

МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ И НАУКИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
Федеральное государственное бюджетное образовательное
учреждение высшего профессионального образования
«КУБАНСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ»
(ФГБОУ ВПО «КубГУ»)

Кафедра теории и истории государства и права

КУРСОВАЯ РАБОТА
ПРАВОВАЯ ДОКТРИНА КАК ИСТОЧНИК ПРАВА

Работу выполнил _____ А.А. Антонова
(подпись, дата)

Факультет _____ «Юридический» курс 1

Направление _____ Юриспруденция

Научный руководитель
Канд.юр.наук,доцент _____ К. Р. Хахалев
(подпись, дата)

Нормоконтролер
Канд.юр.наук,доцент _____ К. Р. Хахалев
(подпись, дата)

Краснодар 2016

СОДЕРЖАНИЕ

ВВЕДЕНИЕ.....	3
1 Понятие и особенности правовой доктрины как источника права.....	8
1.1 Понятие и сущность правовой доктрины.....	8
1.2 Генезис правовой доктрины.....	11
1.3 Особенности правовой доктрины как источника права	15
2 Правовая доктрина как источник мусульманского права.....	21
2.1 Правовая доктрина как источник мусульманского права	21
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	27
СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ	29

ВВЕДЕНИЕ

Актуальность выбранной темы курсовой работы заключается в том, что правовая доктрина является самым обсуждаемым источником права, также необходимостью поиска новых подходов к пониманию понятия правовая доктрина. Пророческими оказались мысли русского философа И.А. Ильина о том, что «историческое время, выпавшее нам на долю, исполнено великого и глубокого значения: это эпоха крушения, подводящего итоги большому историческому периоду; это время испытания: совершается как бы некий исторический и духовный смотр, жизненная ревизия человеческих духовных сил, укладов и путей»¹.

Также актуальность работы обусловлена тем, что современное развитие общества, права, государства, юридической науки и практики, раз за разом показывает, что считавшиеся незыблемыми постулаты развития правовой науки приобретают новые грани и на поверку оказываются легко опровергаемыми, переходят из числа юридических аксиом в разряд положений, заслуживающих вдумчивой дискуссии, нового скрупулезного осмысления и требующих теоретико-прикладного доказывания. Сказанное в полной мере относится и к проблематике правовой доктрины. Традиционно юриспруденцией она рассматривалась как дополнительный, второстепенный для современного права источник, как категория, имеющая не столько прикладное юридическое, сколько историко-правовое значение. Как правило, исследователи лишь кратко к ней обращались, приводя в качестве классического примера «права юристов» элементы правовой системы Рима да констатируя наличие доктринальных фрагментов в правовых системах современных государств, входящих в традиционно религиозную правовую семью.

Однако, во-первых, такой поверхностный подход не соответствует потребностям сегодняшнего дня, поскольку современный гносеологический ин-

¹ Ильин И. А. Кризис безбожия. М., 2005. С. 3.

струментарий прикладной юриспруденции, прежде всего теории и практики законотворчества как юридической деятельности и законодательства как продукта этой деятельности, требует более глубокого проникновения в суть явления, исследования источников права не только в формально-юридическом, но и в генетическом и философско-правовом значениях. Во-вторых, тема актуализировалась тем обстоятельством, что в последние годы в политико-правовой практике доктрина приобрела устойчивый характер самостоятельного вида правового документа. Сегодня можно с уверенностью утверждать, что доктрина – это самостоятельное явление, входящее вкупе с другими элементами в правовую систему государства. Необходимость ее изучения диктуется потребностями в эффективных социальных технологиях и управленческих механизмах, способных решать задачу формирования правового государства и гражданского общества. Степень разработанности проблематики моего исследования обусловлена тем, что данная курсовая работа посвящена правовой доктрине как элементу правовой системы и как источнику права. Поэтому ее теоретические основы черпаются из трудов, посвященных этим двум теоретико-правовым категориям. И правовая система как высший уровень проявления системности в праве, и источники права в разных значениях данного термина исследовались в десятках работ, в том числе монографического характера. Однако можно констатировать, что, во-первых, эти исследования далеки от своего завершения с учетом сложности, многоаспектности и высокой степени увязки данных теоретических категорий с динамичной правовой действительностью. Во-вторых, специально доктрине в этих исследованиях внимание либо вообще не уделяется, либо она рассматривается фрагментарно. Так, в автореферате одной из последних диссертационных работ по проблемам источников права в России «реально действующими источниками современного российского права» признаются «нормативные правовые акты, нормативные договоры, правовые обычаи, прецеденты толкования и конкретизация права». Автор предлагает признавать источником «любые формы фиксации правовых норм, из которых участники правоотношений на практике реально черпают обязательные

для них правила поведения, представления о правомерном и неправомерном, а правоприменители – основу для выносимых ими решений». Таким образом, автором процитированной работы источники права рассматриваются лишь в формально-юридическом смысле, доктрина как материальный источник права игнорируется. Примерно такая же картина наблюдается и в других работах по данной проблематике. Исключение составляет, пожалуй, диссертационный труд Д.В. Храмова, в котором доктрина рассмотрена достаточно подробно в качестве «нетрадиционного», по выражению данного автора, источника права. Однако и этот труд оставляет широкое поле деятельности для исследователей проблематики доктрины, поскольку он, во-первых, затрагивает лишь частно-правовую сферу, а во-вторых, не содержит дефиниции доктрины и не отражает отношения автора к содержанию данной категории. Лишь по отдельным высказываниям можно догадываться, что в понимании Д.В. Храмова доктрина – это лишь «научно-правовые исследования», которые являются «существенным подспорьем в регулировании общественных отношений», что представляется достаточно зауженной точкой зрения.

Тем не менее имеются работы посвященные вопросам изучения доктрины как правового явления. Наиболее значительный вклад внесли, пожалуй, работы М.Н. Марченко, рассматривающего доктрину как реально существующий и оказывающий фактическое влияние на право «вторичный» источник, имеющий огромное влияние на законодателя и правоприменителя, особенно в религиозной и социалистической правовых семьях. Особенности доктрины в рамках сравнительного правоведения рассматривались классиками темы Р. Давидом и К. Жоффре-Спинози и другими зарубежными и отечественными правоведами. Определенными шагами вперед в изучении доктрины в современном праве являются кандидатские диссертации А.А. Зозули, А.А. Васильева. Тем не менее в подавляющем большинстве имеющихся работ доктрина рассматривается исключительно под углом зрения теории источников (форм) права. Например, такой подход усматривается из публикаций С.В. Бошно, посвященных доктрине как особому правовому явлению, феномену доктрины, выступающей как форма и источник права.

