

Послание Президента РК Назарбаева Н.А. народу Казахстана 31.01.2017г.-[Электронный ресурс]- Режим доступа –<http://www.akorda.kz>

5.Красавин А.В. Использование юридического инструментария в социально-техническом правотворчестве //Право и современные государства -2015–№2- с.60-77.

6.Грибанов Д.В. Коваленко к.Е. Реализация разумности в правотворческом процессе // Государства и право.- 2016 –№4- с.102-105.

7.Власенко Н.А. Кризис права: проблемы и подходы к решению // Журнал Российского права – 2013 -№8 – С43-54.

8.Коленская Е.В. Рождествина А.А. Независимая антикоррупционная экспертиза как фактор повышения правовой культуры в сфере правотворчества.// Правовая культура. 2010 –№2- с.100-108.

9.Казахстанцы укажут на сито главных проблем в здравоохранении- .-[Электронный ресурс]- Режим доступа –<http://iru.sputniknews.kz/society|.html>

ПРОБЛЕМЫ ПОНЯТИЯ «ИСТОЧНИК ПРАВА» В ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКЕ

Тажипбаев Д.М., магистрант юридического факультета КарГУ им. академика Е.А.Букетова

Источники права - специальный правовой термин, который употребляется для обозначения внешних форм выражения юридических норм.

Источниками права являются официальные государственные документы, в которых закрепляются юридические нормы. Например, закон, указ Президента, постановление Правительства, решение местного органа самоуправления. В указанных актах содержатся правила поведения, исходящие от соответствующих органов государства. Будучи закрепленными в правовых нормах, эти правила приобретают общеобязательное значение.

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 традиционно как 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» и в) «исходные место или позиция, служащие основой для развития чего-либо» [1,342].

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 посредственное - на процесс правотворчества и, соответственно, на само право. Это - своего рода естественный источник права.

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[2,46-47].

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. В научной литературе представление об источнике праве рассматривается в смысле, «источника познания права». Это понятие охватывает все то, что содержит в себе данные, позволяющие познать характер и содержание права различных государств в разные периоды их истории. Сюда относятся тексты законов, записи обычаев, судебные дела, выступления юристов в судебных делах, летописи и исторические хроники, археологические памятники и т.д. Такое понимание источников права представляется закономерным и вполне оправданным, также соответствующим общепринятому пониманию слова «источник», ибо познание права того или иного общества, выводы и заключения о характере правовых явлений того или иного государства наука черпает из текста законов соответствующей эпохи и других вышеуказанных материалов.

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, 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» [3, 52].

Следует заметить, что «формально-юридическое» представление об источниках права в юридической литературе является в настоящее время, пожалуй, наиболее распространенным и наиболее часто употребляемым. В узком (юридическом) смысле в юридической науке под источниками права понималось внешнее выражение норм права, хотя и здесь среди ученых мы не обнаруживаем единства. Одни авторы представляют источники права в качестве способа, которым правилу поведения придается государственной властью общеобязательная сила, другие определяют этим понятием формы существования юридических норм, третьи относят к источникам права особые формы выражения воли, придающие тем или иным правилам значение норм права. В целом понимание источника права в специально-юридическом значении сводится к тому, что он рассматривается как объективированное закрепление и проявление содержания права в определенных актах государственных органов, решениях судов, договорах, обычаях и иных источниках. В этом, распространенном значении некоторые ученые предлагали именовать источники права другим словом «формы права», или «источники (формы) права» [4,25].

Известный ученый С.С. Алексеев, считая, что термин «форма права» является неопределенным и многозначным, подчеркивал, что «необходимо обратить внимание на обоснованность использования специального термина «источник права» при характеристике форм установления и выражения правовых норм. Этот факт он объясняет следующим образом: «Соответствующие объективированные формы являются носителями юридических норм; причем эта их функция обусловлена как раз тем, что существует единство (во всяком случае, в принципе, в основе) между формой установления и выражения юридических норм. Да и с фактической стороны юридические нормативные акты, санкционированные обычаи и другие есть не что иное, как именно источники: тот единственный «резервуар», в котором пребывают юридические нормы»[5;83]. На основе такого подхода А.В. Мицкевич выводит следующее определение: «Источник права в формальном

(юридическом) смысле – это официальные формы выражения и закрепления (а также изменения или отмены) правовых норм, действующих в данном государстве»[6;133].

