

В.А. Муравский\*  
**РОЛЬ ИНДИВИДУАЛЬНЫХ НОРМ В ОБРАЗОВАНИИ  
АКТУАЛЬНОГО ПРАВА**

Право представляет собой многогранное явление, и при его изучении невозможно ограничиться какой-либо одной стороной или охватить все стороны разом; в зависимости от общественных или личных интересов мы вынуждены избирать тот или иной аспект исследования, не рассчитывая дать целостную картину правовой системы. Существование теневой экономики и теневого правосудия, явное различие между писаными и реальными нормами, действующими в сфере правового регулирования современной России, заставляют обратиться к исследованию феномена актуального права как комплексу юридических норм, которые фактически регулируют общественные отношения. Постичь данное явление, выявить его природу и механизм формирования дает возможность рассмотрения таких юридических средств, как индивидуальное правовое регулирование и индивидуальные правовые нормы.

Под индивидуальным регулированием (конкретизацией юридических норм) понимают решение участниками правовых отношений юридически значимых вопросов, которым законодатель не дал исчерпывающей нормативной регламентации<sup>1</sup>. Чрезвычайно продуктивным является положение, что индивидуальное регулирование осуществляется посредством индивидуальных норм, которые отличаются от норм закона меньшей типичностью и отсутствием общеобязательности<sup>2</sup>. В качестве причины индивидуальной конкретизации правовых норм в литературе указываются их особенности, установленные законодателем. Индивидуальное регулирование обуславливается существованием в праве диспозитивных, альтернативных, факультативных, ситуационных, оценочных, расчи-

---

\* *Муравский Виктор Андреевич* — старший научный сотрудник отдела права ИФиП УрО РАН, кандидат юридических наук, доцент.

<sup>1</sup> См.: *Кашанина Т.В.* Оценочные понятия в советском праве // *Правоведение*. 1976. № 1. С.28–29; *Проблемы теории государства и права: Учебник* / Под ред. С.С. Алексеева. М., 1987. С.262.

<sup>2</sup> См.: *Кашанина Т.В.* Индивидуальное регулирование в правовой сфере // *Советское государство и право*. 1992. № 1. С.125.

танных на усмотрение применителя, и других норм<sup>1</sup>. В соответствии с этим индивидуальному регулированию придается этатистский характер, и его основными видами являются координационное (в рамках договоров-сделок, заключаемых сторонами) и субординационное регулирование<sup>2</sup>, а Т.В. Кашанина вводит в данную структуру еще и автономное регулирование (поведение индивида в рамках правомочия или разрешения<sup>3</sup>).

С.Г. Красноружский вполне обоснованно подвергает сомнению формулу В.Б. Исакова, согласно которой индивидуальное регулирование осуществляется только в том случае, если участниками правовых отношений производится решение вопросов, не получивших исчерпывающей нормативной регламентации, и пишет, что таковое имеет место и тогда, когда «норма права исчерпывающе регламентирует тот или иной вид общественных отношений. Поскольку в процессе такого регулирования происходит индивидуализация содержания нормативных предписаний, то в рассматриваемом случае издаваемое в индивидуальном порядке предписание воспроизводит содержание применяемой нормы, лишь сужая его до веления, адресованного персонально определенному субъекту — участнику конкретно регулируемого общественного отношения»<sup>4</sup>. Правда, далее он проявляет непоследовательность и отрицает наличие обозначенной им разновидности индивидуального регулирования в том случае, когда конкретизация норм совершается не правоприменительным органом, а самими участниками отношений.

На наш взгляд, индивидуальное регулирование происходит в любом случае, поскольку не существует принципиальной разницы в механизме возникновения правоотношений как при применении права, так и при его реализации в других формах (соблюдение, исполнение, использование), и различие между ними носит лишь субъектно-функциональный характер: правоприменение — власт-

---

<sup>1</sup> См.: *Кашанина Т.В.* Индивидуальное регулирование в правовой сфере. С.127–128; *Леушин В.И.* Юридическая практика в системе социальных общественных отношений. Красноярск, 1987. С.105; *Проблемы теории государства и права: Учебник.* С.265.

<sup>2</sup> См.: *Проблемы теории государства и права...* С.262.

<sup>3</sup> См.: *Кашанина Т.В.* Индивидуальное регулирование... С.126.

<sup>4</sup> *Красноружский С.Г.* Индивидуальное правовое регулирование: (Общетеоретический аспект) // *Государство и право.* 1993. № 7. С.128.

но-принудительная деятельность по обеспечению юридических норм, остальные формы представляют собой поведение, соответствующее праву. Потому индивидуальное регулирование является универсальным способом реализации закона, «мостиком», соединяющим закон и актуальное право и обуславливающим существование последнего. При этом в качестве существенного момента конкретизации норм закона выступает особый вид юридических норм — индивидуальные нормы, являющиеся (в отличие от закона и актуального права) непосредственным средством регламентации общественных отношений. Индивидуальные нормы являются атрибутом любой правовой системы и выражают сущность права.

В пользу данного положения свидетельствует, во-первых, структурационный подход к общественным явлениям. В индивидуальных нормах находят предметное выражение системная природа социума и исторического процесса, с одной стороны, и социально-политическая миссия индивида, принимающего непосредственное участие в формировании права, — с другой. Индивидуальные нормы необходимы и реальны в силу персоналистского характера гражданского общества, которое не является продолжением государства, а напротив, первично по отношению к нему и использует свое право контроля за деятельностью государственных органов при помощи индивидуального осуществления законодательных норм. Если применить метафору Л.С. Явича, что «внутри» механизма действия права происходит некий контакт между государственной волей и волей индивидов, к которым обращены правовые нормы»<sup>1</sup>, то можно сказать, что индивидуальная норма является импульсом, который возникает при этом и определяет поведение субъектов права. Совсем не случайно противники понятия «индивидуальное регулирование» аргументируют свою позицию тем, что отрицают его основной (личностный) элемент, когда выводят за пределы обозначаемых данным термином явлений все сделки, действия граждан, соответствующие принципу гражданского общества «разрешено все, что не запрещено»<sup>2</sup>.