Объектом курсового исследования является правовая доктрина как явление социальной и правовой действительности, представленное своими основными закономерностями, взятое в его становлении, функционировании и развитии. Объект работы – изучение правовой доктрины как потенциально общепризнанного источника права.

Предметом исследования выступает правовая доктрина как теоретико-правовое понятие, как источник права.

Целью данной курсовой работы является комплексный теоретико-правовой анализ доктрины как элемента правовой системы государства и выработка теоретико-прикладных рекомендаций по развитию данного элемента правовой системы. Достижение данной цели предполагается через осуществление ряда исследовательских задач:

- Создать общую теоретическую базу курсовой работы путем исследования теоретико-правовых категорий «правовая система» и «источники права» под углом зрения включенности в их состав правовой доктрины.
- Определить место правовой доктрины в системе источников права
- Рассмотреть доктрину как характерный источник мусульманского права

Методологическую основу исследования составляют общенаучные и специальные частные методы. Рассмотрение институтов, принципов, отношений, в своей совокупности образовавших предмет исследования, осуществляется в рамках комплексного подхода, предполагающего сочетание приемов структурно-функционального, сравнительно-правового и формально-юридического анализа. Активно используется исторический метод. В процессе работы над данной работой задействован метод перехода от теоретико-правового абстрагирования к отраслевой конкретизации, метод нормативно-правового моделирования, метод правового прогнозирования и др.

Теоретическую базу проведенного исследования составляют труды отечественных и зарубежных авторов разных лет по философии, социологии, истории и теории права и государства, аксиологии права, компаративистике, конституционному, трудовому праву, другим отраслевым и специальным юридическим наукам. Важную часть теоретической базы моего исследования составляют работы, посвященные вопросам понятия и структуры правовой системы, авторы которых Т.В. Кухарук, А.В. Малько, Н.И. Матузов, И.В. Петелина, В.Н. Синюков и др. Внимание в курсовой уделено трудам, непосредственно посвященным правовой доктрине как источнику права и характеристике отдельных политико-правовых доктрин. Их авторы Шевчук Д. А, Батурина С. В, Мозолин В. П, Т.М. Пряхина, Р.В. Пузилов, Р.А. Ромашов, М.Х. Фарукшин и др.

Научная новизна курсовой определяется как выбором темы, так и подходом к ее исследованию с учетом разработанности соответствующих проблемных вопросов. Впервые доктрина рассматривается не только как разновидность источника права и как относительно самостоятельное правовое явление, но как полноценный и важный элемент правовой системы государства.

Структура работы включает введение, две главы, разделенные на параграфы, заключение и список использованных источников.

1 Понятие и особенности правовой доктрины как источника права

1.1 Понятие и сущность правовой доктрины

Обычно в теории называют четыре вида источников права: нормативный акт, судебный прецедент, санкционированный обычай и договор. В отдельные исторические периоды источниками права признавали правосознание, правовую идеологию, а также деятельность юристов¹. В широком смысле слова ее можно отразить:

а) как важнейшую часть правовой системы российского общества, представленную в виде систематизированных и общепринятых идей, взглядов, концепций и представлений о праве, государственно-правовых явлениях, о процессе правового воздействия на общественные отношения и т.д., которые нашли свое отражение в правовоположениях, имеющих нормативное содержание и выступающих регуляторами общественных отношений;

б) как складывающийся в государстве образ политико-правовой действительности, отражающий социальные потребности современного общества и устанавливающийся в виде конкретного единства права и государства, права и политики, права и духовно-нравственных начал, наконец, права и культуры;

в) как практическое воплощение политико-правовых преобразований, соответствующие идеалам, принципам и требованиям современного социального развития, способствующие воплощению данного идеала в правовое пространство государства, в силу чего данный идеал становится составляющей государственно-правовой действительности.

Правовую доктрину в узком смысле слова принято рассматривать в контексте такого базового понятия юридической науки как «источник права». Большинство отечественных ученых-правоведов придерживаются именно этой точки зрения. Между тем, правовая система российского государства не при-

¹ Шевчук Д. А. Теория государства и права: конспект лекций. М., 2009. С. 65.

знает правовую доктрину в качестве официального источника права. Вместе с тем, вряд ли найдется хотя бы один уважающий себя юрист-практик, будь то следователь, прокурор или судья, который при необходимости вынесения правоприменительного решения, например, связанного с квалификацией преступления, не преминул бы заглянуть в комментированное законодательство¹.

В Российской Федерации термин «доктрина» все чаще используется как в законодательстве, так и в правоприменительной практике, в научных трудах². Так, по мнению председателя Конституционного Суда В.Д. Зорькина, «дальнейшее развитие доктрины правового социального государства и основанной на ней правотворческой и правоприменительной практики должно исходить из трактовки социальных прав не только как неких общих ориентиров для законодателя и правоприменителя, но именно как основных прав, равных по значимости гражданским и политическим правам человека и гражданина»³.

Как пишет Т.Я. Хабриева, в самом общем виде доктрину характеризуют как авторитетное мнение ученых, выраженное в форме принципов, теорий, концепций; это в полной мере относится и к конституционной доктрине⁴.

В теории и практике конституционного права концепция разделения властей традиционно связывается с именами Д. Локка и Ш. Монтескье, тезис о верховенстве (суверенитете) парламентов в его завершенном выражении - с именем А. Дайси, идея об особых судах как органах конституционного контроля - с именем Г. Кельзена. Таким образом, речь идет о научных доктринах конституционализма, о научной конституционной доктрине, о доктрине конституционного права.

¹ Батурина С. В. Традиции Российской правовой доктрины: автореф. дисс. Краснодар, 2008. С. 7.

² Мозолин В. П. Современная доктрина и гражданское законодательство. М., 2008. С. 14.

