ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И ИСТОРИИ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА

УДК 340.115 DOI: 10.22394/2074-7306-2017-1-3-9-16

РАЗВИТИЕ МЕТОДОЛОГИИ ПОЗНАНИЯ ИСТОЧНИКОВ ПРАВА

Шатковская Татьяна Владимировна доктор юридических наук, профессор, Южно-Российский институт управления – филиал Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ (344002, Россия, г. Ростов-на-Дону, ул. Пушкинская, 70/54). E-mail: shatkovskaya.tv@gmail.com.

Напалкова Ирина Георгиевна доктор юридических наук, профессор, зав. кафедрой теории и истории права и государства, Ростовский государственный экономический университет (344002, Россия, г. Ростов-на-Дону, ул. М. Горького, д. 166). E-mail: napalkova-ig@mail.ru.

Аннотация

В статье обоснован подход к изучению источников права как системы взаимосвязанных элементов правообразовательного процесса, детерминированного конкретно-историческими особенностями общественно-политического строя.

Авторы приходят к выводу о недостаточности формально-юридических методов, исключающих конкуренцию идей, и необходимости широкого применения метода социальной реконструкции, эмпирического, сравнительно-правового и метода моделирования для исследования источников права во всем их многообразии.

Ключевые слова: *источники права; форма права; право; правообразование; обычное право; закон; судебная практика.*

Введение

Бесчисленные и нескончаемые споры об источниках права между правоведами обусловлены столкновением положений догматики права и политико-правовыми взглядами отдельных авторов, противоречием статики идеальных теоретических конструкций форм права динамике юридической практики, а также детерминированностью действующих источников права конкретно-историческими особенностями общественного и государственного строя. Так, после Великой французской революции 1789 г. было отменено королевское законодательство. Результатом Октябрьской революции 1917 г. в России стало упразднение актов свергнутых правительств и появление новой системы источников права, включавшей не только декреты советской власти, но и революционное правосознание, акты общественных организаций, судебные прецеденты и правовые обычаи.

Исходя из этого, обратимся к анализу методологии изучения природы, механизма взаимодействия, роли различных источников права. При этом считаем необходимым расширить сферу исследования источников права, предотвращая гипертрофию формально-юридического метода в праве, превращающего правоведение в совокупность произвольных спекулятивных рассуждений и выводов, которые нельзя проверить из-за их трансцендентности [1, с. 300 – 315].

В условиях перехода к информационному обществу развитие доктринальных основ российской юриспруденции необходимо направить в сторону расширения поля исследовательского действия и привлечения данных социологического, полити-

ческого, экономического, исторического характера, а также активного использования эмпирического метода и метода социальной реконструкции.

Дискуссии о понятии источник и форма права

Рационалистическая философско-правовая школа в качестве источника понимает некую первооснову, выраженную в объективных причинах появления отдельных правовых норм.

Данный подход получил развитие в трудах сторонников нормативистской концепции, определяющей источник как форму внешнего выражения юридического содержания правовой нормы. Формально-юридический подход используется в этом случае для отображения способов существования государственной воли общества в реальной жизни.

Формальную определенность нормативисты считают важнейшим признаком права. Действующие нормы права должны быть выражены вовне, в объективной форме, являющейся основным способом их существования. Формальная определённость права означает, что субъекты права могут действовать в рамках действующих нормативных предписаний, требовать выполнения обязанностей от других субъектов права и реализовывать свои права и свободы. К формам внешнего выражения права относят нормативно-правовые акты, правовые прецеденты, судебную практику, правовые обычаи, договоры нормативного содержания, религиозные тексты и т. д. Формальная определенность права обеспечивает личности и государству стабильность, упорядоченность и защищенность. Право выступает как масштаб, равная мера для всех субъектов права, участвующих в правоотношениях [2, с. 76].

Господство формально-юридической методологии в отечественной науке не создает единообразия в понимании источника права. В юридической литературе источниками права называют материальные условия общественной жизни, потребности людей, формы собственности, которые рассматриваются как источники права в материальном смысле. Различные правовые доктрины, теории считаются источниками права в идеологическом смысле, а основания обязательности правовой нормы рассматриваются как источник права в формально-юридическом смысле.

Современные концепции правопонимания, отделяющие право от правовой нормы интерпретируют понятие источник через соотношение формы и содержания права. В частности, в коммуникативной теории под источником понимается правовой текст, выраженный в любой языковой форме, но соответствующий содержанию правовой нормы, объективированной в нем и определяющей общезначимые права и обязанности субъектов права [3, с. 649 – 656].