Далее, индивидуальное регулирование осуществляется субъектами права вследствие очевидного противоречия между уникальностью ситуации, подлежащей правовому урегулированию, и

<sup>1</sup> Явич Л.С. Об исследовании механизма действия права // Советское государство и право. 1973. № 8. С.30.

<sup>2</sup> См.: Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. М.Н. Марченко. М., 1996. С.432.

абстрактностью норм закона, между нормой права и социальным действием. Можно сказать, что существует своеобразный парадокс: норма закона, как правило, не описывает конкретный случай, но ее «функция заключается в воздействии на поведение участников конкретных общественных отношений»<sup>1</sup>. В большинстве своем законодательные нормы (если они не содержат казуистических положений, конкретных описаний и цифр) нуждаются в уточнении, поскольку в них, таким образом, отсутствует точное описание нормативной структуры, способной послужить формой данного, определенного социального действия в условиях интеракции его субъектов.

В самом общем смысле процесс индивидуализации нормы закона в подобных случаях выглядит следующим образом: так как в большинстве своем общие нормы недостаточно точны, требуется конкретизация и индивидуализация общей нормы. Поскольку здесь метод понятийной юриспруденции, применяемый формально-правовой школой толкования права (дедукция частного из общего), доказал свою непригодность на практике, все социологические школы толкования права пользуются методом индукции и исходят из социальной реальности и цели права, из роли права в обществе<sup>2</sup>. Механизм же образования индивидуальных норм можно описать так: закон лишь в общих чертах, в принципе определяет применимость структурных элементов нормы (гипотезы, диспозиции, санкции) и является, по существу, только моделью поведения. Как известно, модель какого-либо объекта есть его условный образ, изображение, схема, описание и находится с объектом в отношении изоморфизма, выражающем в определенном смысле тождество их структуры<sup>3</sup>. Таким образом, при реализации параметров модели на первый план выступает заполнение структуры объекта конкретными деталями, определение их содержания в соответствии с реальными условиями.

Описание воплощения в оригинале — общественных отношениях — характеристик аналога — правовой нормы — возможно только с определенной точки зрения, «изнутри» процесса осуществления права. Особенности системы координат социального действия, к которому принадлежит акт осуществления права, включает

---

<sup>1</sup> Историческое и логическое в познании государства и права / Под ред. А.И. Ковалева. Л., 1988. С.73.

<sup>2</sup> См.: Лукич Р. Методология права. М., 1981. С.289.

<sup>3</sup> См.: Гостев Ю. Модель // Философская энциклопедия. Т.3. М., 1964. С.481.

ся в ее субъективном характере: «она имеет дело с явлениями, с предметами и событиями, как они представляются тому актору, действия которого анализируются и подвергаются рассмотрению»<sup>1</sup>. Если «внешняя» схема социального действия может быть изложена посредством понятийной системы, отражающей подчинение личности государству и включающей два элемента — «норма-поведение», то субъективистский взгляд на социальное действие позволяет следующим образом представить его структуру: 1) деятель; 2) цель действия; 3) ситуация действия, включающая элементы, которые может контролировать деятель (средства) и которые не подлежат контролю с его стороны (условия); 4) нормативная ориентация (норма поведения)<sup>2</sup>. В результате схема действия вместо линейного приобретает многовекторный, полимотивационный характер, поскольку приходится учитывать индивидуальный характер целей и средств, а также объективный характер условий социального действия. Здесь неминуема и конкретизация средств деятельности — поскольку они включаются в процесс реальной деятельности, то вовлекаются в данном случае в общественную практику уже не своим мыслимым, логически всеобщим содержанием, а содержанием реально особенным<sup>3</sup>.

Данный подход к социальному действию образует концептуальную основу исследования феномена индивидуального правового регулирования. «Атомизация» права происходит уже при интерпретации закона, которая переводит разрешение проблемы смысла предписаний нормативно-правового акта с гносеологического на социальный уровень: вместо полисемантики текста мы имеем дело с многообразием и субъективным характером логических норм, которое снимается только благодаря определенному единству практики применения этих норм, т.е. актуальному праву.

Индивидуальные нормы, хотя и теснейшим образом связаны с логическими нормами, не тождественны последним, поскольку получают конвенциональный характер в рамках правовых связей субъектов права и воплощают в себе взаимное признание прав, ожиданий, интерпретаций норм закона той и другой стороны правового отношения. Соглашение субъектов права достигается в процессе взаимодействия их воли, который только теоретически

<sup>1</sup> Парсонс Т. О структуре социального действия. М., 2000. С.97.

<sup>2</sup> См.: Там же. С.94–95.

<sup>3</sup> См.: Трубников Н.Н. О категориях «цель», «средство», «результат». М., 1968. С.122.

выглядит как их совпадение и согласование, а на самом деле сводится к противодействию и доминированию воли одной из сторон. В том же случае, если происходит нарушение достигнутого данным образом баланса индивидуальных волей либо между сторонами возникает спор по поводу содержания прав и обязанностей, индивидуальные нормы формируются как решение правоприменительного органа, в той или иной степени учитывающего нормативную позицию сторон.