³ Зорькин В. Д. Право и правоприменение в Российской Федерации: доктрина и практика: Материалы к докладу на Международной конференции «Право и правоприменение в России: междисциплинарные подходы» // Официальный сайт Конституционного Суда Российской Федерации. <http://www.ksrf.ru>.

⁴ Хабриева Т. Я. Доктринальное значение российской Конституции // Журнал российского права. 2009. № 2. С. 23.

Аналогичные высказывания можно обнаружить и в трудах специалистов в других отраслях права. Так, А. А. Малиновский пишет, что «уголовно-правовая доктрина (в широком смысле слова) является первоисточником уголовного права, поскольку ее теоретические положения представляют собой руководство для законодателя. Более того, фундаментальные доктринальные основы уголовного права находят свое выражение в виде принципов права и закрепляются в действующем законодательстве»¹. По мнению Н. А. Колоколова, военная доктрина - система официальных взглядов и правовых положений, устанавливающих направление военного строительства, подготовки страны и ее вооруженных сил к войне, способы и формы ее ведения, один из главных инструментов реализации государством своих целей; базовые положения военной доктрины предопределены характером государства, степенью его развития и устремлениями господствующих в стране элит². И. А. Старостина выделяет избирательно-правовые доктрины как разновидность политико-правовых доктрин и т. п.³

Аналогичные примеры можно привести и в части деятельности органов государственной власти, наднациональных судебных инстанций и т. п. В частности, Европейский суд по правам человека, призванный контролировать выполнение предписаний Конвенции о защите прав человека и основных свобод, нередко оставляет решение вопроса о соблюдении ее норм на усмотрение государств, в среде правоведов данный подход Суда получил название «доктрина свободы усмотрения государств»⁴.

¹ Малиновский А. А. Доктрина как источник уголовного права (сравнительно-правовые аспекты) // Международное уголовное право и международная юстиция. 2009. № 1. С. 11.

² Колоколов Н. А. Победа в Великой Отечественной войне 1941 - 1945 годов и будущее славянских государств: новый взгляд на итоги Второй мировой войны // История государства и права. 2010. № 9. С. 22.

³ Старостина И. А. Российское избирательное право: доктрина и законодательство // Конституционное и муниципальное право. 2009. № 24. С. 19.

⁴ Орехов О. С. О некоторых особенностях применения доктрины свободы усмотрения государств Европейским судом по правам человека // Общество и право. 2009. № 2. С. 18.

Такое понимание доктрины фактически вытесняет другое значение этого термина как источника права. В этом контексте доктрина рассматривается уже не только как учение, научная философская теория, система идей и взглядов, совокупность ведущих положений и принципов, заложенных в основу правового механизма регулирования отдельного вида общественных отношений¹. Многие авторы отмечают, что правовая доктрина является «вторичным источником» права². Однако, несмотря на определенную ее недооценку, элементы правовой доктрины оказывают существенное влияние, в частности, на судебное правотворчество³. Как отмечает В. В. Никишин, на современном этапе развития правовой системы стран общего права мнения выдающихся юристов как таковые по-прежнему сохраняют свое значение, признаются в качестве источника права в силу того, что содержат необходимые обобщения, анализ правовых норм; кроме того, в национальных правовых системах стали иметь большое значение цельные систематизированные доктрины, в числе которых доктрина обязательности следования прецеденту вышестоящего суда (принцип *stare derisis*)⁴.

Всем вышесказанным мы можем подтвердить всю важность и большую роль правовой доктрины в правовой жизни общества.

1.2 Генезис правовой доктрины

Как говорилось ранее, под доктриной как источником права понимается наука (теория, концепция или идея), которые во всех без исключения случаях используются в правотворческом и правореализующем процессе. В романо-германской правовой семье доктрина имеет первостепенное значение, так как в течение длительного времени она была основным источником права, которое

¹ Марченко М. Н. Источники права. М., 2005. С. 16.

² Никишин В. В. Доктрина и судебный прецедент как источники зарубежного экологического права // Российский судья. 2011. № 4. С. 30.

³ Нерсесянц В. С., Батлер У. Источники английского права и правовой мысли // История права: Англия и Россия. М., 1990. С. 76.

⁴ Никишин В. В. Доктрина и судебный прецедент как источники зарубежного экологического права // Российский судья. 2011. № 4. С. 31.

было выработано в университетах в период XVIII - XIX вв. В литературе отмечается, что относительно недавно с победой идей демократии и кодификации доктрина уступила свое первенство закону¹.

Так, в Древнем Риме источником права считались точки зрения авторитетных юристов на важнейшие правовые вопросы. В 426 г. н.э. был издан закон «О цитировании юристов», признававший обязательное значение за сочинениями Папиниана, Павла, Ульпиана, Гая, Модестина и тех юристов, работы которых приводятся этими авторами. При различии мнений этих юристов, предписывалось придерживаться мнения, за которое высказывалось большинство, а при равенстве голосов отдавалось предпочтение мнению Папиниана. В странах общего права судьи нередко обосновывают свои решения ссылками на труды английских ученых. К числу этих условий можно отнести и толкование права. Все эти условия – социальные, а сама концепция источников права может быть названа социологической².

Особенно заметно значение доктрины, а также религиозной догмы в мусульманском праве, основанном на принципе авторитета религиозных догм и религиозных деятелей. Поэтому заключения древних юристов, знатоков ислама здесь имеют официальное юридическое значение. Аналогичная ситуация в индуистском праве.

Для мусульманского и индуистского права характерно переплетение с религией. Так, мусульманское право имеет четыре источника. Это прежде всего Коран - священная книга ислама, состоящая из высказываний Аллаха последнему из его пророков и посланцев Магомету (570-632); Сунна - сборник традиций, связанных с посланцем Бога; иджма - единое соглашение мусульманского общества; кияс, или суждение по аналогии. Мусульманское право - это право общины верующих. Существующие в мусульманских государствах законы

¹ Мелехин А. В. Теория государства и права: учебник. М., 2007. С. 310.

² Чепурнова Н. М., Серегин А. В. Теория государства и права: учебное пособие. М., 2008. С. 387.

фактически воспроизводят указанные источники. Для мусульманского права характерно преобладание религиозного принципа применения, выражающегося в применении только в отношении мусульман. При этом предусматриваются изъятия из этого принципа в отношении немусульман.

