

СЕКЦИЯ 2

Құқықтық реттеудің теориялық-құқықтық мәселелері және құқықты жүзеге асыруға жаңа көзқарастар

Теоретико-исторические проблемы правового регулирования и новые подходы к реализации права

О ПОНЯТИИ «ИСТОЧНИК ПРАВА» В ЮРИДИЧЕСКОЙ ЛИТЕРАТУРЕ И СООТНОШЕНИЕ С ФОРМОЙ ПРАВА

*Ахметбекова Д.Д. магистрант второго курса кафедры теории и истории государства и права. Карагандинский университет имени Е.А.Букетова
Научный руководитель: профессор, к.ю.н. Ахметова Н.С.*

С тех пор как возникло право, проблемы его источников, форм организации и существования постоянно привлекали к себе повышенное внимание исследователей-теоретиков, а также практиков. И это не случайно, если иметь в виду не только академическую, фундаментальную в плане развития национальных правовых систем и права как такового в целом, но и их сугубо прикладную, практическую значимость. Вопросы, касающиеся источников права, являются своего рода отправной точкой в процессе познания всех иных правовых институтов и самого права.

Источники права - это исходящие от государства или признаваемые им официально-документальные формы выражения и закрепления норм права, придания им юридического, общеобязательного значения.

Источникам права присущ официальный характер, они признаются государством, что и обеспечивает поддержку содержащихся в них норм со стороны государства. Официальный характер источникам права придается двумя путями: 1) путем правотворчества, когда нормативные документы принимаются компетентными государственными органами, т.е. прямо исходят от государства; 2) путем санкционирования, когда государственные органы в том или ином виде одобряют социальные нормы (обычай, корпоративные нормы) и придают им юридическую силу.

Источник права как явление и отражающее его понятие следует рассматривать как традиционно это делается в юридической литературе одновременно с разных сторон и в разных аспектах. А именно - во-первых, с этимологической стороны, с точки зрения общепринятого «расхожего» представления об источнике - его понятии и содержании как таковом.

Обратившись к толковым словарям, можно констатировать, что источник в этимологическом смысле понимается как: а) «то, из чего берется, черпается что-либо; то, что дает начало чему-либо, служит основой для чего-либо»; б) «письменный памятник, документ, на основе которого строится научное исследование» [1:691] и в) «исходные место или позиция, служащие основой для развития чего-либо».

Данное представление об источнике, несмотря на то, что оно является весьма общим и всеохватывающим, тем не менее позволяет определить дальнейшее направление процесса познания исследуемой материи в виде источников как таковых вообще и источников вполне конкретных явлений, институтов и учреждений в виде политики, экономики, культуры, идеологии и, естественно, права, в частности.

Во-вторых, под углом зрения источника права как естественного - географического, климатического, биологического и иного фактора, оказывающего непосредственное влияние на процесс правообразования и опосредственное - на процесс правотворчества и, соответственно, на само право. Это - своего рода *естественный источник права* [2:46].

В научной литературе неоднократно в связи с этим акцентировалось внимание на том, что «естественные факторы играют роль силы, воздействующей на правовое регулирование» и это - «более чем очевидно» [3:39].

Еще в XVIII в. Ш. Монтескье, исследуя процесс влияния климатических условий на право, писал в своем знаменитом труде «О духе законов»: «Если справедливо, что характер ума и страсти сердца чрезвычайно различны в различных климатах, то законы должны соответствовать и различию этих страстей, и различию этих характеров» [4:272].

В-третьих, с точки зрения источника права как социального, политического, идеологического, культурологического и иных подобных факторов, оказывающих прямое воздействие на процесс правотворчества, а через него, непосредственно, - и на само право. Этот источник права можно назвать, исходя из его природы и назначения, социальным источником права [2:47].

Существование его столь же естественно и очевидно, сколь закономерно возникновение и развитие самого социально обусловленного права. Причем речь идет о социальной обусловленности права не только на каком-либо одном отдельно взятом его уровне или срезе, а на всех без исключения «национально-правовых» уровнях и срезах, начиная с макроуровня - правовой системы и правовой семьи в целом и кончая средним уровнем (отдельные отрасли и институты) и микроуровнем - многочисленные нормы права.