Изучая индивидуальное регулирование, следует учитывать, что оно «возможно только в рамках конкретных правоотношений»<sup>1</sup>. Поэтому исследование социальных норм должно происходить в контексте правоотношений, элементами которых они и являются. Причем необходимо иметь в виду, что в рамках правоотношений индивидуальные нормы не представляют собой какие-то новые явления, а выступают в качестве особого объекта изучения, который «высвечивается» благодаря комплексному подходу к праву, учитывающему его как социологическую, так и нормативную стороны.

Рассмотрение индивидуальных норм в терминах правоотношений позволяет, прежде всего, определить специфику их содержания. Предпринимаемые до сего времени классификации правоотношений неизменно включают в себя подразделение их на регулятивные и охранительные. Соответственно этому индивидуальные нормы, входящие в их состав, могут иметь либо регулятивное, либо охранительное предназначение и никак не могут обладать тройственной структурой, характерной для логических норм. Они состоят либо из гипотезы и диспозиции (в регулятивных правоотношениях), либо гипотезы и санкции (в охранительных правоотношениях). В данном случае имеет место воспроизведение юридической (двучленной) структуры правовой нормы, характерной для нормативно-правовых актов, однако на качественно ином, практическом уровне существования права. Это дублирование носит опосредованный характер, так как основой индивидуальных норм являются подвергшиеся специализации и расчленению логические нормы. Логическая структура правовой нормы в составе трех элементов (гипотеза, диспозиция, санкция) впоследствии также дублируется в праве, но на этот раз уже в виде норм актуального права, представляющих собой обобщение индивидуальных норм.

---

<sup>1</sup> *Красноружский С.Г.* Указ. соч. С.130.

Помимо структурного, в данном случае существует и содержательное отличие индивидуальных норм от норм закона как логических правил. Во-первых, нормативность индивидуальных норм имеет свой, особый смысл, поскольку они «встроены» в правовую систему специфическим образом при помощи системы уникальных, вытекающих из конкретной правовой ситуации, связей, по-своему отражают дух права, отличаясь индивидуальным набором целей, ценностей, принципов и, таким образом, порождают свой «ореол» логических норм, отличающихся по содержанию от норм закона. Во-вторых, особое содержание индивидуальным нормам придает конкретный, казуистический характер их предписаний. В рамках индивидуальных норм конкретизация означает неповторимость их положений, которые включают в себя отраженные в праве жизненные реальности. Так, гипотеза индивидуальной нормы включает в себя указание на конкретного субъекта права и на конкретные условия действия нормы, к которым относятся уже установленные согласно логическим нормам юридические факты.

Индивидуальными будут и предписания диспозиций или санкций, представляющие собой содержание субъективных прав и обязанностей участников правоотношений. В силу того, что субъективные права и обязанности всегда имеют конкретных носителей, они представляют собой индивидуализацию положений объективного права<sup>1</sup>. Субъективное право участника правоотношения носит индивидуальный характер, потому что: во-первых, оно сводится к определенному полномочию как более конкретному правилу поведения по сравнению с любым основополагающим правом<sup>2</sup>; во-вторых, связано с вполне конкретной мерой поведения, с субъективным правом как полномочием данного лица по отношению к данной вещи, и в той мере, в какой оно признано другой стороной правоотношения. В равной степени обязанность как элемент содержания правоотношения означает модель поведения, включающую в себя как конкретизацию соответствующего положения нормы объективного права в связи с тем, что из нее выделяется определенное долженствование, так и наличие должной меры поведения, которой руководствуется только данный участник правоотношения. Учитывая многофакторность процесса формулирования

---

<sup>1</sup> См.: Венгеров А.Б. Теория государства и права: Учебник. М., 2000. С.392; Спиридонов Л.И. Теория государства и права: Учебник. М., 2000. С.192.

<sup>2</sup> См.: Венгеров А.Б. Указ. соч. С.403.

индивидуальных норм и уникальность их содержания, следует согласиться с выводом, что если «на основании существующей общей нормы создается частная норма, то фактически это такое же правотворчество как и создание любой другой нормы, общей или частной, и лишь с формальной точки зрения оно представляет собой предварительный этап правоприменительной деятельности, выступая как применение общей нормы к частной»<sup>1</sup>.

Немаловажное значение для характеристики индивидуальной нормы имеет определение правоотношения в качестве двуединого, материально-идеального явления как жизненного отношения, урегулированного нормами права<sup>2</sup>. В связи с этим индивидуальные нормы существуют в правоотношениях в качестве органического единства фактического и юридического, действия и его нормативного элемента, который является юридической формой данного действия и вместе с тем представляет собой его интеллектуальное содержание. Нормообраз и действие как составляющие индивидуальной нормы могут быть разъединены, дифференцированы только в сознании наблюдателя, т.е. только теоретически, а эмпирически же, с позиций участников правоотношения, они представляют собой феномен, не поддающийся элементарному разложению.

Поэтому индивидуальная норма хотя и основывается на законе, вытекает из него, но существует в социально-психологическом смысле, вне текста закона, и формой ее объективации является уже не письменный источник права, а «поле» взаимодействия субъектов правоотношения — их правосознание и деятельность. Таким образом, индивидуальные нормы имеют двойственный характер: с одной стороны, они представляют собой продолжение, казуистическую интерпретацию закона, с другой стороны, являются, в отличие от предписаний закона, живыми нормами и существуют уже не в текстах нормативно-правовых актов, а на другом уровне бытия права — в самой реальности, будучи воспроизведенными в сознании и действиях субъектов права. Индивидуальные нормы в нашем понимании не могут быть сведены к индивидуальным правовым предписаниям, приложению абстрактных норм закона к конкретному случаю, а выступают в качестве единственно

---

<sup>1</sup> Лукич Р. Указ. соч. С.287.