Таким образом, термин «источник» права имеет как минимум четыре смысловых значения. Во-первых, источники права – это многочисленные факторы, влияющие на процесс правообразования. Второе значение понятия «источник права» раскрывается посредством анализа сущности и содержания функций, выполняемых нормативным правилом (положением). В-третьих, источник права представляет собой объективированные данные, отражающие состояние и содержание отдельной разновидности правовых норм в конкретный исторический период. И, наконец, источник права понимается как процесс происхождения юридических правил и их внешней формы.

Объединяет указанные подходы то, что источники права отражают одновременно процессы формирования и оформления права. Они включают в себя все «созидательные силы права» [4, с. 97], наполняющие норму материальным содержанием и идеологической основой. Механизм функционирования нормы не может существовать без способов объективации правила в пространстве, то есть его оформления. В

этой связи уместно вспомнить высказывание С. Л. Зивса о том, что источник права – «оболочка бытия нормы права» [5, с. 9].

Полагаем, что деление источников права на формальные (юридические) и социальные не основательно. Любой источник права социален, т.к. регулирует взаимоотношения между людьми. При этом источники, названные создателями этой классификации социальными могут иметь формализованное (акты, сборники, составленные по приказу государственных органов и др.) выражение.

Более емкой считаем, предложенную Бержелем, классификацию источников права по способам их формирования на организованные и неорганизованные. Первые создаются при участии официальных, уполномоченных государством органов, вторые – спонтанно, в результате коммуникативных усилий всей социальной группы. Конечно, данная классификация (как и любая другая) условна. Формирование и развитие любого источника – это часть правообразовательного процесса.

Понятие формы права можно рассматривать в «широком» и «узком» смыслах. Вне зависимости от источника право может иметь письменную и устную, ритуально-символическую, текстуальную, жестовую и другие формы внешнего выражения норм. В узком смысле принято говорить о внешней оболочке определенного источника права. С широкой (философской) точки зрения понятие «форма» характеризует отношения между способом организации вещи и материалом, из которого данная вещь состоит [6, с. 631]. Форма является результатом выражения внутренней связи и взаимодействия различных внутренних элементов, явлений и процессов между собой и их взаимодействия с внешними условиями. Так, Аристотель рассматривал форму как внутреннюю цель вещи, которая благодаря формам материя приобретает действительность, черты и свойства. В узком смысле принято говорить о внешней оболочке конкретного источника права.

Соотношение понятий «форма» и «источник» права

Научное осмысление современного понятия источник права приводит к необходимости соотношения понятий формы права и источника права.

С формально-юридической точки зрения форма права представляет собой проявление права вовне, как средство объективирования общественных отношений. Форма права как многогранное понятие может проявляться в виде существования и конкретного выражения содержания права, в виде организации внутренней связи между элементами права. Форма права не может существовать в отрыве от его сущности и содержания, так как форма и содержание, являясь парными диалектическими категориями, находятся во взаимосвязи и взаимодействии, могут переходить друг в друга.

В различных ситуациях одна и та же форма может проявляться и в виде формы, и в виде содержания. Так, норма права, имеющая внутреннее строение в виде гипотезы, диспозиции, санкции может выступать, по мнению М.Н. Марченко, «одновременно и как форма по отношению к правилу поведения и как часть содержания – по отношению к содержащему ее, наряду с другими нормами, нормативно-правовому акту, отдельному институту права, отрасли права и даже к самому праву в целом» [7, с. 181].

Все объекты реальной действительности оформлены, структурно организованы и имеют определенное содержание. Содержание представляет собой единство всех составных элементов, признаков, взаимосвязей и противоречий [8, с. 113].

Таким образом, форма и содержание права являются компонентами единого права как целого явления. Содержание и форма права не могут быть результатом произвольного творчества законодателя. Они формируются под воздействием объ-

ективных условий жизни и предопределяют многообразие форм внешнего выражения права.

В содержании права реальная действительность получает непосредственное отражение. Содержание права как явление, развивающееся под непосредственным влиянием различных социально-экономических, политических и других факторов объективной действительности постоянно изменяется, совершенствуется. В отличие от содержания права воздействие общественных факторов на форму права носит опосредованный, косвенный характер [8, с. 181 – 185].

Диалектический характер взаимодействия формы и содержания означает, что они активно влияют друг на друга. Содержание, формирующееся под воздействием реальной действительности, способствует оформлению права, а форма права осуществляет обратное воздействие на формирование и развитие содержания права, способствует его закреплению и стабилизации.