В шариате широкое развитие получили следующие институты гражданского права: право собственности, договорное право, семейное и наследственное право. По мусульманскому праву обязательства подразделяются на возмездные и безвозмездные, а также двусторонние, многосторонние, срочные и бессрочные. Договор рассматривается как правовая и одновременно божественная связь. Брак рассматривается как религиозная обязанность каждого мусульманина. Наследованию подлежат только имущественные права. Обязанности умершего (пассивы) не могут переходить на наследников. Наследство открывается только после покрытия расходов, связанных с погребением умершего и уплаты всех его долгов.

Все преступления разделяются на три группы. К первой относятся посягательства на права мусульманской общины: отступничество от Ислама; преступления против порядка управления; кражи; употребление спиртных напитков; прелюбодеяние (для доказательства требуется показание трех свидетелей) или ложное обвинение в этом.

Вторую группу составляют противоправные действия, посягающие на права отдельных лиц. Структура регулятивных норм носит бланкетный характер. Шариат допускает кровную месть, которая может быть заменена денежным выкупом при условии прощения со стороны родственников убитого. За нанесение телесных повреждений наступает ответственность по принципу талиона.

Третью группу преступлений составляют такие действия, как: оскорбления, хулиганство, растрата государственных средств, азартные игры и т.п.

Наказания по шариату носят публичный и устрашающий характер. Существует несколько видов смертной казни: повешение, четвертование, утопление, забрасывание камнями. Ворам отсекают конечности.

Индустское право также основано на божественной доктрине, изложенной в книгах, именуемых шастры - драхма, артха и кама¹.

Шевчук Д.А. рассматривает нехарактерную для большинства ученых связь правовой доктрины с другими источниками права или даже другими правовыми категориями. Например, ученый утверждает, что доктрина тесно связана с правосознанием: «Правосознание теснейшим образом сопряжено с философскими теориями, идеологическими воззрениями, религиозными доктринами. Некоторые мыслители считали, что нормы права, их обязательность и принудительность живут лишь в сознании людей, поэтому право – явление психологическое (Л. Петражицкий). Другие подчеркивали внешнюю принудительность права как внешнего средства регулирования свободы человека (И. Кант, Г. Гегель). Третьи считали право классовым регулятором общественных отношений (К. Маркс, В.И. Ленин). Четвертые признавали за правом роль оформителя и гаранта естественных прав человека (Ш. Монтескье, Ж.-Ж. Руссо)»².

Более того, важно отметить связь правовой доктрины с судебным прецедентом и согласиться, что «сущность судебного прецедента заключается в придании нормативного характера решению суда по конкретному делу. Обязательным для судов является не все решение или приговор, а только «сердцевина» дела, суть правовой позиции судьи, на основе которой выносится решение. Это, как называют специалисты по англосаксонской правовой системе, «ratio decidendi». Из прецедента постепенно могут складываться и нормы законов. В недавнем прошлом в советской правовой науке прецедент как источник права оценивался только отрицательно, однако в последнее время тон критических высказываний несколько смягчился. Более того, уже встречаются предложения

¹ Мелехин А. В. Теория государства и права: учебник. М., 2007. С. 311.

² Шевчук Д. А. Теория государства и права: конспект лекций. М., 2009. С. 87.

о необходимости приравнять судебную доктрину к источникам права. Думается, что предлагаемое возможно, но для этого необходимы независимый суд и соответствующая правовая подготовка судей, а также формирование их правосознания в том направлении, при котором станет возможным их правотворчество»¹.

1.3 Особенности правовой доктрины как источника права

Чтобы в полной мере рассмотреть проблему доктрины как источника права, необходимо подробно остановиться на ее признаках и особенностях. Правовая доктрина как наука или господствующие в обществе представления о праве обладает следующими чертами источника права: - Это теория или совокупность знаний, представлений о праве данного общества, содержании отдельных правовых норм, конкретных способах решения юридических казусов; - Необходимость существования правовой доктрины предопределяется общественными потребностями в стабильности и порядке отношений между людьми. В способности правовой доктрины удовлетворять человеческие потребности в правовом регулировании общественных отношений проявляется её социальная ценность; - Правовая доктрина имеет объективированную форму в виде письменных комментариев, учебников, пособий, и т.п. или устных мнений, высказываемых учёными в суде. Правовая доктрина – неписаный источник права, который обнаруживает себя в непосредственном действии права – при формировании нормативного регулятора и воплощении его в жизнь. Например, в устной форме правовая доктрина широко использовалась в римском частном праве классического периода, когда претор разрешал спор, основываясь на мнении, которое высказывал приглашённый в разбирательство авторитетный и уважаемый юрист; - Правовая доктрина создаётся учёными-юристами. Научные представления о праве формируются в результате проведенных исследований, направленных на познание сущности правовых явлений и практическое совершенствование права. Важно отметить, что не любое учение о праве приобретает

¹ Шевчук Д. А. Теория государства и права: конспект лекций. М., 2009. С. 89.

характер источника права. Для того чтобы стать источником права, правовая доктрина должна быть официально признана обязательной для правоприменительных органов в нормативно-правовых актах либо неофициально юридической практикой. Придание той или иной правовой концепции юридической обязательности определяется её научным авторитетом среди учёных и практиков. Например, в 426 году в Римской империи был принят Закон о цитировании – *Lex citationis*. Данным законом предписывалось считать источниками права труды пяти римских юристов (Папиниана, Павла, Гая, Ульпиана и Модестина)¹

В Англии, напротив, в Средние Века за правовой доктриной утвердился статус источника права благодаря деятельности судов. Таким образом, применение правовой доктрины при разрешении юридического дела, в конечном счёте, зависит от воли суда или другого правоприменительного органа. В связи с этим правовая доктрина обладает и такой особенностью – получив объективную форму, она отрывается от её создателя и не может быть изменена. Даже если в последующем автор доктрины пересмотрел свои взгляды, это не скажется на её применении судами; - Правовая доктрина включает в себя не только научно доказанные и достоверные знания о праве, но и вероятностные суждения, не обладающие свойствами истинности и обоснованности. Иными словами, правовая доктрина, будучи результатом мыслительной деятельности человека, носит идеологический характер и нередко выражает те или иные идеалы, ценности. Например, советская правовая доктрина, опираясь на не установленную научным образом закономерность смены капитализма социализмом, создала образ идеального общества, в котором государство и право отомрут, а отношения будут упорядочиваться правилами коммунистического общежития; -

Правовая доктрина выражает интересы тех или иных слоев общества. Так, концепция естественных прав человека, общественного договора возникла в недрах зарождавшегося в Европе класса буржуазии – торговцев, промышленников, банкиров, инициатива которых сковывалась феодальными порядками

¹ Пухан И., Поленак-Акимовская М. Римское право. – М.: Зерцало, 2000. С. 57.