<sup>2</sup> См.: Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб., 1909. С.137; Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000. С.278; Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. СПб., 1999. С.154.



возможной формы существования общих норм правовых текстов. Индивидуальные правовые нормы характеризуют и пронизывают всю правовую ситуацию в целом, воспроизводят в ней нормативную структуру закона и не могут быть сведены к ее отдельным элементам (решение правоприменительного органа, сделка, действие стороны правоотношения, ее представление о содержании субъективных прав и обязанностей).

Индивидуальные нормы обладают особым рода нормативностью, не тождественной нормативности закона, так как существуют как порядок отношений, устанавливаемый и признаваемый взаимодействием участников правоотношений. Нормативность индивидуальных норм отличается от нормативности закона и степенью обобщения правил поведения (она казуистична), а содержанием самого правила. Например, в соответствии с законодательством СССР при награждении граждан орденами в качестве гипотезы нормы указывались особые заслуги перед государством и обществом. В период «застоя» индивидуальные нормы, опосредующие данное правило, получили такое содержание, что в качестве гипотезы учитывались не заслуги перед отечеством, а занимаемая должность, стаж работы, связи, семейное и родственное положение награждаемого, личные «юбилейные» даты.

В качестве доказательства существования индивидуальных норм как казуистических нормативных элементов правоотношений можно использовать выводы, полученные при историческом исследовании права. Основатели марксистского учения указывали: «...История права показывает, что в наиболее ранние и примитивные эпохи... индивидуальные фактические отношения в их самом грубом виде и являются непосредственно правом»<sup>1</sup>. Следовательно, на первых порах осуществления правового регулирования единственным видом юридических норм были индивидуальные нормы. С появлением писаного права, первых законов индивидуальные нормы получают всеобщее значение, и с помощью нормативно-правовых актов сохраняют монопольное положение: тексты законов носят казуистический характер, и поэтому отсутствует какое-либо различие между содержанием и значением норм закона и индивидуальных норм — элементов правоотношения. Данное явление можно назвать нерасчлененностью индивидуального и общенормативного регулирования. Для того чтобы обеспечить тождество казуальных норм закона и индивидуальных норм, в раннем праве используется формализм в самой крайней форме

<sup>1</sup> Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т.3. С.336.

(которую именуют ригоризмом права<sup>1</sup>), означающий недействительность любого акта, нарушающего казуистическую норму закона.

По мере того как на первый план выступают предписания общего характера и законы излагаются абстрактным языком, происходит разъединение общенормативного и индивидуального регулирования: в то время как первое остается на поверхности права, в зоне, доступной для непосредственного наблюдения, второе, утратив письменную форму закрепления, сохраняет свои функции и социально-психологическую форму бытия. Индивидуальные нормы как бы «погружаются» в глубину, непрозрачные слои права, откуда их совсем не просто извлечь: «Содержание правоотношения непосредственно исследователю не дано. Сколько-нибудь эффективные методы эмпирического изучения этого феномена теории права пока неизвестны. На помощь может прийти лишь логический анализ»<sup>2</sup>. Но в свете антиномичности права успешность применения последнего метода является весьма проблематичной, и потому на его основе довольно сложно убедительно показать реальность индивидуальных норм. Тут-то на помощь и приходит исторический способ познания, благодаря которому удается получить свидетельство того, что индивидуальные нормы являются атрибутом правовой системы, выражают сущность права, в то время как закон есть исторически обусловленная сторона права, появляющаяся на определенной стадии его развития и характеризующая внешнее выражение права.

Возможность обнаружения индивидуальных норм с помощью логического метода или на основе непосредственного наблюдения имеет «знаковый» смысл: те государства, в которых индивидуальные нормы доступны непосредственному наблюдению (как нормы казуистического закона или по другим обстоятельствам), отличаются авторитарными политическими режимами, как, например, древневосточные деспотии. По мере демократизации общества, и это видно уже в античных полисах, происходит разъединение источника права и индивидуальных норм, которые создаются на этот раз самими гражданами при толковании и осуществлении закона. Если же в намерения государства входит лишение личности самостоятельности при формулировании индивидуальных норм, то оно может в современных условиях (как это произошло в СССР), не возвращаясь в казуистическому законодательству, создать и

---

<sup>1</sup> См.: Косарев А.И. Римское право. М., 1986. С.21.

<sup>2</sup> Спиридонов Л.И. Указ. соч. С.191.

внедрить в практику особую модель толкования права, которая как по значению, так по субъектам носит этатистский характер. Эпифеноменами данной модели являются имеющие обязательную силу варианты толкования законодательства, содержащиеся в постановлениях пленумов Верховных судов СССР и союзных республик, и принимающая широкие масштабы правовая пропаганда, основная цель которой состоит в распространении среди населения официальной версии интерпретации закона.

Изложенное свидетельствует о том, что индивидуальная норма представляет собой сложное социально-правовое явление, слагаемыми которого являются индивидуально интерпретированный закон и социальное действие участника правоотношения; она вытекает из закона, однако не тождественна ему ни по содержанию, ни по форме.

Подобным образом индивидуальные нормы взаимодействуют и с актуальным правом. Вследствие медиального положения между законом и актуальным правом они взаимосвязаны с тем и другим компонентом правовой системы, проникают в него, но не сливаются с ним и сохраняют функциональную самостоятельность. Их можно сравнить с трансформаторами энергии в физике, поскольку основное назначение индивидуальных норм сводится к преобразованию закона в актуальное право при помощи изменения способов выражения их норм, которое не затрагивает их сущностных проявлений. Соотношение индивидуальных норм и актуального права следует рассмотреть в двух аспектах: с точки зрения их взаимодействия и с точки зрения различий между ними.

