 161]. Но уже в обществе глоссаторов проявилось противоречие в подходах к правотолкованию: один из них (Мартин) пытался соединить идею законности с идеей справедливости, а второй (Булгар) был приверженцем сугубо радикального подхода к правотолкованию и правоприменению. Э. Аннерс доказывает, что отголоски противоборства взглядов Мартина и Булгара ощущались почти во всех трудах глоссаторов [Аннерс, 164].

Очевидно, правильнее будет сказать, что отголоски указанного противоборства ощущаются и сегодня. По этому поводу А.И. Покровский писал, что крупнейшая проблема в праве заключается в отношении судьи к закону - «должен ли он всегда и при всяких условиях быть только истолкователем и применителем закона или же перед лицом конкретной жизни ему должна быть предоставлена более самостоятельная и более творческая роль?» [Покровский, 92].

Проблема эта, -продолжает Покровский, - давала себя чувствовать уже в античном мире в правовой истории Греции и Рима. Стоит она все время и перед новыми народами, начиная от эпохи раннего средневековья, от того момента, до которого только может проникнуть наш исторический взгляд, При этом в истории западноевропейского права могут быть отмечены закону, полного воздержания его от всякой оценки и исправления закона сообразно своим представлениям о справедливости; и есть, с другой стороны, эпохи, когда торжествует тенденция противоположная: судье предоставляется право не только широкого толкования закона, но даже и его исправления *in concreto*. При этом смена этих эпох находится в известной зависимости от падения или повышения естественно-правового настроения: чем сильнее отрицательное отношение к позитивному праву, чем распространённое вследствие этого

симпатия к праву естественному, тем больше у судов склонности признавать справедливость (aequitas, которая отождествляется с jus naturale) непосредственным источником права, способным восполнять и даже исправлять положительный закон...» [Покровский, 93]. К настоящему времени в странах континентальной системы права сложился удовлетворяющий общественность уровень правовой определённости, который сочетает внимание к закону, исключаящее упреки в произволе, с учетом намерений законодателя, о которых судьи узнают из законоподготовительных работ. Используются и другие средства отхода от закона, если действующий закон считается препятствием для справедливого судебного решения [Давид, Жоффре-Спинози, 85]. Р.Давид и К. Жоффре-Спинози пишут также, что некоторые судьи «признаются, что они сначала находят справедливое решение, а затем ищут его обоснование в праве. Другие с негодованием отрицают такой метод, считая, что это противоречит их судейской совести» [Давид, Жоффре-Спинози, с.91]. Трудно назвать эту практику примером для подражания. Стоит также напомнить, что эта практика сложилась в течение длительного времени, начиная с середины XIX века, когда «школа толкования», дававшая надежду на развитие рационального правотолкования после принятия Французского гражданского кодекса, была отвергнута под давлением судебной практики. Мы понимаем это так, что власть победила интеллект.

У власти, в том числе у судебной, достаточно факторов для достижения такой победы. Об этом свидетельствует и опыт Российской Империи. Сенат, в состав которого входили кассационные департаменты, настаивал на обязательности его процессов, хотя такая позиция Сената признавалась не соответствующей закону почти всеми крупными русскими кодексами. Но это последнее обстоятельство ничуть не поколебало позицию Сената [Карапетов, 204]. Как видим, в России власть оказалась сильнее интеллекта.

В настоящее время в России сложилась ситуация, которая является близкой к той, которая существует в других странах континентальной системы права. Правда, по утверждению судебного правотворчества в России существенно препятствует ст.120 Конституции. Соответственно эта статья препятствует и тенденции к правовой неопределенности, которую несет с собой судебное правотворчество. В соответствии с частью первой ст.120 Конституции «судьи независимы и подчиняются только Конституции Российской Федерации, федеральному закону». Это конституционное положение не исключает подчинения судей сложившейся судебной практике, но лишь в той мере, в какой такое подчинение предписывает им Конституция и федеральные законы. В соответствии с частью второй ст.120 Конституции «суд, установивший при рассмотрении дела несоответствие акта государственного или иного органа закону, принимает решение в соответствии с законом». Очевидно, что под «актом государственного органа» здесь понимаются и постановления Президиума Верховного Суда, а также содержащие юридическую силу постановления Пленума Высшего (теперь уже ликвидированного) Арбитражного суда. Так что поставить выше закона, судебную практику в России не так-то просто. Но ведь попытки такие предпринимаются. И эти попытки не стали безрезультатными. Они вносят существенную неопределённость в соответствующие правоотношения.