В-четвертых, с материальной, точнее - экономической стороны, с точки зрения восприятия в качестве источника права экономических факторов, существующих в том или ином обществе и оказывающих на процесс правообразования, наряду с другими факторами, определенное влияние. Исходя из природы и характера данного источника права, его обычно называют материальным источником права [2:47].

В литературе экономическим факторам традиционно уделялось повышенное внимание. Их роль и влияние на развитие государства и права не только всесторонне рассматривались и оценивались, но и зачастую также переоценивались и даже абсолютизировались. Это в первую очередь касалось марксистской литературы.

Помимо названных видов и выражений источник права выступает и в других своих проявлениях [2:50].

Подчеркивая многозначность и вместе с тем «неудачность» термина «источник права», который, по мнению некоторых исследователей был введен в научный оборот еще Титом Ливием, Г.Ф. Шершеневич писал, что «под этим именем» источника понимаются также: а) силы, творящие право. Например, когда говорят, что источником права следует считать волю Бога, волю народную, правосознание, идею справедливости, государственную власть; б) материалы, «положенные в основу того или иного законодательства». Например, когда говорят, что римское право послужило источником для германского гражданского кодекса, труды ученого Потье для французского кодекса Наполеона, Литовский Статут для Уложения Алексея Михайловича; в) исторические памятники, «которые когда-то имели значение действующего права». Например, когда говорят о работе по источникам права, в частности, по работе с *Corpus juris civilis*, с Русской Правдой и т.п.; и г) средства познания действующего права. Например, когда говорят, что «право можно узнать из закона» [5:5].

Наряду с данными, весьма многозначными представлениями об источнике права последний рассматривается также в философском плане (философский источник) и формально-юридическом плане.

При рассмотрении источника права с философской точки зрения, в философском плане основное внимание обращается прежде всего на то, какие по своему характеру (либеральные, консервативные и проч.) философские идеи легли в основу той или иной правовой системы, того или иного источника права, на базе каких философских конструкций создается та или иная правовая система и, соответственно, система права.

Когда же речь идет об источнике права, рассматриваемом в формально-юридическом плане, то основное внимание исследователей концентрируется на средствах или способах внутренней организации правовой материи, а также на формах ее выражения вовне.

В подобных случаях иногда говорят об источнике права, выступающем «в специально-юридическом значении». При этом источник права понимается не иначе, как «способ выражения (оформления) и закрепления нормы права как идеи о должном или допустимом в объективной действительности» или как «то, где содержится норма права, то, откуда юристы-практики черпают знания о нормах позитивного права» [6:52].

Следует заметить, что «формально-юридическое» представление об источниках права в юридической литературе является в настоящее время, пожалуй, наиболее распространенным и наиболее часто употребляемым [2:51].

Нельзя не затронуть теоретически и практически важную проблему соотношения понятия источника права с понятием формы права. В современной научной литературе вполне обоснованно подчеркивается, что несмотря на то, что в настоящее время термины «форма права» и «источник права» считаются «традиционно устоявшимися, а противоречия- преодоленными», тем не менее, «проблема форм и источников права продолжает оставаться актуальной, поскольку она имеет не только терминологическую, семантическую сторону, но и содержательную» [7:60].