Взаимодействие между индивидуальными нормами и актуальным правом сводится к тому, что последнее вбирает в себя конкретные нормы, является их абстрактно-всеобщим логическим выражением. Актуальное право охватывает всю массу правоотношений и выражает распространенные, устойчивые, получившие общеобязательность индивидуальные нормы, оно представляет собой социальное явление в онтологическом смысле, дающее о себе знать вне конкретных правоотношений. С другой стороны, актуальное право невозможно без индивидуальных норм и правоотношений. И индивидуальные нормы, и актуальное право означают реальное бытие, действие права. Различие между ними заключается в том, что актуальное право является правом объективным и поэтому не совпадает по содержанию с отдельными индивидуальными нормами, содержащими субъективное право. Индивидуальные нормы отличаются конкретностью, неповторимостью, а нормы актуального права имеют об-

щий характер и являются суммарно-синергетическим выражением индивидуально-правовых норм. Существуют и несовпадения между индивидуальными нормами и актуальным правом: всегда есть правоотношения, которые не «вписываются» в нормы-тенденции актуального права, имеют единичный характер и не соответствуют всеобщим нормам правового поведения.

Отсюда следует, что при соотнесении индивидуальных норм с актуальным правом (впрочем, как и с законом) выявляется неоднородность этих норм, пониманию которой в значительной степени может способствовать их классификация. Так, при сопоставлении индивидуальных норм и закона в качестве основания классификации индивидуальных норм следует избрать степень их соответствия предписаниям закона. С этой точки зрения выявляются три категории индивидуальных норм: а) соответствующие закону, прямо вытекающие из его предписаний и логических норм; б) соответствующие закону в самых общих чертах. Выделение данного вида индивидуальных норм базируется на том, что индивидуальное регулирование наряду с конкретизацией юридических норм выполняет иногда правосполнительную задачу<sup>1</sup>. В последнем случае индивидуальные нормы восполняют пробелы в праве, устраняют противоречия, неясности, двусмысленности, ошибки в законе, уточняют аксиологические, рекомендательные положения. И, наконец, можно выделить нормы, выходящие за пределы закона, не соответствующие его предписаниям. В данном случае индивидуальные нормы могут иметь двоякое значение: либо они развивают право, производят коррекцию устаревшего или не соответствующего естественному праву закона, либо выражают произвол, правовую неграмотность, злоупотребление, заблуждение сторон правоотношений.

При сопоставлении с актуальным правом в качестве основания деления индивидуальных норм можно использовать деонтологический критерий (общеобязательный характер норм). С данной точки зрения, конкретные нормы подразделяются на истинные и ложные (мнимые). Истинными нормами являются те, которые получили признание со стороны определенного сообщества (групповые, локальные, региональные, универсальные). Главный признак таких норм в том, что они регулируют отношения в рамках социальных образований, персональный состав которых заранее уста-

---

<sup>1</sup> См.: Марксистско-ленинская общая теория государства и права: Социалистическое право. М., 1973. С.103.

новить не представляется возможным, поэтому он определяется при помощи формальных критериев («гражданин», «физическое лицо», «работник данного предприятия»). Здесь не имеют никакого значения как соответствие самой индивидуальной нормы естественному праву, закону, так и ее эффективность. Индивидуальная норма также может быть ложной с исторической, социальной (норма тоталитарного государства), фактической (фикция) точек зрения. В нашем случае истинный характер нормы определяет лишь одно обстоятельство: отражение ею реальных абстрактных правил поведения. Ложные индивидуальные нормы находятся вне логических норм актуального права: это единичные, эпизодические правила, не создающие по разным (объективным или субъективным) причинам обычая правоприменения.

Итак, соотношение индивидуальных норм и актуального права определяется номотетическим характером последнего: реальное право есть не что иное, как устойчивая практика, сложившаяся в ходе реализации нормативно-правовых актов.

В этом заключается отличительная особенность актуального права: если закон «расщепляется» при осуществлении индивидуального регулирования, то актуальное право «концентрирует», «собирает» индивидуальные нормы. При этом происходит стихийное сгущение правовой материи и формирование ее «уплотнений», которыми являются нормы правового обычая.

Обычай в современной российской юридической литературе рассматривается в источниковедческом и формальном плане как один из основных способов бытия юридических норм, наряду с нормативным актом и судебным прецедентом, отличающийся от них нематериальным<sup>1</sup> и спонтанным характером<sup>2</sup>. При этом в правовых системах современных развитых государств ему отводится второстепенная роль и его существование допускается не иначе как в границах, обозначенных законом<sup>3</sup>. Между тем в праве обычай может рассматриваться и в качестве атрибутивного элемента процесса реализации норм права. Данная ипостась обычая выражает одну из закономерностей общественной жизни, которая уже неоднократно подмечалась до этого представителями различных отраслей гуманитарного знания.

---

<sup>1</sup> См.: Российская юридическая энциклопедия. М., 1999. С.632.

<sup>2</sup> См.: Лукич Р. Указ. соч. С.216–217.

<sup>3</sup> См.: Российская юридическая энциклопедия. С.632.