неравноправия сословий и королевским абсолютизмом. Советское право первоначально открыто называлось правом класса трудящихся, а позднее стало именоваться общенародным правом. Та или иная правовая доктрина может быть использована для оправдания противоречащих конституционному порядку действий государственных органов. А.А. Васильев высказывает мнение, что правовая доктрина – не просто источник права. Она является основным и первичным источником права. Свою позицию он обосновывает следующим. Официально признаваемая в данном обществе правовая доктрина пронизывает всю правовую систему и механизм правового регулирования. Законодательство является отражением господствующих в данном обществе представлений о сущности и назначении права в обществе. Правовая доктрина наполняет содержанием юридическое образование и формирует правосознание, как профессиональных юристов, так и граждан. Правовая доктрина имеет регулятивный характер и юридическое значение, когда является частью правового сознания субъекта.¹

Признание правовой доктрины в качестве источника права обуславливается следующими причинами. Во-первых, формальная определённость правовой доктрины достигается с помощью письменной формы выражения произведений юристов и известности доктрины среди профессиональных юристов и субъектов права. Во-вторых, общеобязательность правовой доктрины вытекает из авторитетности, уважения к учёным- юристам в обществе, а также общепризнанности и общепризнанности работ правоведов в юридическом корпусе и обществе.

Наконец, реализация правовой доктрины обеспечивается государственным санкционированием в нормативно-правовых актах или судебной практике, хотя правовая доктрина может действовать *de facto* без одобрения официаль-

¹ Васильев А.А. Правовая доктрина как источник права: историко- теоретические вопросы: диссертация кандидата юридических наук. – Москва: РГБ, 2007. – [Электронный ресурс].

ными органами. Формами выражения правовой доктрины выступают: - Принципы права как основополагающие идеи, выражающие сущность и назначение права и пронизывающие процесс формирования и реализации права (принцип равноправия, справедливости, законности, гуманизма, ответственности за вину и др.)¹; - Доктринальное (научное) толкование правовых норм² ; - Определения юридических понятий и категорий (вина, ответственность, договор, имущество и др.), необходимые для единообразного понимания и применения права на практике; - Юридические конструкции, отражающие закономерности, логику организации правовой материи.

Профессор С. С. Алексеев по данному поводу отмечает: «... юридические конструкции конституируют строго определённую модельную схему или типовое построение правомочий, обязанностей, ответственности, процедур, носящих математически строгий характер»³.

К юридическим конструкциям относятся состав правонарушения, структура нормы права и правоотношения, юридическая ответственность, договоры и др.; - Правила разрешения юридических коллизий (противоречий) между правовыми нормами. Так, профессор А.Ф. Черданцев пишет: “К числу правил, имеющих цель обеспечить действительное непротиворечие друг другу норм одной системы права, относится также следующее правило, сформулированное еще римскими юристами: *lex posterior derogat legi prior* (последующий закон по тому же вопросу прекращает действие предыдущего). Хотя указанное правило не зафиксировано в российском законодательстве, однако его можно считать составной частью системы права⁴; - Юридическая техника, или правила и при-

¹ Захаров, АЛ, Межотраслевые принципы права. – Самара, 2004. С. 68; Овод, А.В. Принцип законности в публичном праве. Автореферат на соискание ученой степени кандидата наук, Казань,, 2005.

² Соцуро Л.В. Неофициальное толкование норм права: Учебное пособие.-М., 2000. С. 53-57.

³Алексеев С.С. Тайна права. Его понимание, назначение, социальная ценность: Норма, 2001. С. 43.

⁴ Черданцев А.Ф. Толкование права и договора. – М, 2003. С. 46.

ёмы составления и оформления правовых актов; - Юридические догмы; - Правовые позиции; - Правовые преюдиции.

К достоинствам правовой доктрины как источника права А.А. Васильев относит следующие: - научную достоверность, выражающую соответствие представлений учёных юридической действительности и согласование их с господствующими в обществе правовыми парадигмами; - аргументированность, обоснованность проведёнными исследованиями и юридическими экспериментами – нормами положительного права, материалами юридической практики, социологическими, историческими и сравнительно- правовыми эмпирическими данными; - гибкость к изменяющимся условиям жизни, способность предложить решение оригинального и нетипичного юридического казуса; - предвидение перспектив эволюции права, опережение общественной жизни; - убедительность и авторитетность, выражающиеся в следовании учёными этическим императивам служения истине, научной честности, коллективному скептицизму и стремлению к духовно-нравственному совершенствованию общества на началах добра и справедливости; - общепризнанность, граничащая с общеобязательностью, и обусловленная принятием доктринальных представлений сословием юристов и общественным сознанием в качестве истинных и необходимых для установления порядка в социальной жизни; - доступность для субъектов права и правоприменителей трудов учёных-юристов, экспертных заключений, общепринятых правовых идей в виде сентенций, принципов, аксиом; - письменная форма выражения, позволяющая установить содержание правовой доктрины; добровольность соблюдения правовой доктрины в силу её убедительности и признания в юридических кругах и обществе; - способность дать ответ на вопросы, возникающие в практике правоприменения (пробелы в праве, неясность и противоречивость законодательства); - способность учесть обстоятельства конкретного дела и как следствие найти юридически верное и справедливое решение, которое не может быть обеспечено применением словами К. Маркса «равной меры к неравным людям»; - сохранение правовой док-

триной национального юридического опыта, обеспечение его преемственности, органического развития и трансляции из поколения в поколение. С другой стороны, правовая доктрина как источник права таит в себе опасности для правопорядка. Прежде всего, правовая доктрина, неразрывно связанная с идеологией, может стать способом для защиты групповых или личных интересов и привести к несправедливости. Кроме того, неписанный характер правовой доктрины, её неопределённость может стать причиной различного решения одинаковых, типичных юридических случаев, то есть внести разноречивую, путаницу и неравенство в социальный порядок.¹

¹ Остроумов С.В., к.ю.н., Остроумов Н.В., к.ю.н. Суд в системе политических институтов США конца XVIII – начала XIX веков. // Пробелы в российском законодательстве №2, 2012.