В сущности, проблема источников(или формы) права со всей ее понятийной и терминологической дискуссионностью и одновременно запутанностью разворачивается по следующей, чуть ли не эмпирически воспринимаемой схеме. Если подойти к этой схеме в «обратном порядке», то прежде всего необходимо констатировать, что существуют правовые нормы, которыми регулируется деятельность субъектов права и их взаимоотношения. Для того чтобы эти нормы обладали всеобщностью и обязательностью, они должны быть объективированы, существовать для субъектов права как самостоятельные объекты. Но данные объекты - это артефакты, которые должны быть «прицельно» сотворены. Этот процесс творения сегодня чаще всего обобщается как правотворческая деятельность. Однако и сам процесс творения лишь относительно осуществляется в силу собственной «энергии»; в более глубоком плане он определяется социально-экономическими и политическими обстоятельствами, как ближайшими, так и более отдаленными, которым человеческое сообщество вынуждено лишь «подчиняться». И вся эта схема может при известной авторской заданности трактоваться как «источники права»: «Источник права - культура, которая в процессе селективной эволюции вбирает в себя социальный опыт и выражается в общеобязательных правилах поведения» [8:29]

Дефиниция «источник права» в теории права тесно связано с понятием «форма права». Несмотря на то, что зачастую в учебной юридической литературе данные понятия признаются синонимами, а исследователи не вдаются в проблемные аспекты, вопрос о соотношении данных категорий в теории права, и в настоящее время является дискуссионным. Дискуссию о «форме права» и «источнике права» и их соотношении еще переносят в русло дискуссии вокруг «источника права в материальном смысле» (материальный источник) и «источника права в формальном смысле» (форма).

Ж.И. Овсепян ставя вопрос о разнице терминов констатирует: «на сегодня это в большей степени спор о более удобном словоупотреблении, но не только». По мнению Ж.И. Овсепян разница понятий: источник права (как синонима естественного права) и форма права (как категории, корреспондирующей позитивному праву) стирается в связи с разрешением дискуссии о соотношении естественного и позитивного (законодательного) права, и приобретением принципов естественного права юридической формы нормативных актов. Ж.И. Овсепян признавая вопрос о соотношении понятий форма и источник права – разрешенным, тем не менее, выделяет «источники права в материальном смысле» и «источники права в формальном смысле» [7:215].

В юридической литературе под источником в материальном смысле понимаются экономические, политические, социальные и иные условия жизни общества. Это понятие

ведет свое начало от марксистского понимания соотношения права и экономических условий жизни общества как надстройки и базиса. Понятие «источник права в материальном смысле» отвечает на вопрос: откуда право берет начало? «В материальном смысле под источником права понимаются те факторы, которые определяют... содержание права. К ним принято относить материальные условия жизни общества, свойственные ему экономические отношения» [10:18]. Это «постоянно развивающаяся и воспроизводящаяся система социально-экономических отношений», «общественные (прежде всего экономические) условия, оказывающие решающее воздействие на содержание правовых норм, социальную обусловленность права вообще» [9:29].

Источник права в формальном (юридическом) смысле — это непосредственно формы объективирования правовых норм, внешние формы выражения права [11:120]. В юридическом значении источник права - это «официальное хранилище – носитель действующих норм» [25:403-404], резервуар правовых предписаний. Это внешняя, официальная форма выражения правовых норм, способ «документально-формальной фиксации» государством объективного права и гарантий его государственно-властного обеспечения [12:403-404].

Таким образом, в теории права различают источник как материальную предпосылку права и источник как форму выражения права [12:403-404].

Сказанное многими исследователями позволяет сделать вывод о том, что рассматриваемые понятия полностью не совпадают друг с другом [12:403-404]. Мы разделяем данное мнение и склоняемся к тому, что это действительно разные понятия.

Однако на наш взгляд рациональной представляется позиция М.Н.Марченко, отмечающего, что «формула «или-или», сводящаяся лишь к одному из двух умозаключений в отношении формы и источника права, а именно - или к тому, что они полностью совпадают друг с другом, тождественны друг другу или же, наоборот, что они не тождественны и не совпадают друг с другом, не соответствует реальному положению вещей» [2:56].

Как отмечает М.Н.Марченко разностороннее изучение понятия и содержания форм и источников права, а также анализ характера их взаимоотношений недвусмысленно указывает на то, что в одних отношениях форма и источник права могут совпадать друг с другом и рассматриваться как тождественные, в то же время как в других отношениях они могут значительно отличаться друг от друга и не могут считаться тождественными.