Формирование обычного элемента в ходе осуществления права представляется неизбежным и необходимым вследствие господства закона «стремления к устойчивости», действующего как в жизни отдельного человека, так и человеческого общества<sup>1</sup>. Сохранение общества и его адаптация к изменяющимся внутренним и внешним условиям в связи с тем, что социум в своей основе представляется хаотическим многообразием индивидуальных волеизъявлений, способна обеспечить лишь интеграция социальной жизни, что предполагает нормирование поведения членов общества. В условиях разнонаправленных личностных действий создание алгоритма поведения обеспечивается благодаря достижению единообразия поведения субъектов, в первую очередь на уровне общественных отношений. Благодаря действию психологического (подражание и влияние) и социально-системного (контроль со стороны государства и социальной группы) факторов происходит «сгущение» социальной материи, укрупнение общественных отношений, которые структурируются в виде устойчивых и единообразных связей. «Общественные отношения существуют только в практических действиях людей, как их внутренняя связь, как суть множества общественных действий»<sup>2</sup>. Социальное значение, таким образом, приобретают не единичные поступки, а их серийность, повторяемость, что вызывает создание алгоритмов норм поведения. Возобновление открытых таким образом правил способствует их превращению из эпизодических явлений общественной жизни в устойчивые и постоянные. Механизм формирования норм поведения в данном случае был описан русско-американским социологом П. Сорокиным. Порядок в коллективе может быть установлен либо путем бессознательного приспособления, либо путем сознательным. Схема бессознательной организации выглядит следующим образом: беспорядочные взаимодействия → повторение взаимоотношений → привычные поступки → обычай → юридическое правило<sup>3</sup>. Подобным образом изобразил этот процесс К. Маркс в «Капитале»: «Если форма просуществовала в течение известного времени, она упрочивается как обычай и традиция и, наконец, санкционируется как положительный закон»<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: *Алексеев Н.Н.* Основы философии права. СПб., 1999. С.105.

<sup>2</sup> *Grahn W.* Die Rechtsnorm. Eine Studie. Leipzig, 1979. S.119.

<sup>3</sup> См.: *Сорокин П.А.* Общедоступный учебник социологии: Статьи разных лет. М., 1994. С.40–41.

<sup>4</sup> *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т.25, ч. 2. С.357.

Данное описание носит исторический и потому в значительной мере условный характер, оно содержит «чистую» модель формирования обычая в условиях отсутствия закона как источника права. Если же мы возвратимся к тому пункту исследования, с которого начали рассмотрение процесса становления обычая, т.е. к индивидуальным нормам и закону, то увидим, что должны пересмотреть оценку правового обычая в том случае, когда он возникает из стихии правоотношений. Этот правовой обычай не может быть источником права, поскольку основной формой бытия норм уже является применяемый закон, и носит субсидиарный характер. Этот момент присущ не только праву, а всем нормативным системам, если рассматривать их под определенным углом зрения, в единстве с регулируемыми отношениями. О.Г. Дробницкий писал об этом: «Обычай — элемент всех поведенческих структур: каков бы ни был объект нормативной регуляции, общественное поведение всегда выступает в определенной плоскости: как то, *что должно* согласоваться с требованиями (содержание требования) и как *конечный результат* действия нормативных регуляторов (как фактически поступают те, кто следует норме)»<sup>1</sup>. Основную идею, изложенную здесь, то, что всякое право есть по существу своему обычное право, разделяет (со ссылкой на О. Шпенглера) и С.С. Алексеев<sup>2</sup>. Е.А. Шервуд подчеркивает, что классическое противопоставление закона и обычая может дать не совсем точное изображение действительной картины жизни, так как оно кладет начало вере, что речь идет будто бы о двух параллельных и эквивалентных источниках права, соответственно обществам более низкого и более высокого развития. На деле это неверно, так как бок о бок с нормами закона существуют правила, установленные по обычаю, которые нередко влияют на отмену, изменение или замену самого установленного законодательным путем права<sup>3</sup>.

По нашему мнению, право как реальность неизбежно принимает форму и признаки обычая вследствие действия причин субстанционального характера: оно таким образом возвращается к

<sup>1</sup> Дробницкий О.Г. Понятие морали: Историко-критический очерк. М., 1974. С.244.

<sup>2</sup> См. Алексеев С.С. Право на пороге нового тысячелетия. Некоторые тенденции мирового правового развития — надежда и драма современной эпохи. М., 2000. С.28.

<sup>3</sup> См.: Шервуд Е.А. Законы лангобардов: Обычное право древнегерманского племени: (К раннему этногенезу итальянцев). М., 1991. С.8.

своему естественному состоянию, характерному для гражданского общества, поскольку усваивается и адаптируется им, принимает личностный характер. Еще в XIX столетии было подмечено, что правовой обычай формируется в два этапа: 1) все поступают единообразно одновременно и повсюду в силу одинаковой природы человека; 2) право проникается сознанием, превращается в акт воли, факт превращается в то, что должно быть, «таким образом, личная творческая деятельность в праве совершенно сливается с общественной»<sup>1</sup>. Согласно своему происхождению обычное право обладает особым свойством *двойной обязательности*: внутренней и внешней<sup>2</sup>.

В связи с этим понятие «правовой обычай» обозначает два явления: 1) санкционированный обычай (источник права) и 2) субсидиарный обычай, правовое обыкновение (атрибутивный элемент любого актуального источника права). Это обстоятельство не обошли вниманием еще юристы Древнего Рима. Знаменитый юрист Павел писал: «Если дело идет о толковании закона, то прежде всего следует выяснить, каким правом пользовалось государство ранее в случаях такого рода; ибо обычай является лучшим толкователем закона» (D.1.3.37). А по свидетельству Каллистрата император Север даже предписал, что при возникновении сомнений при применении закона следует придавать силу закона обычаю или авторитету постоянных единообразных решений (D.1.3.38)<sup>3</sup>. Русский юрист С. Муромцев, критикуя историческую школу права, отмечал, что она «не различает обычное право от обычного порядка вообще. Обычный порядок отношений в широком объеме служит подкладкой действующих юридических норм и, в свою очередь, находится постоянно под их влиянием; но обычным правом мы называем только ту часть этого порядка, которая непосредственно, в качестве общепризнанного высшего авторитета, влияет на судью (в широком смысле) при постановлении им судебных решений»<sup>4</sup>. Н.Н. Разумович полагает, что правовой обычай существует и будет существовать столько, сколько просуществует право, оказывая влияние на правовое развитие, восполняя пробелы в зонах правового

---

<sup>1</sup> Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. Ростов-н/Д., 1995. С.109–110.