Анализируя данное определение, Н.Н. Вокленко и А.П. Рожнов приходят к выводу, что в нем невольно сужается проблематика рассмотрения форм выражения правовых норм вовне. Внимание здесь обращается лишь на конечный результат – своего рода материальный носитель нормы права в ее готовом виде (закон, судебный прецедент, и т.д.). При этом за пределами научного поиска остаются ближайшие, или непосредственные, причины возникновения, а равно и изменения действующих правовых норм, сам процесс изготовления, или рождения, нормы. Таким образом, из поля зрения ускользают те силы, которые творят право[7;11]. В связи с этим вышеназванные авторы предлагают отойти от традиционного деления всех источников на материальные и юридические и перейти к классификации, разделяющей источники на две больше группы: к первой относятся социальные источники права, ко второй – легальные источники права. Критерием деления всех источников в данном случае будет выступать их отношение к силе их создавшей, т.е. предопределенность факторами или субъектами, вызвавшими их к жизни посредством человеческой деятельности. Так, социальные источники права, согласно мнению Вокленко Н.Н., влияют на содержание правовых норм объективно, как объективным является действие законов общественного развития. В свою очередь легальные источники выглядят как «законные», т.е. они в своем появлении и существовании формулируются юридически уполномоченными субъектами, призванными возводить государственную волю в закон. Здесь авторы концепции рассматривают в качестве источников права субъекты правотворчества, в результате деятельности которых создаются юридические источники права: нормативно-правовые акты, юридическая практика, правовые обычаи, нормативные договоры, акты общественных объединений, традиционные правовые доктрины[7,13-14]. На наш взгляд, несмотря на своеобразие классификации, предложенных вышеназванными авторами, четкого понимания предложенного ими вида, социальных источников, не просматривается в работе. Все же верной, думается, является позиция, согласно которой в широком смысле под источниками права следует рассматривать материальные условия жизни общества, которые и выступают той «силой», создающей право, вызывающей его к жизни. А второй вид источников, так называемый легальный, по сути, через результат правотворчества, предполагает появление его подвида – юридических источников, представляющих собой внешнее выражение норм права. Такой подход к классификации источников права может, по нашему мнению, лишь затруднить восприятие этого классического понятия. Поэтому традиционно в юридической литературе под источниками права понимается совокупность формы, т.е. каким образом организовано и выражено вовне нормативное содержание, и факторов, воздействующих на процесс правообразования. А в более узком значении применяется термин источники (формы) права, который указывает на то, чем практика руководствуется в решении юридических дел. Следовательно, формы выражения и закрепления правовых норм определяются как источники в юридическом, формальном смысле. В связи с таким, узким, пониманием понятия «источник права» С.Л. Зивс писал: «Источник права есть форма выражения именно правовой нормы, и только нормы»[8;10].

Такой подход в целом воспринят юридической наукой и практикой, не вызывает каких-либо затруднений в применении данного термина, хотя есть и исключения. Так, закон, безусловно, является источником права, и само слово закон предполагает нормативный характер данного документа согласно определению, который дан выше понятию «источник права».

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[9;60].

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» [10;26].

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». 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» [11;67].

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

Таким образом, в теории права различают источник как материальную предпосылку права и источник как форму выражения права.

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».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» [13; 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 внешне содержание права, то понятие «источник права» охватывает «истоки формирования права, систему факторов, предопределяющих его содержание и формы выражения» [14; 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. Тем самым подчеркивается, помимо всего прочего

идентичность формы и источника права, где форма указывает на то, как, каким образом организовано и выражено вовне 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. 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.

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. 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 литературы:

1. Толковый словарь русского языка – М., 2001. - 992с
2. Марченко М.Н. Источники права: учебные пособие – М., 2007-760с
3. Денисов С.А. Смирнов П.П. Теория государства и права: конспект авторских лекций г.1- Тюмень, 2000-542с.
4. Шебанов А.Т. О понятиях источники и нормах права. Правоведение М., -1965 4- с.23
5. Алексеев С.С. Теория права – М., 1998-656с
6. Общая теория государства и права: Академический курс: в 2х томах / Под.ред М.Н.Марченко г.2 Теория права – М., 1998-676с
7. Вокленко Н.Н. Рожнов А.П. Правоприменительная практика: понятие, основные черты и функции – Волгоград, 2004 – 328с
8. Зивс С.Л. Источники права – М, 1982-340с
9. Рябко А.М. Василенко О.Н. Актуальные проблемы онитологии форм права. //Философия права. 2000 -2-с60.
10. <http://allpravo.ru/diploma/doc29pl\instzum535\item5358.html>
11. Конституционное право в Российской Федерации: курс лекции в 9т. т.1. Основы конституционного права (Авдеенко М.П. Дмитриев Ю.А. – М., 2005-383с.
12. Венгеров А.Б. Теории государства и права. Учебник для юридических вузов – М; 1998-624с.
13. Бойтин М.И. Сущность права. (Современное нормативное правоминование на грани двух веков).- Саратов, 2001 – 570с.
14. Лучин В.О. Мазуров А.В. Указы президента Р.Ф. Основные социальные и правовые характеристики- М., 2000 – 14/с.
15. Марченко М.Н. Теории государства и права.- М., 2001 – 485с