При этом обратите внимание на существенную особенность полномочий российских судов. На сколько нам известно, в других странах судьи высших инстанций не имеют полномочия издавать постановления общего характера с целью дачи разъяснений по вопросам судебной практики. Россия унаследовала советскую практику предоставления высшим судебным инстанциям полномочия давать разъяснения по вопросам судебной практики. Также

полномочия Верховного Суда и Высшего Арбитражного суда закреплены в ст. 126 и 127 Конституции (в связи с ликвидацией Высшего Арбитражного Суда ст. 127 из Конституции была исключена). В Конституции ничего не говорится об обязательности таких разъяснений. Но коль речь идет о «разъяснениях», то сами по себе они (без специального на то указания) не могут быть признаны обязательными. Но содержит указания на обязательность разъяснений Верховного Суда ст. 19 Федерального Конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации» (ст. 19) и Федеральный Конституционный закон «О Верховном Суде Российской Федерации» (ст. 5).

Что касается процессуальных кодексов, то они нарушение единообразия в толковании и применении норм права неизменно признают основанием для отмены или изменения судебных актов в порядке надзора (ст. 391.9 ГПК; ст. 308.8 АПК; ст. 341 КАС). В остальном процессуальные кодексы не обеспечивают достаточного единства правового регулирования процессуальных отношений в части обязательности (необходимости) сложившийся в судебной практике толкования норм права. Единство обеспечило в части указания на неправильное истолкования закона как на основание изменения или отмены судебного решения в апелляционном порядке (ст. 330 ГПК; ст. 270 АПК; ст. 310 КАС). Неправильное истолкование закона признается основанием для отмены или изменения судебного акта в кассационном порядке (статья 308.8 АПК). При этом понятие неправильного истолкования закона не определяется. Лишь п. 3 ч. 3 ст. 310 КАС дает пояснение, что неправильным истолкованием закона, в частности является его истолкования без учета правовых позиций Конституционного Суда, Пленума Верховного суда и президиума Верховного Суда. Возникает вопрос о том, можно ли это понимание неправильного истолкования закона распространить за пределы Кодекса административного производства. Имея в виду сложность этого вопроса, необходимость его обсуждения в профессиональной сфере и отсутствие готовности данной сферы к дискуссии по указанному вопросу. Можем только предложить для обсуждения следующие три возможные ответа на поставленные вопросы:

1) В сфере действия Гражданского процессуального кодекса и Арбитражного процессуального кодекса п. 3 ч. 3 ст. 310 КАС следует применять в порядке аналогии закона.

2) Аналогия закона в данном случае была неуместна, ибо понятие неправильного истолкования закона (истолкование, противоречащее содержанию закона) достаточно определенно, а за отсутствием пробела в законе нет оснований в применении закона по аналогии.

3) Уточнение понятия неправильного истолкования закона в п. 3. ч. 3 ст. 310 КАС должно распространяться на все процессуальные правоотношения не в порядке аналогии закона, а как всякое определение понятия.

## **Заключение**

Как бы то ни было, но Пленум Верховного Арбитражного Суда в постановлении от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах» не только разъяснил, что общее правило п. 4 ч. 421 ГК, признающее нормы обязательственного права, как правило императивными, является неправильным (поскольку они, как правило, являются диспозитивными), но и распространил действие данного разъяснения за пределы юрисдикции арбитражных судов. В этой связи в одном из научно-практическом издании констатируется, что коллегия по экономическим спорам Верховного Суда восприняла разъяснение как руководство к действию.