<sup>2</sup> См.: Там же. С.111.

<sup>3</sup> См.: Дигесты Юстиниана: Избранные фрагменты в переводе и с примечаниями И.С. Перетерского. М., 1984. С.34.

<sup>4</sup> Муромцев С. Гражданское право Древнего Рима. М., 1883. С.89.



го общения, а также там, где законопредписания нежизнеспособны (большая часть норм деловых и хозяйственных отношений, административной и хозяйственной деятельности).

Помимо данного обычного права, имеющего позитивное значение, существует негативный правовой обычай, несовместимый с законом: отношения соподчиненности и должностной карьеры (из-за отсутствия единого Положения о государственной службе) регулируются преимущественно нормами «обычного административного права», где субординация подменяется чинопочитанием, а деловые качества – личной преданностью. Нормы, обслуживающие бюрократию, у которой нет иных целей, кроме собственного воспроизводства и преуспевания, следует отнести к бюрократическому обычному праву<sup>1</sup>.

Что касается практических работников, то они, скорее всего, склонны рассматривать закон именно в его обычно-правовом обрамлении. Примечательно, что в ответ на вопрос о незаконном прекращении дел военный прокурор СССР в свое время заявил: «После введения новой статьи в Уголовный кодекс должно пройти время, необходимое для практики установления категорий правонарушений, подпадающих под ее действие. Так случилось и со статьей 244 УК РСФСР (наказание за внеуставные взаимоотношения между военнослужащими). Правонарушения, не связанные с физическим насилием, со временем перестали рассматриваться трибуналами в качестве преступления. Поэтому и военная прокуратура, как правило, не ведет дел о моральном насилии. Быть может, это и неверно...»<sup>2</sup>. А вот откровения известного бизнесмена: «Единственное, что мы можем противопоставить дикому рынку, не законы, потому что самые главные законы не те, которые написаны, а те, которые соблюдаются, может быть, неписанные законы»<sup>3</sup>.

По-видимому, процесс индивидуализации норм с их последующим обычно-правовым обобщением имеет универсальный характер и касается таких источников права, как судебный прецедент. Это связано с тем, что в судебном прецеденте обязательным образцом, применяемым правилом поведения является

<sup>1</sup> См.: Разумович Н.Н. Источники и формы права // Советское государство и право. 1988. № 3. С.25.

<sup>2</sup> Катусев А. Во всем должен быть выбор // Комсомольская правда. 1990. 2 марта.

<sup>3</sup> Иларионова Т. Пьяный гость на вашей кровати // Известия. 1994. 18 марта.

не само по себе судебное решение, а заложенное в нем мнение, идея, принцип, которые образуют прецедентное право как целостность правовых начал, обладающую известным объемом, и во многом носят *неписаный* характер<sup>1</sup>. Наилучшим подтверждением данного тезиса является история формирования прецедентного права. Английское общее право основывалось на обычаях, и ни один отдельно взятый судья или суд не могли изменить ход развития права, отклонить его от основных правовых принципов<sup>2</sup>. Поэтому common law рассматривалось в качестве общего обычая<sup>3</sup>. Более того, нормы общего права выходили за рамки и судебного решения, и действующего совместно с ним обычая и при отсутствии информации о вынесенных решениях могли включать и третий элемент — сочинения юристов<sup>4</sup>. Суть данного явления выражает формула Г.Ф. Шершеневича, который говорит об английском праве как об обычном праве в форме судебных решений<sup>5</sup>. Вполне закономерно, что согласно современным исследованиям канадских ученых большинство судей воспринимают прецедент именно как обычай, или конвенциональную норму<sup>6</sup>.

Изложенное позволяет вывести формулу актуального права, которая имеет ряд вариаций. При конкретизации закона она приобретает следующий вид: актуальное право = закон + правовой обычай (как правовое обыкновение). В случае восполнения, коррекции, вытеснения закона правовым обычаем актуальное право равняется санкционированному обычаю, хотя и связанному с законом, но в основе своей имеющему выходящие за его пределы правоотношения и потому являющемуся самостоятельным источником права. Наконец, в том случае, если образуется правовая лакуна, закон «спит», т.е. не применяется и в то же время отсутствует правовой обычай, регулирующий данный круг отношений, актуальное право = –закон – правовой обычай.

Привнесение правового обычая в действующее право имеет колоссальное значение, поскольку оно позволяет в условиях «рас-

---

<sup>1</sup> См.: *Алексеев С.С.* Право на пороге нового тысячелетия. С.65.

<sup>2</sup> См.: *Киралфи А.* Источники английского права // История права: Англия и Россия. М., 1990. С.163.

<sup>3</sup> См.: *Уолкер Р.* Английская судебная система. М., 1980. С.82.

<sup>4</sup> См.: *Уолкер Р.* Указ. соч. С.191.

<sup>5</sup> См.: *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. Казань, 1894. С.30.

<sup>6</sup> См.: *Богдановская И.Ю.* Прецедентное право. М., 1993. С.17.