2 Правовая доктрина как источник мусульманского права

2.1 Правовая доктрина как источник мусульманского права

В исламе правовая доктрина играет гораздо большую роль, чем в романо-германской системе или системе общего права. Не законы государства, не позитивное право, а учебник является основным источником права и имеет силу закона. В исламских государствах право создают ученые, а не парламентарии и правительственные чиновники.¹ Самобытность и уникальность мусульманского права и юридической доктрины обусловлена историей исламских духовных и нравственных идей и ценностей. Мусульманское право как система норм, выражающих в религиозной форме в основном волю религиозной знати и в той или иной степени санкционируемых и поддерживаемых теократическим исламским государством, в своей основе сложилось в эпоху раннего средневековья в VII–X вв. в Арабском халифате и основано на религии – исламе. Ислам исходит из того, что существующее право пришло от Аллаха, который в определенный момент истории открыл его человеку через своего Пророка Мухаммеда. Право Аллаха дано человечеству раз и навсегда, поэтому общество должно руководствоваться этим правом, а не создавать свое под влиянием постоянно изменяющихся социальных условий жизни. Правда, согласно теории мусульманского права, божественное откровение нуждается в разъяснении и толковании, на что и ушли века кропотливой работы мусульманских юристов. Однако их усилия были направлены не на создание нового права, а лишь на то, чтобы приспособить данное Аллахом право к практическому использованию.²

Как отмечает Л.Р. Сюкияйнен, учение об источниках относится к числу наиболее разработанных в науке мусульманского права и отличается большим своеобразием. Мусульманские исследователи выделяют в составе мусульманского права две группы взаимосвязанных норм, первую из которых составляют юридические предписания Корана и сунны – собрания имеющих правовое значение преданий о поступках, высказываниях и даже молчании пророка Мухаммеда, а вторую – нормы, сформулированные мусульманско-правовой доктриной на основе «рациональных» источников, прежде всего единогласного мнения наиболее авторитетных правоведов (иджма), и умозаключения по аналогии, то есть распространение положений Корана, сунны и доктрины на отношения,

¹ Общая теория права и государства: Учебник / Под ред. В.В. Лазарева. М., 2005. С. 357.

² Саидов А.Х. Сравнительное правоведение: Учебник. Москва, Изд-во Юристъ, 2003. С. 296.

ими прямо не урегулированные, но подобные по своему характеру и природе (кияс). В качестве основополагающих рассматриваются нормы первой группы, особенно те, которые зафиксированы в Коране. Для характеристики Корана как источника мусульманского права важно иметь в виду, что среди его норм, регулирующих взаимоотношения людей, заметно преобладают общие положения, имеющие форму отвлеченных религиозно-моральных ориентиров и дающие простор для толкования правоведами.¹ По своему содержанию и природе в Коран входят религиозные, нравственные, культовые правила, а также нормы права. Собственно правовыми в Коране выступают не более двухсот стихов. Так, Рене Давид отмечает: «Мусульманские авторы различают строфы, которые устанавливают личный статус (их 70), строфы, касающиеся «гражданского права» (также 70), строфы уголовно - правового характера (30), строфы, регламентирующие судебную процедуру (13), «конституционные строфы» (10), строфы, касающиеся экономики и финансов (10), и, наконец, строфы, относящиеся к «международному праву» (25).² Кроме того, в тексте Корана юристы и богословы вскрыли около 225 противоречий.³

В силу противоречивости и недостаточности предписаний Корана для упорядочения жизни мусульманского общества появилась потребность в создании необходимых правил поведения, опиравшихся на религиозный авторитет пророка. С середины VIII в., когда в халифате начали складываться основные школы мусульманского права, наступил новый этап формирования мусульманско-правовой науки – «период кодификации и имамов», который длился около двух с половиной столетий и стал эпохой зрелости, «золотым веком» в развитии мусульманского права. Главным его итогом явилось возникновение различных направлений в толковании Корана и сунны, каждое из которых относительно автономно разрабатывало собственную систему правовых норм. Особое значение доктрины для развития мусульманского права объяснялось не только пробелами и противоречиями в Коране и сунне, но и тем обстоятельством, что большинство содержащихся в них норм считалось имеющими божественное происхождение, а значит, вечными и неизменными. В этих условиях мусульманские правоведа, исходя из предположения, что в основополагающих источниках имеются ответы абсолютно на все вопросы и задача сводится к тому, чтобы их найти, разработали разнообразные приемы «извлечения» новых норм для решения вопросов, не урегулированных прямо Кораном и сунной. Мусуль-

¹ Сюкияйнен Л.Р. Доктрина как источник мусульманского права. // Источники права. М., 1985. С.65

² Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1988. С. 312

³ Климович Л.И. Ислам. - М., 1965. С. 52

манское право потому и смогло выполнить свою историческую миссию, что не сводилось к немногочисленным предписаниям Корана и противоречивым хадисам (хадисы – сказания о жизни пророка Мухаммеда.), а опиралось на них лишь в самых общих чертах как на свою идейно-теоретическую базу, черпая конкретное содержание из трудов юристов. Доктринальная разработка нормативного состава мусульманского права теоретически базировалась на принципе свободы *иджтихада*.