В отличие от «формы права», «правовая форма» включает в себя все юридические средства, принимающие участие в осуществлении механизма правового регулирования, и опосредованно связана со многими другими неюридическими процессами и явлениями общественной жизни. Понятие правовой формы используется для того, чтобы осуществить структуризацию всех общественных связей и определить роль и значение права как формально-юридического института в его отношениях с социально-экономическим, политическим, духовно-нравственным содержанием. Сходство формы права и правовой формы проявляется в том, что они представляют собой одно порядковые явления, определяемые понятием «форма», и то и другое понятие соотносятся с правовой реальностью.

Однако следует выявить и их отличия, заключающееся в том, что они имеют различную организацию и разный объект воздействия. Форма права обеспечивает организацию правовой сферы жизни общества, а правовая форма связана с организацией неправовой сферы, с ее воздействием на всю совокупность сложившихся общественных отношений. Следует отметить, то форма права приобретает свое социальное значение не в абстрактном виде, отвлеченном от конкретной действительности, а лишь в случае наполнения ее конкретным социальным, экономическим, политическим содержанием.

Проблема понимания источника права и его соотношения с формой права рассматривалась многими российскими правоведами. Так, М. И. Байтин признает эти термины равнозначными – «под формой (источником права понимаются определенные способы (приемы, средства) выражения государственной воли общества» [9, с. 67].

Представители другого подхода рассматривают форму и источник права как не совпадающие и не равнозначные понятия. Авторы определяют форму права как организацию и выражение права вовне, а понятие «источник права» как процессы зарождения права, совокупность факторов, предопределяющих формирование его содержания и формы объективного выражения [10, с. 16, 17].

Рассмотрение данных подходов приводит к выводу об их некоторой односторонности и прямолинейности. По мнению М. Н. Марченко, форма и источник права в одних отношениях совпадают друг с другом и трактуются как тождественные понятия, в то же время в других отношениях они могут быть нетождественными [7, с. 202 – 203]. Их тождественность проявляется в том, что форма определяет каким образом содержание права выражено вовне, а источник указывает каковы истоки и факторы, предопределяющие необходимую форму права. Источники права традиционно определяются как способы выражения воли государства, имеющие обязательный характер. Именно в этом определении рассматривается юридический смысл формы

или источника права и в этом значении они рассматриваются как идентичные понятия.

Зачастую в юридической литературе выделяют внешнюю и внутреннюю форму права. Под внешней формой (источником) права понимается способ внешней объективации права, выраженный в многочисленных источниках права, таких как правовые обычаи, нормативно-правовые акты, правовые прецеденты и другие источники права. Под внутренней формой права понимается строение права, связанное с распределением норм права по отраслям и институтам, разграничение которых осуществляется с помощью предмета и метода правового регулирования.

Неразрывная диалектическая связь источников и форм внешнего выражения права оказывает определяющее воздействие на формирование и развитие существующих правовых систем [11, с. 32 – 41]. В одних государствах преобладающее значение имеют акты законодательных органов власти, в других судебные решения, а в ряде государств господствующее положение занимают религиозные нормы.

Проведенный нами анализ понятия источник права, а также многочисленные историко-правовые исследования роли отдельных источников права на различных этапах развития российской правовой системы дают основание утверждать, что понятие «источник права» более емкое и по структуре, и по содержанию по сравнению с формой права [12, с. 120 – 160].

Нам представляется уместным использование термина форма источника права. Тогда, например, обычное право является источником права, а правовой обычай одной из форм бытия его норм. Необходимость формы обусловлена практическими задачами реализации права. Форма объективирует норму и делает ее известной широкому кругу субъектов, т.е. придаёт правилу общий характер.

Самостоятельного теоретического значения форма права не имеет, поскольку она трансформируется в зависимости от изменения характера правовой идеологии, а также юридическо-технических приемов и средств. Первоначальный смысл понятия «закон» был очень широким и включал закон человеческий и закон Божий, позднее установление публичной власти вообще. Так, Русская Правда, имеющая обычно-правовое содержание именуется в тексте и внешних источниках как Закон Русский.

Проблема взаимодействия источников права

Взаимодействие различных по внешнему выражению и функциональному предназначению источников права обусловлено их родственной природой как продукта общественной организации, общностью социальной роли и системностью их организации. Согласимся с Бержелем в том, что в правовых системах с доминирующим значением закона как источника права наблюдается функционирование неорганизованных (неопределённых) способов формирования права, таких как правовой обычай. При этом в современном праве обычаи генерируются не только социумом, но и органами государственной власти и межправительственными организациями, лицами с тождественным субъективным правосознанием. Так, Указом Президента Российской Федерации предписано государственным служащим «проявлять терпимость и уважение к обычаям и традициям народов России, учитывать культурные и иные особенности различных этнических, социальных групп и конфессий, способствовать межнациональному и межконфессиональному согласию» [13]. Арбитражный процессуальный кодекс РФ в качестве задачи судопроизводства устанавливает содействие формированию обычаев и этики делового оборота [14].