пыления» закона, его бытия в виде системы правоотношений обеспечивать параметры права как регулятивного образования. В первую очередь правовой обычай обеспечивает пусть не зеркальное, но в большинстве случаев адекватное отражение закона в практической юриспруденции и его реализацию. Тем самым правовой обычай сообщает праву новую качественную определенность, не заложенную в законе в силу уже отмеченных ограниченных возможностей этой формы права. Прежде всего правовой обычай содержит в себе новую нормативность, лишь потенциально содержащуюся в тексте закона либо вообще неизвестную ему. Равным образом обычно-правовые «корни» имеет и общеобязательность права, в основе которой в данном случае располагаются два обстоятельства. Во-первых, новая структура общественных отношений, которая складывается благодаря обычаю. Л.И. Спиридонов вполне обоснованно пишет, что общеобязательность правовой нормы проявляется в ее воздействии не на все поступки и формы связи людей, но только на те, которые имеют общественное значение: «Таковыми они становятся не сразу, а лишь после того, как в результате многократного повторения обретают свойство регулярности, отрываются от своих непосредственных носителей и превращаются в типичные, в образцы для всех, кто оказывается в аналогичной социально значимой ситуации, и, таким образом, утрачивают свой межличностный характер»<sup>1</sup>. Во-вторых, общеобязательность обычного варианта нормы обеспечивается сложившимся убеждением субъектов права в необходимости следования ему, в том, что именно он отражает содержание предписания закона.

Определенность права также во многом зависит от формирования его обычного элемента. Значение единообразия судебной практики, т.е. обычая, показано в работе австралийских юристов: «Для права важна определенность. Большая доля дел, о возбуждении которых уже изданы приказы, не доходит до судебного рассмотрения по причине их урегулирования, т.е. потому, что стороны приходят к добровольному соглашению, поскольку их юристы были в состоянии предвидеть возможный результат. При отсутствии определенности, когда суды, подобно маятнику, раскачиваются то в пользу одного результата, то в пользу другого либо делают то же самое в отношении суммы возмещения ущерба и налагаемого

<sup>1</sup> Спиридонов Л.И. Указ. соч. С.179–180.

штрафа, значительно труднее прийти к урегулированию спора, а суды будут перегружены тяжбами»<sup>1</sup>.

Такое свойство права, как стабильность, под которой понимается его устойчивость и определенность<sup>2</sup>, также имеет обычно-правовой аспект и, с этой точки зрения, включает в себя и третий момент — последовательность и преемственность правоприменительной практики, следование в ней определенным традициям и устоям. В связи с этим заслуживает внимания следующее размышление по поводу стабильности права: «Однако определение стабильности права только через эти два свойства, на наш взгляд, неполно. Стабильность права предполагает также то, что составляющие его элементы — законы и подзаконные акты — обеспечивают устойчивость и однозначность (стабильность) применения на практике». Далее автор отмечает, что из опрошенных 78 научных и 206 практических работников 83% придерживается этой позиции<sup>3</sup>.

Поскольку в праве органическим образом сочетаются стабильность и динамизм<sup>4</sup>, нельзя обойти вниманием эту его особенность. С точки зрения развития права незаменимой представляется роль его обычного компонента. Закон если и отличается динамизмом, то в генетическом отношении, он может быть оперативно разработан и принят и также быстро изменен, но как средство общественной коммуникации он отличается консервативностью, отсутствием гибкости по отношению к индивидуальным интересам. Эти недостатки закона снимают правовой обычай как практика применения закона, который чувствителен и гибок в коммуникативном отношении, он ориентирован на потребности личности, хотя и консервативен в генетическом плане, что отнюдь не является его недостатком, поскольку обычай, аккумулируя социальный опыт, всегда вкладывает в нормы накопленное содержание связей между индивидами, обеспечивая преемственность различных этапов развития общества.

Таким образом, актуальное право есть совокупность обычаев, возникающих на основе закона (позитивная актуализация) или по-

---

<sup>1</sup> Джиффорд Д. Дж., Джиффорд К.Х. Правовая система Австралии. М., 1988. С.292.

<sup>2</sup> См.: Алексеев С.С. Социальная ценность права в советском обществе. М., 1971. С.128.

<sup>3</sup> Баскова И.В. Уголовный закон: проблема стабильности и динамизма // Вест. Моск. ун-та. Серия 11 «Право». 1989. № 2. С.72.

<sup>4</sup> См.: Алексеев С.С. Социальная ценность права... С.129.

мимо него (негативная актуализация). Решающую роль в том и другом случаях играют субъекты права и создаваемые ими индивидуальные нормы, на основе обобщения которых в качестве реальных юридических правил формируются обычаи правоприменения.

В связи с этим можно сказать, что индивидуальные нормы играют ключевую роль в формировании актуального права как системы реально существующих, материализованных юридических норм. Между индивидуальными правовыми нормами и актуальным правом складывается довольно сложная система опосредований и взаимосвязей.

С одной стороны, вектор взаимодействия может быть направлен от текста нормативного акта. Правоприменительный орган или субъект права посредством интерпретации извлекают из него абстрактные логические нормы, которые, будучи реализованными в конкретных правоотношениях, образуют индивидуальные правовые нормы, которыми руководствуются участники этих отношений. Масса индивидуальных правовых норм как повторяющаяся практика правореализации создает обычай как форму актуального права.

С другой стороны, взаимодействие между актуальным правом и индивидуальными нормами может происходить без участия нормативного акта, что имеет место в случае формирования права самой жизнью. При этом в сфере права возникают отношения, регулируемые индивидуальными нормами, создаваемыми индивидуумами на основе религиозных норм, доктрины права, неправовых обычаев, подражательного поведения, а множественность таких индивидуальных норм создает общие нормы актуального права, имеющие форму обычая, связанного с незаконными источниками норм (неправовой обычай и т.д.).