С позиции М.Н.Марченко традиционно существует два значительно отличающихся друг от друга и несовместимых друг с другом варианта решения данного вопроса и подхода [2:55].

Суть первого из них заключается в полном отождествлении источника права с формой права, в сведении источника права к форме права и, наоборот, формы права - к источнику права. Во избежание недопонимания в подобных случаях при рассмотрении формы права, после написания данного термина «форма права», как правило, в скобках, в виде констатации тождественности и равнозначности искомых терминов следует термин «источник права».

В качестве одного из многочисленных примеров можно сослаться на работу М.И. Байтина «Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков)», где понятие «форма права» полностью отождествляется с «источником права», а обозначающие их термины считаются равнозначными. «Под формой (источником) права,- пишет автор,- понимаются определенные способы (приемы, средства) выражения государственной воли общества». К исторически сложившимся «разновидностям формы выражения права (источником права в юридическом смысле) относятся правовой обычай, судебный прецедент, договор с нормативным содержанием, нормативный акт» [12:67].

Суть второго подхода к решению проблем соотношения источников и форм права заключается в том, что их понятия рассматриваются как полностью несовпадающие друг с другом, а отражающие их термины - как далеко не равнозначные друг другу. В научной литературе отмечается в связи с этим, несмотря на то, что понятия «форма права» и

«источник права» тесно взаимосвязаны между собой, но они не совпадают друг с другом. Ибо если «форма права» показывает, «как организовано и выражено в нем содержание права, то понятие «источник права» охватывает «истоки формирования права, систему факторов, предопределяющих его содержание и формы выражения» [13:11].

Совпадение формы и источника права имеет место тогда, когда речь идет о вторичных, формально-юридических источниках права. Последние нередко называют в научной литературе просто формальными источниками права [14:23]. Тем самым подчеркивается, помимо всего прочего идентичность формы и источника права, где форма указывает на то, как, каким образом организовано и выражено в нем юридическое (нормативное) содержание, а источник - на то, каковы те юридические и иные истоки, факторы, предопределяющие рассматриваемую форму права и ее содержание [15:349-350].

Что же касается первичных источников права, рассматриваемых сами по себе, в виде материальных, социальных и иных факторов, оказывающих постоянное влияние и предопределяющих процессы правообразования, правотворчества и законотворчества, то здесь совпадения источников права с формами права нет и не может быть [2:57].

Одна из причин этого заключается в том, что рассматриваемые феномены находятся на разных уровнях и «обслуживают» разные сферы. Материальные, социальные и иные источники - факторы воздействия на процессы правообразования, правотворчества и законотворчества относятся к соответствующим - материальным и иным реальным сферам жизни.

Что же касается форм права, равно как и самого права в целом, то они неизменно ассоциируются с формальными (формально-юридическими) сферами жизни общества, а точнее - с формально-юридическими аспектами материальной, социальной и других реальных сфер жизни общества [2:57].

Однако в учебной, а нередко и в научной юридической литературе различным смысловым оттенкам терминов и понятий «источник права» и «форма права» не придается особого значения и они почти во всех случаях рассматриваются как идентичные [16:186-188]. Одна из причин этого заключается в том, что при таком подходе отдается определенная дань сложившейся в сфере познания форм и источников права своеобразной традиции.

Исходя из сказанного можно сделать вывод о том, что при совпадении понятий формы и источника права, обозначающие их термины следует рассматривать как идентичные по своему смысловому значению и содержанию, как взаимозаменяемые. Во всех же других случаях подобная взаимозаменяемость данных терминов, в силу неадекватности рассматриваемых явлений и отражающих их понятий исключается.