Анализ взаимодействия источников права затрагивает ряд значимых проблем современного права, например, монополия государства на правотворческую деятельность. Длительное игнорирование альтернативных закону источников права привело к «огосударствлению» права в большинстве европейских государств, в том

числе и в России. Ведущие юристы заговорили о кризисе права, «инфляции» законов, отрыве действующего законодательства от правового бытия человека и т.п. Возникла парадоксальная ситуация, когда увеличение законов и вмешательства государства в юридическую практику приводит к ее дезорганизации. Некоторые исследователи настаивают на том, что перечисленные феномены свидетельствуют о кризисе российского права и предлагают разнообразные рецепты «оздоровления» правовой ситуации в стране, другие убеждены, что упомянутые явления лишь подтверждают самобытность и уникальность российского права, а оппонентов упрекают в стремлении подогнать национальное право к западным эталонам [15, с. 45 – 56].

На наш взгляд, следует учитывать, что система источников права национальной правовой системы не является статичной, раз и навсегда сформированной. Роль каждого из элементов данной системы трансформируется под влиянием социальных факторов и событий. Например, церковные акты имели значение обязательных действующих источников права в период формирования и развития Российской империи. Для современной России – это источник познания права. Однако формальный запрет на осуществление права в той или иной форме не может отменить правотворящее действие источника как неотъемлемого элемента процесса национального правообразования. К примеру, установление ПетромI монополии закона в Российской империи не привело к упразднению обычно-правового регулирования. Более того, сфера действия правовых обычаев была шире «территории» закона, поскольку обычаи являлись основными началами действующего в крестьянской среде правопорядка.

Приоритет закона над другими источниками права, установившийся в континентальной Европе с XVIII в. привел к упрощению системы источников права в догматической юриспруденции. Возобладал постулат о том, что «в государстве может действовать только один правопорядок, проникнутый одними и теми же началами и санкционированный одной и той же властью; отдельные части правопорядка не могут друг другу противоречить» [16, с. 276], поэтому в современном государстве источники права неофициального происхождения могут действовать только благодаря признанию государства как самостоятельные, но субсидиарные формы права. К примеру, действие правовых обычаев в сфере частного права обеспечено авторитетом закона и судебной практики. При этом условием реализации обычаев служит их «не противоречие» закону и признание на судебном уровне.

В этой связи следует напомнить, что использование государством устоявшихся, проверенных жизнью правовых инструментов позволило создать прочный фундамент для дальнейшего развития статутного права и обеспечить его эффективность. Так, уважение к законам и обычаям, соблюдение общепринятых норм поведения государства является неотъемлемой составляющей правомерного поведения государственного служащего [17].

Судебная практика, в свою очередь, оживляет законы, заполняет имеющиеся в них пустоты и сглаживает неизбежные противоречия между формальным правилом и сложившейся юридической действительностью. По мнению Н. М. Коркунова, «признать судебную практику самостоятельным источником права - не все ли равно, что признать за судом право судить не по закону или обычаю, а по своему усмотрению, таким образом возвести в общее правило судейский произвол». Однако учёный признавал творческий характер судебной практики, ликвидирующей неполноту и противоречия законодательства [18, с. 359].

Выводы

Таким образом, форма и содержание права укладывается в устоявшиеся теоретические постулаты об источнике права. Вербальная, знаково-символическая, письменная и другая форма права в сочетании с уже упоминавшимся синкретизмом источников права требует привлечения широкого спектра информативных данных непосредственно отражающих быт и культуру социальной группы, право которой исследователь изучает. При этом используется специфический методический арсенал, не столь востребованный при формально-юридическом подходе к праву. Не стоит забывать и о том, что источники права – непосредственный продукт человеческих переживаний, поэтому формировать систему источников права, абстрагируясь от субъекта, можно лишь с определенной долей условности и с опорой на соответствующий фактический материал.

Нарождающиеся поколения субъектов права социализируются в обществе с уже сформированной системой источников и адаптируются к ним под влиянием и непосредственным руководством представителей предыдущего поколения в процессе социализации. Залогом стабильности общества становится, сформированный у индивидов навык действовать внутри сложившейся системы источников права и ее переработка таким образом, чтобы она находилась в согласии с изменившимися условиями их современного бытия.