Практически он означал введение правоведами нескольких разновидностей норм. Прежде всего, толкуя общие предписания-ориентиры Корана и сунны, они придавали им юридический характер, формулировали на их основе конкретные судебные решения. *Иджтихад* означал также возможность выбора наиболее подходящего правила для данного дела среди противоречивых конкретных предписаний сунны и индивидуальных решений сподвижников пророка. Наконец, в случае молчания указанных источников правоведа создавали новые нормы при помощи разнообразных логических приемов. Источником таких новых норм выступала доктрина, формулировавшая их на основе указанных рациональных методов. Можно поэтому прийти к выводу, что наряду с Кораном, сунной и судебно-нормативными решениями сподвижников пророка (вынесенными индивидуально или на основе консенсуса) именно доктрина, вобрав в себя все так называемые рациональные источники, стала самостоятельным источником (внешней формой) мусульманского права в юридическом смысле. Более того, в рамках доктрины была создана большая часть норм действующего мусульманского права.¹

На рубеже X и XI вв. положение существенно изменилось. К этому времени многие правоведа уже запрещали судьям менять толк. *Иджтихад* постепенно стал рассматриваться не как свободное усмотрение за пределами Корана и сунны, а лишь как возможность выбора любой из школ мусульманского права. Большинство мусульманских исследователей пришло к выводу, что в это время век *иджтихада* сменился веком *таклида* (букв. - подражания, традиции), означавшим, что в случае молчания Корана и сунны судьи потеряли право выносить решения на основе собственного правосознания и отныне должны были строго следовать выводам одной из признанных школ мусульманского права.

Итак, если в VII—VIII вв. источниками мусульманского права выступали Коран, сунна, *иджма* и «высказывания сподвижников», то начиная с IX-X вв.

¹ Сюкияйнен Л.Р. Доктрина как источник права. // Источники права. М., 1985. С. 68-70.

эта роль постепенно перешла к доктрине. А.А. Васильев выделяет следующие причины возникновения мусульманской правовой доктрины, ставшей источником права: Противоречивость и наличие пробелов в тексте Корана и Сунны как священных текстов, содержащих юридические нормы, предполагающие возникновение освящённых исламом рациональных путей разрешения противоречий и устранения пробелов; Догматизм, неизменность Корана и Сунны и как следствие их неспособность упорядочивать возникающие социальные отношения должны были с необходимостью повлечь создание гибких, своевременных и обоснованных с точки зрения здравого смысла и признания мусульманской общиной юридических предписаний; Многочисленность и разноречивость хадисов (преданий) требовали интеллектуальной работы по собиранию, устранению противоречий между сказаниями о поступках пророка и его сподвижников, что выразилось в изложении мусульманскими учёными (муджтахидами) в своих произведениях сунн.¹

Итак, значительное большинство конкретных норм мусульманского права – итог его доктринальной разработки. Для их характеристики важно иметь в виду, что мусульманские юристы долгое время не решались формулировать обобщенные абстрактные правила поведения и предпочитали искать решения по конкретным случаям. При этом они выполняли важную роль приспособления общих предписаний-ориентиров и казуальных норм, закрепленных в Коране и сунне, или индивидуальных решений сподвижников пророка к потребностям господствовавших в мусульманском государстве социально-политических сил. Поэтому с наступлением периода традиции развитие доктрины и, следовательно, системы действующего мусульманского права не только не прекратилось, но, напротив, продолжалось весьма активно в рамках нескольких школ, за которыми нередко стояли вполне определенные политические интересы.²

В течение первых двух-трех веков периода традиции в целом завершилось формирование мусульманского права, которое стало практически правом той или иной школы. Как верно замечает Р. Шарль, с расширением арабских завоеваний “единое мусульманское право уступило место целому ряду мусульманских прав.”³

¹ Васильев А.А. Правовая доктрина как источник права: историко-теоретические вопросы: диссертация кандидата юридических наук. - Москва: РГБ, 2007. - [Электронный ресурс].

² Сюкияйнен Л.Р. Доктрина как источник права. // Источники права. М., 1985. С. 72.

³ Шарль Р. Мусульманское право. – М, 1953.С. 11.

Термин «фикх», который первоначально использовался для обозначения мусульманско-правовой доктрины, стал применяться и в отношении самого мусульманского права в объективном смысле. Доктринальная разработка мусульманского права, затрудняя его систематизацию, вместе с тем придавала ему известную гибкость, возможность развиваться. Развитие мусульманского права не шло по пути формулирования общих абстрактных норм, последовательной замены одних правил поведения другими или же придания общеобязательной силы конкретным судебным решениям. Особенность структуры мусульманского права заключается в том, что все выводы одной школы, содержащиеся, в канонизированных трудах юристов, признаются в равной степени действительными, хотя и могут противоречить друг другу. Что касается дальнейшего развития мусульманского права, то вторжение источников права европейского типа оказалось в немалой мере необратимым процессом, затронувшим все исламские страны, где ранее господствовало мусульманское право во всем своеобразие его источников. Правовые системы этих стран претерпели существенные изменения в том плане, что значение, сфера действия и удельный вес мусульманского права уменьшились, а само это право, по своей внешней форме во всяком случае, также восприняло кое-что от европейских кодификаций.¹

Европейское правовое мышление отразилось на мусульманском праве в виде идеи упорядочения права по образцу европейских кодексов, необходимости устранения религиозных основ из права и правосудия и теории создания нового, гибкого права в западном понимании. В силу чего в первой половине XX века в арабскоязычных государствах были проведены реформы государственного аппарата, созданы светские суды и приняты кодексы по различным отраслям права на основе Французского Гражданского Кодекса 1804 года и Германского Гражданского Уложения.²

Но со второй половины XX века началось возрождение мусульманского права после краха колониальной системы и обретения свободы многими арабскими государствами. Во многих странах арабского востока вновь созданы религиозные суды, восстановлены древние традиции, признано действие мусульманского права. Иными словами, в современных государствах исламской культуры восстановлено действие традиционных источников мусульманского права, в том числе и доктрины в форме иджмы, кияса и фетвы (фетва – заключение юристов по конкретному спору). Религиозные представления сказываются и на

¹ Саидов А.Х. Сравнительное правоведение: Учебник. Москва, Изд-во Юристъ, 2003. С. 306.

² Давид, Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. - М.: Международные отношения, 1999. С. 322-330.

принимаемых арабскими государствами юридических актах, которые по форме должны были бы соответствовать европейским аналогам. К примеру, арабские страны 19 сентября 1981 года приняли Всеобщую исламскую декларацию прав человека, основанную на священном писании мусульман и закрепляющую личный статус мусульман. К тексту декларации авторы специально приложили таблицу соответствий Корану положений данного документа.¹

Обобщая вышесказанное, можно подвести итог, что особенность правовой доктрины в мусульманском праве обусловлена ее неразрывной связью с религиозными нормами. Доктрина в мусульманском праве не только является важнейшим источником права, но и составляет основу правосознания и правовой культуры, оказывает влияние на судебную практику и развитие законодательства.