Список используемой литературы:

1. Словарь русского языка. Т. I., М., 1991.-880 с.
2. "Источники права. Учебное пособие" - Марченко М.Н. Раздел I глава №3
3. А. Правотворчество. Теория и законодательная техника. М., 1974.- 234 с.
4. 18 Монтескье Ш. О духе законов // История политических и правовых учений. Хрестоматия. Белгород. 1999.-379 с.
5. 19 Шершеневич Г.Ф. Общая теория права: учебное пособие. Т.2. Вып. 2,34. М., 1995.-362 с.
6. Денисов С.А., Смирнов П.П. Теория государства и права: конспект авторских лекций. Ч.1. Тюмень, 2000.-279 с.
7. Рябко А.И., Василенко О.Н. Актуальные проблемы онтологии форм права. Философия права. 2000. №2. 215 с.
8. Алексеев С.С. Прав:азбука-теория-философия. Опыт комплексного исследования. Москва., 1999-712 с.

9. Овсепян Ж.И. Источники российского конституционного права. Часть I//Северо-кавказский юридический вестник 2003г, №1, стр-29
10. Козлова Е.И., Кутафин О.Е. Конституционное право России. - М.: Юрист. 1999.- 520 с.
11. Конституционное право в Российской Федерации: Курс лекций в 9т. Т.1 Основы конституционного права. / Авдеенко М.П., Дмитриев Ю.А. – М.: Весь мир. – 2005. – 383 с.
12. Венгеров А.Б. Теория государства и права. Учебник для юридических вузов. - М.: Новый юрист. - 1998.-624 с
13. Конституционное право в Российской Федерации: Курс лекций в 9т. Т.1 Основы конституционного права. / Авдеенко М.П., Дмитриев Ю.А. – М.: Весь мир. – 2005. – 383 с.
14. Байтин М.И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). Саратов, 2001.- 218 с.
15. Лучин В.О., Мазуров А.В. Указы Президента РФ. Основные социальные и правовые характеристики. М., 2000.- 303 с.
16. Гурова Т.В. Источники российского права. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1998.- 27 с.
17. Марченко М.Н. Теория государства и права. М., 2001. 476 с
18. Теория государства и права / под ред. М.М. Рассолова, В.О. Лучина и Б.С. Эбзеева. М., 2000.- 456 с

О ПОНЯТИИ ПРАВОТВОРЧЕСТВА В ЮРИДИЧЕСКОЙ ЛИТЕРАТУРЕ

*Ахметова Н.С. Кандидат юридических наук, профессор
Карагандинского университета им. академика Е.А. Букетова.
Алиаскаров А.Е. магистрант первого курса кафедры теории и истории
государства и права. Карагандинский университет имени Е.А.Букетова*

Правотворчество занимает ведущее место в многообразной и динамичной правовой сфере общества. Это происходит потому, что именно в результате правотворчества создается право, как совокупность обязательных правил поведения для всех его членов. Правотворчество является первым этапом жизни права и основано как на собственно правовых, так и политических, экономических, социальных предпосылках. Общественный и научный интерес к правотворчеству обусловлен тем, что оно позволяет создавать правовые акты, выражающие политический курс партий, государства и общества.

Определение правотворчества юридической науке многочисленны, нет и единого подхода к исследованию. Однако их можно условно свести к двум позициям. По мнению одних авторов, правотворчество выступает как периодически оформленная процедура деятельности по формированию и закреплению воли класса (народа) в правовых актах по изменению и отмене этих актов[1, 151]. Другая позиция заключается в широкой трактовке правотворчества, направленной на достижение целей общества, организационно оформленной деятельности государства по выявлению потребности в нормативном правовом регулировании общественных отношений и создании в соответствии с выявленными потребностями новых правовых норм, замене и отмене действующих

Основное различие между приведенными определениями состоит в следующем: В первом случае «понятие правотворчества связывается, прежде всего, с процедурно-процессуальной деятельностью различных государственных органов». В основу же второго определения положена «социально-юридическая трактовка правотворчества, которая охватывает весь процесс создания правовой нормы, начиная с зарождения идеи о ней в связи с выявлением потребности в правовой регламентации соответствующих общественных отношений и кончая ее принятием и введением и действием». [2, 137]. Это познавательно-оценочный и процедурный процесс. Эти взгляды сохраняются в тех или иных вариантах и в настоящее время.