Несмотря на наличие некоторых черт, отражающих особенности различных исторических эпох, существуют отдельные элементы, обеспечивающие связь между социальными отношениями. Если различия проявляются в основном в содержании правовых отношений, то моменты непрерывности включены в структуру этих отношений. Элементы стабильности во внутренней архитектуре разнообразных категорий социальных отношений и связей могут обнаруживаться логическим путём, посредством абстракции.

Исходя из этого, считаем нецелесообразным противопоставление понятий источник и форма права, поскольку это приводит к антитезе содержания и формы важнейшего элемента правообразовательного процесса.

Источники права – это не система типовых решений, а своеобразная «нормативная идеология», с помощью которой индивиды сознательно или бессознательно реализуют свои действия.

Познание источников права необходимо осуществлять на основе системного и деятельностного подхода, с широким использованием реконструктивных и исторических методов исследования, поскольку взаимоотношения различных источников права вплетены в ткань правовой жизни народов и неразрывно связаны с правовым мировоззрением людей в конкретные исторические эпохи.

Литература

1. *Кистяковский Б. А*. Социальные науки и право. 1916.
2. *Лейст О. Э*. Сущность права: проблемы теории и философии права. М., 2002. 288с.
3. *Поляков А. В.* Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. Курс лекций. СПб., 2004. 864 с.
4. *Бержель Жан-Луи*. Общая теория права. М., 2000.
5. *Зивс С. Л*. Источники права. М., 1981.
6. Новейший философский словарь под ред. А. А. Грицанова. Минск, 1999.
7. *Марченко М. Н.* Проблемы общей теории государства и права. В 2 т. Т. 2.
8. *Керимов Д. А.* Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права. М., 2000.

9. *Байтин М. И.* Сущность права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков). Саратов, 2001.
10. *Вопленко Н. Н*. Источники и формы права. Волгоград, 2004.
11. *Шатковская Т. В*. Социальная реконструкция источников обычного права // Северо-Кавказский юридический вестник. 2012. № 4.
12. *Шатковская Т. В.* Обычное право российских крестьян второй половины XIX-начале XX века (историко-правовой аспект). Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук / Ростовский юридический институт МВД Российской Федерации. Ростов-на-Дону, 2009.
13. Указ Президента РФ от 12.08.2002 № 885 (ред. от 16.07.2009) "Об утверждении общих принципов служебного поведения государственных служащих", п.2 «д»// Собрание законодательства РФ, 19.08.2002, N 33, ст. 3196.
14. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 № 95-ФЗ (ред. от 29.07.2017) ст.2, п.6 // Собрание законодательства РФ", 29.07.2002, № 30, ст. 3012.
15. *Шатковская Т. В*. Традиция и модернизация в праве: сравнительно-правовой аспект // Журнал российского права. 2014. № 4.
16. *Михайловский И. В*. Очерки философии права. Т. 1. Томск, 1914.
17. Федеральный закон от 27.07.2010 N 205-ФЗ (ред. от 05.10.2015) "Об особенностях прохождения федеральной государственной гражданской службы в системе Министерства иностранных дел Российской Федерации" ст. 10 п.2// Собрание законодательства РФ, 02.08.2010, № 31, ст. 4174.
18. *Коркунов Н. М*. Лекции по общей теории права / Предисл. И.Ю. Козлихина. СПб., 2004.

Shatkovskaya Tatyana Vladimirovna, Doctor of Law, Professor of the department of theory and history of law and state, the South-Russian Institute of Management – branch of the Presidential Academy of the National Economy and Public Administration (70/54, Pushkinskaya St., Rostov-on-Don, 344002, Russian Federation).
E-mal: shatkovskaya.tv@gmail.com

Napalkova Irina Georgiyevna, Doctor of Law, Professor, chair of the department of theory and history of law and state, Rostov state economic university (88, M. Gorky St., Rostov-on-Don, 344002, Russian Federation).
E-mail: napalkova-ig@mail.ru

DEVELOPMENT OF METHODOLOGY OF KNOWLEDGE OF SOURCES OF THE RIGHT

Abstract

The article substantiates the approach to the study of sources of law as a system of interrelated elements of the legal education process, determined by the specific historical features of the socio-political system. The authors come to the conclusion that there is a lack of formal legal methods that exclude the competition of ideas and the need for wide application of the method of social reconstruction, empirical, comparative legal and modeling methods for researching sources of law in all their diversity.

Keywords*: sources of law; form of law; law; process of formation of law; customary law; law; judicial practice.*