Между тем указанное разъяснение оценено как самая масштабная в истории попытка судов подорвать правовую определённость и поставить суды надо законом. Сейчас неясно, по крайней мере, в сфере юрисдикции арбитражных судов, что выше- закон или его разъяснение Пленумом Высшего Арбитражного Суда. И это существенно влияет на гражданский оборот в целом.

Поэтому проблема правотворческой доли судебной практики и ее влияние на правовую определённость нуждается в дальнейшем тщательном анализе.

### Библиография

1. Иеринг Р. Избранные Труды. В 2 томах. Т. II –СПб: Юридический центр Пресс, 2006.-547с.
2. Кудрявцев В.Н. Теоретические основы квалификации преступлений – М.: Госюриздогт, 1963.-324с.
3. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права- М.: Статут, 2016.-351с.
4. Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2 томах: Т I Основн. - М. Международные отношения, 1998.-480с.
5. Муромцев С. Гражданское право Древняго Рима-М.1883.-698с.
6. Аннерс Э. История европейского права- М.: Наука, 1994.-397с.
7. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности- М.: Международные отношения, 1999-100с.
8. Карапетов А.Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве-М.: Статут,2011.-308с.
9. Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к ст. 307–453 ГК РФ. – М.: Статут, 2017.-1120с.

## The problem of legal certainty in history and modernity

**Zeinep R. Suleimanova**

PhD in Law,  
Associate Professor,  
Department "Theory and History of State and Law",  
Law Institute,  
Sevastopol State University,  
29953, 33, Universitetskaya st., Sevastopol, Russian Federation;  
e-mail: ZRSuleymanova@sevsu.ru

### Abstract

The relevance of the problem of legal certainty is due to social need, in which legal certainty provides stability in the interaction of participants in public relations, the ability to achieve their goals. And ultimately, legal certainty contributes to the progressive development of society. It is shown that the social significance of legal certainty may not be fully understood. The problem of legal certainty accompanied the entire history of law. But science could not come close to its solution. And the practice of legal interpretation of science has never listened. Therefore, this practice has always evolved spontaneously. It spontaneously develops now in Russia. The peculiarity of the current situation in Russia is that the highest judicial instances (now left alone) exclude the possibility, through their explanations, to direct judicial practice in the right direction on a wide scale. Therefore, in the case of enforcement, it is difficult to choose the use of regulatory

regulation, law or judicial clarification. The author shows that the problem of legal certainty should be solved on a scientific basis.

**For citation**

Suleimanova Z.R. (2019) Problema pravovoy opredelennosti v istorii i sovremennosti [The problem of legal certainty in history and modernity]. *Voprosy rossiiskogo i mezhdunarodnogo prava* [Matters of Russian and International Law], 9 (7A), pp. 37-44.

**Keywords**

Legal certainty, judicial law-making, Roman law, glossators, clarification of laws.

**References**

1. Iering R. Selected (2006) Works. In 2 volumes. T.II –SPb: Legal Center Press, 547 p.
2. Kudryavtsev V.N. (1963) Theoretical foundations of the qualification of crimes - M.: Gosyurizogt, 324 p.
3. Pokrovsky I.A. (2016) The main problems of civil law- Moscow. Statut, 351 p.
4. Quoted from: Zweigert K., Kötz H. (1998) Introduction to comparative law in the field of private law. In 2 volumes: T I Main. - M. International Relations, 480 p.
5. Muromtsev S. (1883) Civil law of Ancient Rome-Moscow. 698 p.
6. Anners E. (1994) History of European Law- M.: Nauka, 397 p.
7. David R., Joffre-Spinozi K. (1999) Basic legal systems of modernity- M.: International relations, 100p.
8. Karapetov A.G. (2011) The struggle for the recognition of judicial law-making in European and American law-Moscow. Statut, 308 p.
9. (2017) Contract and law of obligations (general part): article-by-article commentary to Art. 307–453 of the Civil Code of the Russian Federation. Moscow. Statute, 1120 p.