¹ Ковлер А.И. Антропология права: Учебник для вузов. -М.: Норма, 2002. С. 234-245.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В результате исследования было выработано определение правовой доктрины в узком и широком смысле. Была предпринята попытка сформулировать и общее понятие доктрины. Правовую доктрину большинство ученых-правоведов рассматривают в контексте такого базового понятия юридической науки как «источник права». Также, из вышеизложенного в моей работе, представляется необходимым сделать следующие выводы:

Во-первых, в широком смысле слова доктрину можно отразить, как важнейшую часть правовой системы российского общества, представленную в виде систематизированных и общепринятых идей, взглядов, концепций и представлений о праве, государственно-правовых явлениях, о процессе правового воздействия на общественные отношения и т.д., которые нашли свое отражение в правоположениях, имеющих нормативное содержание и выступающих регуляторами общественных отношений.

Во-вторых, нельзя не заметить что, в Российской Федерации термин «доктрина» все чаще используется как в законодательстве, так и в правоприменительной практике, в научных трудах, что придает доктрине научную новизну и делает объектом всевозможных споров.

В-третьих, затрагивая особенности правовой доктрины как источника права важно сказать, что правовая доктрина- это теория или совокупность знаний, представлений о праве данного общества, содержании отдельных правовых норм, конкретных способах решения юридических казусов.

В-четвертых, правовая доктрина имеет объективированную форму в виде письменных комментариев, учебников, пособий, и т.п. или устных мнений, высказываемых учёными в суде, что в свою очередь выделяет правовую доктрину среди остальных источников права.

В-пятых, правовые доктрины (научные положения, концепции) как источник права в современных правовых системах значения практически не имеют. В Древнем Риме суды ссылались на работы наиболее известных римских юристов - Гая, Ульпиана, Павла. В настоящее время правовая доктрина как источник права формально признается только в Швейцарии.

В-шестых, нельзя не заметить, что в романо-германской правовой семье доктрина имеет первостепенное значение, так как в течение длительного времени она была основным источником права, которое было выработано в университетах в период XVIII - XIX вв.

В-седьмых, в своей работе я не могла не упомянуть, что в странах общего права судьи нередко обосновывают свои решения ссылками на труды английских ученых, что в свою очередь подчеркивает важность правовой доктрины.

В-восьмых, особого внимания заслуживает то, что в исламе доктрина играет гораздо большую роль, чем в романо-германской системе или системе общего права.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

Нормативные правовые акты

1 Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 22 октября 2014 г.) // Собрание законодательства РФ. 1994. 5 декабря. № 32. Ст. 3301.

Учебники, монографии, конспекты лекций

- 2 Алексеев С. С. Общая теория права. М., 1981.
- 3 Бержель Ж.-Л. Общая теория права. Перевод с французского / под общ. ред. В. И. Даниленко, Г. В. Чуршукова. М., 2000.
- 4 Власенко Н. А. Теория государства и права. М., 2011.
- 5 Вопленко Н. Н. Источники и формы права: учебное пособие. Волгоград, 2004.
- 6 Григорьева И. В. Теория государства и права: учеб. пособие. Тамбов, 2009.
- 7 Даль В. И. Толковый словарь живого великорусского языка: В 4-х т. Т. 2. М., 1999.
- 8 Иванников И. А. Теория государства и права. М., 2012.
- 9 Ильин И. А. Кризис безбожия. М., 2005.
- 10 Марченко М. Н. Источники права. М., 2005.
- 11 Мелехин А. В. Теория государства и права: учебник. М., 2007.
- 12 Мозолин В. П. Современная доктрина и гражданское законодательство. М., 2008.
- 13 Радько Т. Н. Теория государства и права в схемах и определениях: учебное пособие. М., 2011.
- 14 Радько Т. Н. Теория государства и права. М., 2011.
- 15 Скоков А. М. Современная теория государства и права. Ростов-на-Дону, 2005.

16 Чепурнова Н. М., Серегин А. В. Теория государства и права: учебное пособие. М., 2008.

17 Шевчук Д. А. Теория государства и права: конспект лекций. М., 2009.

18 Якушев А. В. Теория государства и права: конспект лекций. М., 2007.

Научные статьи, публикации

19 Зорькин В. Д. Право и правоприменение в Российской Федерации: доктрина и практика: Материалы к докладу на Международной конференции «Право и правоприменение в России: междисциплинарные подходы» // Официальный сайт Конституционного Суда Российской Федерации. <http://www.ksrf.ru>.

20 Колоколов Н. А. Победа в Великой Отечественной войне 1941 - 1945 годов и будущее славянских государств: новый взгляд на итоги Второй мировой войны // История государства и права. 2010. № 9.

21 Малиновский А. А. Доктрина как источник уголовного права (сравнительно-правовые аспекты) // Международное уголовное право и международная юстиция. 2009. № 1.

22 Нерсисянц В. С., Батлер У. Источники английского права и правовой мысли // История права: Англия и Россия. М., 1990.

23 Никишин В. В. Доктрина и судебный прецедент как источники зарубежного экологического права // Российский судья. 2011. № 4.

24 Орехов О. С. О некоторых особенностях применения доктрины свободы усмотрения государств Европейским судом по правам человека // Общество и право. 2009. № 2.

25 Старостина И. А. Российское избирательное право: доктрина и законодательство // Конституционное и муниципальное право. 2009. № 24.

26 Сюкияйнен Л. Р. Система, источники и формы права // Право в странах социалистической ориентации. М., 1979.

27 Хабриева Т. Я. Доктринальное значение российской Конституции // Журнал российского права. 2009. № 2.

Авторефераты диссертаций

28 Батурина С. В. Традиции Российской правовой доктрины: автореф. дисс. Краснодар, 2008.

29 Васильев А. А. Правовая доктрина как источник права: историко-теоретические вопросы: автореф. дисс. Красноярск, 2007.

30 Мадаев Е. О. Доктрина в правовой системе Российской Федерации: автореф. дисс. Иркутск, 2012.